

Civilizar

Ciencias **Sociales** y **Humanas**

Centro de Investigaciones
Civilizar



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

CIVILIZAR | Bogotá
Colombia | Vol. 9 | No. 17 | pp. 001 - 186 | Julio - Diciembre | 2009 | ISSN: 1657-8953

Civilizar

Ciencias Sociales y Humanas

Director Revista Civilizar	Ignacio Restrepo Abondano
Editora	Yadira caballero Quintero
Asesor Editorial	Wilson López López
Colaboradores Editoriales	Irma Amalia Molina Bernal Edwin Tachlian
Comité Editorial	Ph.D. Martín Krause. Universidad de Buenos Aires - Argentina Ph.D. Iris Camacho Melendez. Universidad Eugenio María de Hostos - Puerto Rico Ph.D. María Cristina Gómez Isaza. Universidad de Antioquia - Colombia Ph.D. Emilia Girón Reguera. Universidad de Cádiz - España Ph.D. Joaquín González Ibáñez. Universidad Alfonso X “El sabio” - España Ph.D. Cadidato. Yadira Caballero Quintero. Universidad Sergio Arboleda - Colombia Ph.D. José Manuel Gual Acosta. Universidad Sergio Arboleda - Colombia Ph.D. Gabriel Zanotti. Fundación Hayek - Argentina
Comité Científico	Ph.D. Beatriz Londoño Toro. Universidad del Rosario - Colombia Ph.D. Claudio Calabrese. Universidad FASTA - Argentina Ph.D. Martín Krause. Universidad de Buenos Aires - Argentina Ph.D. Leonardo Espinosa Quintero. Universidad Sergio Arboleda - Colombia Ph.D. Carlos Ariel Sánchez Torres. Universidad del Rosario - Colombia Ph.D. Iris Camacho Melendez. Universidad de Puerto Rico - Mayagüez Ph.D. Campo Elías Burgos. Universidad Sergio Arboleda - Colombia Ph.D. Kai Ambos. Universidad de Göttingen - Alemania Ph.D. Jorge Aurelio Díaz. Universidad Nacional - Colombia Ph.D. Rubén Sánchez. Universidad del Rosario - Colombia Ph.D. Blanca Ortiz. Universidad Distrital - Colombia Ph.D. Gabriel Zanotti. Fundación Hayek - Argentina
Traducción	Edwin Tachlian
Corrección de estilo	Liliana Tafur
Diseño carátula	Jimmy Salcedo Sánchez
Diagramación	Maruja Esther Flórez Jiménez
Incluida en	Directory of Open Acces Journals DOAJ- Lund University- Suecia Latindex-UNAM-México Publindex C-Colciencias-Colombia Redalyc-UAEM-México

Los artículos se pueden reproducir citando como fuente:
Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas.
Universidad Sergio Arboleda.

Forma de adquisición:
compra, canje o suscripción
Precio unitario de venta al público año 2009
(\$ 20.000)

Precio de suscripción anual (Dos números) Colombia
(\$ 40.000)
Exterior (US \$ 20)

No incluye gastos de envío
Periodicidad: dos números al año

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:
Calle 74 No 14 – 14 – Torre D Piso 8
Universidad Sergio Arboleda
Centro de Investigaciones Civilizar
Teléfono: 3 25 75 00 Extensión 2242 y 2260
Correo electrónico: revista.civilizar@usa.edu.co
<http://www.usa.edu.co/civilizar/>
Formato 21.5 x 28

Tabla de Contenido

Carta del Director <i>Ignacio Restrepo Abondano</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i>	9
Editorial <i>Yadira Caballero Quintero</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i>	13
DERECHO	
Derechos y Humanos Sobre la exclusión a través del derecho <i>Sebastián Figueroa Rubio</i> <i>Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile</i>	15
Efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique <i>Edwin Tachlian</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> <i>Universidad de París X, París, Francia</i>	45
Efectos del Bloque de Constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia <i>Luis Andrés Fajardo Arturo</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	65
La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad. <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	79
La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte <i>William David Hernández Martínez</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	89

POLÍTICA

- Asuntos teóricos y metodológicos de la cultura organizacional
Claudia Eugenia Toca Torres
Jesús Carrillo Rodríguez
Universidad del Rosario - Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia..... 117
- Del individuo aislado a la comunidad cohesionada. Los límites a la libertad
en Rawls y Aron
Iván Garzón Vallejo
Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia..... 137

FILOSOFÍA

- Ley natural y ética discursiva. La ley natural en Tomás de Aquino como gramática
del discurso moral
Luis Fernando Barzotto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, Brasil..... 151
- El sinsentido como problema hermenéutico en el fenómeno de las nuevas tecnologías
Andrea Cortés-Boussac
Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia..... 159

HUMANIDADES

- La experiencia de la imaginación creadora como elemento primordial de la creación
poética en la infancia
Mónica Lucía Suárez Beltrán
Universidad Nacional de Colombia - Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia..... 169
- Normas de Publicación..... 181

Table of Contents

Letter from the director <i>Ignacio Restrepo Abondano</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i>	9
Editorial <i>Yadira Caballero Quintero</i> <i>Universidad Sergio Arboleda</i>	13
LAW	
Human and Rights. About The exclusion through law <i>Sebastián Figueroa Rubio</i> <i>Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile</i>	15
Efficiency of the categorization of the public procurement contracts <i>Edwin Tachlian</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i> <i>Universidad de Paris X, París, Francia</i>	45
Constitutional Bloc Effects of prescription of penal prosecution in Colombia <i>Luis Andrés Fajardo Arturo</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	65
The lack of available capacity of the domestic legal systems, under the principle of complementarity . <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	79
The electronic procurement in the framework of the Andean Community. State of the art <i>William David Hernández Martínez</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia</i>	89

POLITICS

Theoretical and methodological matters of organizational culture Claudia Eugenia Toca Torres <i>Jesús Carrillo Rodríguez</i> <i>Universidad del Rosario - Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.....</i>	117
From the individual isolate to the cohesive community limits on freedom on Rawls and Aron <i>Iván Garzón Vallejo</i> <i>Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia.....</i>	137

PHILOSOPHY

Natural Law and Discursive Ethics. Natural law in Thomas Aquinas as a grammar of moral discourse <i>Luis Fernando Barzotto</i> <i>Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, Brasil.....</i>	151
The nonsense as a hermeneutical problem in the phenomenon of new technologies <i>Andrea Cortés Boussac</i> <i>Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.....</i>	159

HUMANITIES

The experience of the creative imagination as a primary element of poetic creation in childhood <i>Mónica Lucía Suárez Beltrán</i> <i>Universidad Nacional de Colombia - Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.....</i>	169
Publication Guidelines.....	181

Carta del Director

Ignacio Restrepo Abondano

Sería cerrar los ojos a la realidad, si no tuviéramos conciencia de los cambios profundos que asedian nuestros hábitos tradicionales. Entre ellos, es claro el efecto de la imagen que sostiene fuerte batalla contra el discurso al que estábamos acostumbrados desde siempre. Y qué decir de los desarrollos tecnológicos que se superponen los unos a los otros con intervalos cada día menores y que hacen obsoletos en poco tiempo los instrumentos que no hace mucho nos parecían útiles. En la vida de los adultos mayores, y aún de los no tanto, el sistema de comunicarnos ha dado vuelcos sustanciales desde el teléfono de magneto, pasando por el automático, hoy substituido, no sólo por el celular sino por la Internet, que en conjugación maravillosa tiene a millones de personas dependientes del “BlackBerry” durante largas horas del día y de la noche.

Todavía en la vida de nuestros padres viajar a otro continente, pensemos en Europa, significaba riesgos enormes y tiempos indeterminados que en no pocas ocasiones suponían adioses casi definitivos y visitas a notarios para dejar registrada la última voluntad.

No hace tanto tiempo –en años– el viaje en avión, para ir a Europa, suponía dos o tres escalas para proveer de combustible a los motores y de descanso a los viajeros en jornadas de larga duración. Hoy parece un juego de niños tomar un avión y en diez horas estar en Madrid, París o Londres, sin saber aún en qué estaremos en cinco o diez años.

La televisión pasó en pocos años de ser un ensayo a algo muy primitivo en blanco y negro con grandes limitaciones técnicas, para ser hoy un fenómeno universal y complejo que no reconoce tiempos ni distancias y que cada día añade mayores descubrimientos tecnológicos hasta llegar a lo digital, que seguramente será substituido por algo más perfecto en no mucho tiempo.

Pero se están presentando cambios aún más trascendentales para la vida humana. Y no nos referimos con ello solamente a los impresionantes avances en ciencias médicas y biológicas, sino al esfuerzo internacional en materia de medio ambiente.

El cambio climático remueve en sus fundamentos al mundo económico, al mundo industrial, a la producción de energía, al uso del agua, al desbalance de los glaciares con los efectos nefandos que pueden producir en la vida misma de la humanidad. ¿Es todo efecto de la acción del hombre sobre la naturaleza, o tiene que ver con cambios en el sistema solar que escapan a nuestras manos? –Es una pregunta aún sin respuesta.

Lo que es cierto es la preocupación y el movimiento de la sociedad para evitar la contaminación del ambiente, para volver a lo “verde”, para substituir las fuentes de energía. Y de este movimiento el mundo universitario no puede estar ausente.

De hecho, las universidades han sido cuna de teorías y movimientos que influyen actualmente sobre cambios universales de actitud.

Muy modestamente, la Universidad Sergio Arboleda se ha unido a estas conductas con la firme voluntad de certificarse en “carbono cero”, cuyo objetivo consiste en mitigar y compensar las emisiones de CO₂ por parte de la comunidad académica y administrativa. En esta línea se adscriben los esfuerzos de Bienestar Universitario por fomentar el ahorro de energía, de papel y de agua. De la misma manera, la Universidad ya fue declarada espacio libre de humo, de tal forma que el uso del tabaco quedó proscrito de nuestro campus.

Tales acciones, necesariamente, deben verse reflejadas en un órgano como es la revista CIVILIZAR, que tiene como otro de sus objetivos el ahondar en temas de salud y medio ambiente desde la perspectiva de nuestras disciplinas en las ciencias sociales.

Es así como nuestras páginas se nutrirán de reflexiones que correspondan a intereses tan actuales y trascendentales para la sociedad.

Letter from the Director

Ignacio Restrepo Abondano

It would turn a blind eye to reality, if we were not aware of the profound changes that are plaguing our traditional habits.

Among them, it is clear that the effect of the image that holds strong battle against the speech we were habituated to. And what of the technological developments that overlap with always shorter intervals under which quickly become obsolete instruments that not long ago seemed to us useful. In the life of older adults and even less so, the system has to communicate substantial rollover from the magnetic phone, via the automatic, now replaced, not only by the cell phone but the internet, which in wonderful way makes million people dependent on the “blackberry” for long hours, day and night.

Still in the lives of our parents to travel to another continent - think Europe - meant huge risks and indeterminate time not infrequently assumed almost final farewells and visits to notaries to keep records of the last will.

Not long ago, in years, air travel, to go to Europe meant a two or three stops to provide fuel to the engine and rest to travelers in long hours. Today seems a cinch to take a plane and 10 hours to be in Madrid, Paris or London, not knowing what will be in five or ten years.

Television happened in a few years as a trial, something very primitive, black and white with great technical limitations to be today an universal and complex phenomenon that does not recognize distances each day and add significant new technological breakthroughs to reach the digital probably will be replaced by something much more efficient in no time.

But changes are occurring even more momentous for human life .. And thus we are not referring only to the impressive advances in medical and biological sciences, but to international efforts in environmental matters.

Climate change removes the world in its economic fundamentals, the industrial world, energy production, water use, the imbalance of the glaciers, with the nefarious effects that may occur in the life of mankind. Is it any effect of the action of Men over nature, or has to do with changes in the solar system beyond our own hands? - It is an open question.

What is certain, is the concern and society movement to prevent contamination of the environment to return to the “green”, to replace energy sources. And this movement, the university can not be absent.

In fact, universities have been the cradle of theories and movements that currently affect about universal changes in attitude.

Very modestly the University Sergio Arboleda has joined these behaviors, with the firm will to be certified “zero carbon”, which aims to mitigate and offset the emissions of CO₂ by the academic and administrative community. In this line we ascribe the University Wellness efforts to promote energy conservation, paper and water. In the same way the university has been declared smoke-free space, so that the smoke was banned from our campus.

Such action necessarily must be reflected in an organ as the review CIVILIZAR, is another of its objectives to delve into issues of health and environment from the standpoint of our disciplines in the social sciences.

Thus, our pages will draw reflections that correspond to current and interests so actual for the society.

Editorial

Yadira Caballero Quintero
Editora

El mundo de las comunicaciones avanza rápidamente y para los editores comunicar es la razón de su cometido. Se busca que la producción investigativa sea difundida de manera clara, precisa y que se siga cumpliendo con los estándares de calidad de contenidos, calidad editorial, visibilidad, -entre otras-; lo que nos permite ser reconocidos.

En este sentido, la revista *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* se encuentra en proceso de ajuste de una nueva página web más dinámica. Contamos con dos portales, uno en inglés y otro en francés, y estamos implementando el uso del sistema OJS, iniciativa del *Public Knowledge Project* para la gestión de contenidos de la revista y manejo editorial.

Nos encontramos en la curva de aprendizaje; queremos incorporar nuevas tecnologías de información y comunicación con el fin de ampliar las posibilidades de construir nuevas redes sociales para contribuir con la difusión del conocimiento científico de calidad a nivel nacional e internacional como ha sido nuestra política editorial.

Editorial

Yadira Caballero Quintero
Editora

The communications world is furthering quickly and for publishers is a *raison d'être*. Tend because research production has to be clearly and accurately disseminated and must keep complying the content quality standards, editorial quality, visibility, among others, allowing us to be recognized and the knowledge being constantly in motion.

In that sense, CIVILIZAR Ciencias Sociales y Humanas journal is presently in a fit process of a new and more dynamic website. Two sites can be find, one in English and another in French, and we are implementing the use of the OJS system, a *Public Knowledge Project's* initiative for content and editorial management of the journal.

We are on the learning curve; aiming to incorporate new information and communication technologies in order to expand the possibilities of social development and contribute to the dissemination of scientific knowledge of national and international quality and remains as it has been our editorial policy.

Derechos y Humanos sobre la exclusión a través del derecho*

Human and Rights about The exclusion through law

Recibido: 10 de julio de 2009 - Revisado: 15 de julio de 2009 - Aceptado: 30 de noviembre de 2009

Sebastián Figueroa Rubio**

Resumen

En el presente texto el autor desarrolla la idea que el Derecho en la modernidad se caracteriza por intentar abarcar toda la existencia del ser humano, normando desde su nacimiento hasta su muerte (I). En este contexto el concepto de persona es clave y ha sido determinante para poder acceder a los beneficios de las comunidades, organizadas en Estados, a través de derechos (II). Ante ello, en las últimas décadas se ha suscitado una serie de discusiones sobre la inclusión o exclusión de individuos y grupos, ya sea ampliando o reduciendo el acceso a derechos (III). En esto se han desarrollado ciertas herramientas jurídicas destinadas a la exclusión, como lo son la condicionalidad de los derechos, la denegación organizada de justicia y la creación de subestatutos e identidades (IV).

Palabras Claves

Exclusión, Persona, Derechos.

Abstract

Through this paper the author developed the idea that during the modern era, the law has been characterized by trying to cover up the whole human being existence, regulating it from born to death (I). In this context, the person is a key concept and it has been determinant for individuals to access the community benefits, organized in States, through rights (II). In the last decades, several discussions have been sustained about inclusion and exclusion of individuals and groups, by increasing or reducing the access to rights (III). Thus, certain legal tools have been developed focused on exclusion, such as conditionality of rights, organized denegation of justice and creation of under-statutes and identities (IV).

Key words

Exclusion, Person, Rights.

* Artículo resultado de investigación
** Egresado de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante ad honorem de los Departamentos de Ciencias del Derecho y de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
Correo electrónico:
figueroa.sebastian@gmail.com

“Añadió que ya me había oído hablar demasiado sobre el asunto de la guerra, tanto en ésta como en otras ocasiones, y existía otro tema que le causaba cierta perplejidad. En cierta ocasión, yo le dije que algunos hombres de nuestra tripulación habían abandonado su país a causa de que la *ley*, creada para la protección de *todos* los hombres, pudiera ser la ruina de algunos. Por consiguiente me rogaba que le informara mejor de qué quería decir cuando le hablaba de la *ley* y sus administradores de acuerdo a las prácticas del momento en mi país”

Jonathan Swift (*Los viajes de Gulliver*)

Podemos decir, sin grandes problemas, que una constante en la historia es la exclusión de grandes grupos de individuos de los beneficios que se pueden adquirir a través de la comunidad, generando grupos privilegiados constituidos ya sea económica, religiosa, política o socialmente, o mediante una mezcla de estas variables. En esto, el Derecho, lo jurídico, cumple un rol muy importante al fijar las normas que determinan las formas sociales, tanto en las relaciones entre los individuos como entre estos y las instituciones de la comunidad. Pensar en el derecho como un montón de leyes escritas y jueces interpretando contratos no es suficiente, pues este se encuentra conectado directamente con el diario vivir de los individuos y con las decisiones de quienes gobiernan, dando marcos y herramientas que determinan la posibilidad de movimiento de ambos. Para aprehender lo jurídico es necesario, entonces, ver dos cosas que se hacen imprescindibles: los discursos (doctrinarios, sociales, políticos) que rodean y determinan la ley, así como el sustrato empírico que toda norma supone para su aplicación¹.

Es que el derecho está íntimamente vinculado con la realidad a la que se quiere aplicar. Por una parte, todo sistema jurídico depende de cierta efectividad, ya sea porque se tiene la fuerza para aplicarlo², o porque sus normas son plausibles en el sentido de que regulan cosas posibles. Por otra parte, toda norma implica la elección de un ámbito de aplicación (individuos, materias, etc.) y toda elección conlleva la exclusión de todo otro grupo de cosas (individuos, materias, etc.) que no son consideradas. Tener en cuenta esto es importante porque el derecho tiende a ser la forma en que la “justicia” se encarna

en las sociedades contemporáneas. Parte de este trabajo se centra en ver las cosas que se excluyen del derecho y aquellas que éste ayuda a excluir.

En este sentido, como señala Giorgio Agamben, en la ley (forma básica que toma lo jurídico en la modernidad) está incluido aquello que excluye, especialmente por medio de la figura de la excepción³. Su definición proviene de la misma norma que señala y protege a la normalidad. Esta exclusión de la normalidad no implica sólo que determinados individuos se encuentren fuera del ámbito de protección de una norma, por decirlo de algún modo, sino que trae como consecuencia que ciertas formas de vida quedan excluidas del acceso a los bienes socialmente apreciados⁴, sean desperdiciadas⁵. Esto implica fuertes consecuencias en el diario vivir de los individuos en aspectos como la salud y la seguridad por medio de sucesos que van desde las limpiezas étnicas hasta prácticas clientelares en la entrega de beneficios sociales.

Esto resulta particularmente interesante de ver en las sociedades modernas y su autocomprensión, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, donde los discursos sobre los derechos humanos y la democracia presentan la posibilidad y la realidad de sociedades inclusivas, donde todos los individuos y grupos pueden gozar de todos los derechos y se busca que la totalidad de ellos goce de una *vida digna*⁶. En los últimos años, sin embargo, nos encontramos con una tendencia contraria a la del reconocimiento de derechos al mayor número de individuos posibles a través de una serie de mecanismos y formas jurídicas que, por vía de políticas públicas y discursos políticos, buscan crear perfiles de

individuos y grupos a los cuales quitar el acceso a los bienes socialmente apreciados. En estos movimientos pretendo centrar mi análisis.

En una primera parte de este trabajo quiero revisar ciertas características que adquiere el Derecho en sus relaciones con los cambios políticos, económicos y sociales en la modernidad, inexistentes en la antigüedad y determinantes en varios acontecimientos que estamos viviendo (I). Siguiendo lo anterior, me centraré principalmente en la revisión del concepto de persona y sus significados dentro de la tradición de pensamiento, especialmente en su forma jurídica (II). Luego revisaré cómo los sistemas han buscado, después de la Segunda Guerra Mundial, integrar a los individuos y grupos al goce de los bienes sociales, especialmente a los derechos, por lo menos, por la vía de crear normas y discursos inclusivos (III). Por último, me centraré en la tendencia contraria, que toma cada vez más fuerza, de excluir a diferentes grupos de individuos del concepto de persona y sus *privilegios*, parafraseando a Jakobs. Concluiré desarrollando brevemente un grupo de herramientas utilizadas para dicho fin (IV). En la presentación de estas ideas procuraré mostrar ejemplos cercanos a la realidad latinoamericana, con el fin de abrir el debate sobre cómo estamos actuando en la región respecto al trato de individuos.

I. Humanos y cosas

Es constante ver, dentro de las formas en que los seres humanos se han explicado el mundo, la realización de la distinción entre los humanos y las cosas. Se entiende que este animal (estos animales) con capacidades especiales o más desarrolladas (lenguaje, conciencia de sí, racionalidad, sociabilidad) se encuentra en una situación diferente de las demás cosas animadas e inanimadas del mundo que lo rodea y actúa conforme a ello. Un ejemplo claro de esto es el fenómeno de la propiedad, donde un sujeto humano o un grupo de estos se hace de una cosa con exclusión de los otros para utilizarla, gozar

de los frutos que de ella se deriven e incluso destruirla o regalarla.

Pero esta constante ha sido habitualmente desafiada por diversos usos dentro de las comunidades. Por ejemplo, en muchas sociedades de la historia nos encontramos con individuos que son tratados como cosas, formando parte del patrimonio de otros sujetos, pudiendo incluso ser vendidos, todo esto sin negar su pertenencia (biológica, diríamos) a la especie humana. Así ha ocurrido y ocurre con los esclavos, las mujeres, los empleados domésticos y los niños en diferentes épocas y lugares. Cabe tener presente que en algunos casos este estatus jurídico de esclavo se complementaba con un estatus social no del todo excluyente e incluso con la posibilidad de tener grandes propiedades⁷. Entonces, la distinción entre humanos y cosas no parece ser suficiente para entender las relaciones políticas y sociales entre los diferentes sujetos y su entorno o, por lo menos, resulta difusa, pues un sujeto de la especie humana puede tener diferentes posiciones ante diferentes realidades.

Vale la pena detenerse en algunas ideas antiguas y su tratamiento en la modernidad para comprender la conformación del derecho en las sociedades contemporáneas y ciertas características de la distinción humanos/cosas. En un primer punto, los griegos antiguos al hablar de “vida” usaban dos palabras: *zoé* y *bíos*, donde la primera correspondía a cualquier vida animal y la segunda a una forma de vida humana, esto es, a la realización del individuo por vía de su racionalidad u otro parámetro de tipo espiritual⁸. Solo se es verdaderamente hombre cuando se actúa por sobre la animalidad⁹. Esto definía, en un segundo punto, su vida política: en la Atenas del siglo V a.C. la realización del individuo como hombre verdadero se hacía en la comunidad, en la ciudadanía, en la participación en los asuntos del mundo¹⁰. Cabe señalar que en el espacio público sólo cabían cierto grupo de varones adultos que formaban lo público, diferente de lo privado (donde aún rige la nuda vida). Hannah Arendt nos señala al respecto que

“el rasgo distintivo de la esfera doméstica era que en dicha esfera los hombres vivían juntos llevados por sus necesidades y exigencias (...) la esfera de la *polis*, por el contrario, era la de la libertad, y existía una relación entre estas dos esferas, ya que resultaba lógico que el dominio de las necesidades vitales en la familia fuera la condición para la libertad de la *polis*. Bajo ninguna circunstancia podía ser la política solo un medio destinado a proteger a la sociedad”¹¹. Así aparece la necesidad como un fenómeno prepolítico (el hogar, la familia, *oikos*) que legitima cierto tipo de dominación (del padre sobre las mujeres, sus hijos y los sirvientes, por ejemplo), mientras que la libertad se localiza específicamente en la esfera política, donde todos son iguales y el discurso y la persuasión cumplen un rol importante. En este sentido, ser esclavo significaba estar sometido a la violencia de otro, independientemente de las riquezas que se tuvieran, “la *polis* se diferenciaba de la familia en que aquella solo conocía *iguales*, mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significaba no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie, es decir, ni gobernar ni ser gobernado”¹².

En la modernidad, especialmente desde los siglos XVIII y XIX, se han difuminado muchas de estas ideas, reformulando o eliminando las distinciones señaladas. Esto ocurre, por una parte, en la aparición de lo que se ha denominado la Biopolítica, descrita por Foucault como “la entrada de la vida en la historia, en el campo de las técnicas políticas”¹³. El autor expresa: “Durante milenios, el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles: un animal viviente y además capaz de una existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente”¹⁴. De este modo, cambia la clásica forma en que se ve al poder estatal y sus funciones, haciéndose mucho más presente en el diario vivir, creando y destruyendo vida, decidiendo sobre ella, regulando mediante el derecho a los individuos desde su nacimiento (e incluso antes) hasta después de su muerte,

atacando las epidemias, obligando a la gente a realizarse transfusiones de sangre a pesar de no desearlo por motivos religiosos, etc. Concluye Foucault lo siguiente: “El [antiguo] derecho de soberanía es, entonces el de hacer morir y dejar vivir. Y luego se instala el nuevo derecho: el de hacer vivir y dejar morir”¹⁵. Este dejar morir tiene que ver con que existen formas de vidas que son desperdiciables, como veremos más adelante¹⁶.

Por otra parte, y relacionado con lo anterior, nos encontramos con la supresión de la distinción público/privada en el sentido en que se entendía antiguamente. Hannah Arendt señala que esto ocurre debido al auge de lo social, apareciendo la distinción social/intimo: “La emergencia de la sociedad –el auge de la administración doméstica, sus actividades, problemas, planes organizativos– desde el oscuro interior del hogar a la luz de la esfera pública, no solo borró la línea fronteriza entre lo privado y lo político, sino que también cambió casi más allá de lo reconocible el significado de las dos palabras y su significación para la vida del individuo y del ciudadano”¹⁷, en la modernidad “el sentido de lo privado está tan agudamente opuesto a la esfera social –desconocida por los antiguos, que consideraban su contenido como materia privada– como a la política, propiamente hablando”¹⁸.

En resumen, en palabras de Agamben, “el ingreso de la *zoé* en la esfera de la *polis*, la politización de la nuda vida como tal, constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad, que marca una transformación radical de las categorías políticas-filosóficas del pensamiento clásico”¹⁹. Esto trae como consecuencia que el derecho empieza a normar todos los ámbitos del individuo a toda edad, determinando sus diferentes etapas vitales en diferentes aspectos, expresándose, por ejemplo, en la idea de la ley como una norma universal y abstracta capaz de regular toda acción humana y en la idea de que los Estados protegen *la dignidad de la persona humana*. En las siguientes partes de este trabajo revisaré algunas consecuencias que tiene esto en la exclusión de individuos en los sistemas

sociales, revisando el concepto de persona que cumple un importante rol en esta invasión del derecho y, luego, viendo ciertas herramientas de exclusión.

II. Persona en la modernidad

El concepto de persona históricamente ha sido utilizado para hablar de algo que se le adjudica a determinado ente, cumpliendo funciones políticas, morales y sociales específicas²⁰. Esta adjudicación puede ser tanto de facultades y derechos como de expectativas normativas y, por lo general, se hace sobre un individuo de la especie humana (persona natural, en el caso jurídico), pero también se realiza sobre entes ficticios como en el caso de las denominadas “personas jurídicas”²¹. El concepto de persona es un concepto sortal, esto es, tiene la propiedad de que su uso sirve tanto para definir a un individuo como a la clase a la que este pertenece²², cuando hablamos de persona asumimos una igualdad entre los diversos entes que denominamos personas.

De todas maneras esta igualdad adquiere diferentes niveles y contenidos según el tipo de “personalidad” que tratemos de dilucidar, pues la personalidad puede adquirir diferentes significados como son el moral, el jurídico, el psicológico y el religioso. Como la “*persona* designa características adquiridas y no dependientes de la naturaleza del hombre como ser genérico”²³, un mismo sujeto puede ser considerado persona moral, social, económica, etc. y ser igual y diferente a otro, al mismo tiempo, en diferentes ámbitos. Estas características se construyen históricamente y, si bien, no son empíricas, sí necesitan de lo empírico para definirse; por de pronto, necesitan la existencia de un ser humano para adjudicarle personalidad, pero también se usan otros criterios.

Como este trabajo pretende reflexionar sobre la exclusión que se realiza utilizando el Derecho, mi análisis se centrará en el significado jurídico de persona utilizado en los sistemas

jurídico-filosóficos contemporáneos. De todas formas podemos, previamente, reconocer otros significados de ‘persona’ que son relevantes para el análisis²⁴.

En primer lugar está el referido al individuo humano en relación a su conciencia como presupuesto de su personalidad. John Locke caracteriza a la persona como aquel ser que tiene conciencia de sí mismo y que con el suceder de los hechos sigue siendo la misma conciencia, para esto último es necesario el uso de la memoria que permite igualar la identidad personal en distintos momentos. Así “para Locke somos personas sólo si, por ejemplo, podemos recordar parte de lo que hicimos, pensamos o sentimos ayer, y si somos también capaces de proyectarnos hacia el futuro para entender las consecuencias o hechos derivados de nuestros actos venideros”²⁵. Esta es la noción moderna de persona más elemental y está en la base de los distintos sistemas normativos, la idea de la conciencia de sí como supuesto básico para ser agente²⁶.

En segundo lugar, está la referida al sujeto social que suele construirse con base en los prejuicios y modelos que se desarrollan en las diversas comunidades. En este sentido, la exclusión de la personalidad social se hace basada en la estigmatización y la invisibilidad de diferentes tipos de sujetos y sus formas de vida. Así sucedió con las mujeres en diferentes ámbitos por muchos siglos y hoy día con ciertos grupos como los inmigrantes o los pueblos indígenas²⁷.

Otro punto de vista importante es el de la personalidad moral, debido a que refiere al otro gran sistema normativo (además del jurídico). Se la ha entendido como aquella donde un sujeto tiene la capacidad de ser apelado en base a deberes. En este sentido, la personalidad moral se funda en normas que van destinadas a un individuo que consideramos libre. Esto supone que el individuo puede ser conciente de que existen estos deberes y puede llevarlos a cabo,

haciéndose digno de reproche. El sistema moral desarrollado por Kant sería el ejemplo más influyente de ello²⁸. Cuando un individuo no puede representarse estos deberes (el niño hasta cierta edad o en ciertos casos de demencia) o no puede llevarlos a cabo (se encuentra en estado vegetal) los demás adquieren ante él lo que Strawson denomina una *actitud objetivante*, por medio de la cual neutralizamos nuestros mecanismos de reproche y le quitamos el estatus de persona moral²⁹.

La persona entendida jurídicamente, por su parte, funciona como un estatus (jurídico), esto es, usando la terminología de Kelsen, como un haz de normas que se aplican a determinado ente³⁰, más específicamente, se trata del más básico reconocimiento de derechos. En el derecho contemporáneo, es un estatus que se adjudica a todo miembro de la especie humana³¹ y le permite acceder a todos los derechos. Este reconocimiento jurídico es amplio y se le asigna a enfermos mentales, mujeres, hombres, niños, etc. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que, en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana de 2005, señaló: “La falta del reconocimiento de la *personalidad jurídica* lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”³².

Hay un par de cosas que aclarar respecto a lo dicho. En primer lugar, la persona comprendida jurídicamente no es necesariamente blanco de expectativas normativas (a diferencia de la persona moral), es decir, no es definida porque se le exijan ciertos tipos de comportamientos, lo único que realmente la caracteriza es el ser titular de derechos. Así, por ejemplo, a los niños hasta cierta edad se les reconoce el derecho de propiedad, el de integridad física, el de libertad personal, entre otros, además de los específicos derechos del niño, pero no se les exige que se comporten con base en las normas del derecho

penal, se considera irreprochable (inimputable) por este³³. Por otra parte, un mayor de edad indocumentado o un paria nunca inscrito en un registro (que carece del estatus y no puede, por ejemplo, acceder a derechos sociales) si comete un delito es usualmente enjuiciado y condenado.

En segundo lugar, los derechos suelen tener límites y requisitos, por ejemplo el derecho a voto tiende a tener exigencias como la edad, al igual que ciertas formas de ejercer el derecho de propiedad, esto es parte de la comprensión que se tenga de los diferentes derechos y de que estos no son ilimitados, pero también tienen de trasfondo la idea de que toda persona podría ser titular de ellos (no se puede ser ciudadano sin ser persona, por ejemplo). Ahora, cuán razonables son estos límites y requisitos es parte de la discusión de este trabajo.

Por último, cabe señalar que el derecho no logra abarcar toda la realidad que busca normar, hay ámbitos de la vida que no están referidos a lo jurídico y, por otra parte, hay realidades en que el derecho actúa, pero en que el estatus jurídico de persona no influye, como en el caso de la reacción penal sobre ciertas personas, como se señaló anteriormente.

Las formas de personalidad recién revisadas están relacionadas entre sí: pueden recaer sobre un mismo individuo simultáneamente, aunque no necesariamente. Por otro lado, se influyen mutuamente de diversas formas, justificando sus cambios y presuponiéndose. Por ejemplo, el cambio del estatus jurídico de determinados individuos, como los extranjeros de determinado país, puede estar fuertemente influenciado por la personalidad social que estos tienen. Un caso paradigmático al respecto es el de los judíos en la Alemania nazi cuyo estatus cambió a causa de las “leyes de Nüremberg”³⁴. Además los prejuicios sociales también pueden adquirir efectos sobre la personalidad moral de una persona, como cuando se ve en establecimientos comerciales europeos la frase: *si ve a un chileno robando, déjelo, es su cultura*, donde se toma una actitud

objetivante, al menos discursivamente, ante una persona (por un acto moralmente reprochado como el robar) con base en prejuicios sociales. Todas estas relaciones y construcciones tienen de trasfondo un fuerte componente político y los diferentes centros de poder tienden a tener mucha influencia sobre la exclusión de sujetos y grupos. A continuación revisaré algunos discursos y discusiones que muestran esto.

III. Personalidad y Derechos

Como se ha visto (II), lo característico del concepto de persona es la adjudicación de ciertos predicados (derechos en el caso de lo jurídico) a determinado sujeto y la igualación de los diversos sujetos de los que se predica eso (todas las personas son iguales en cuanto tales entre sí). En este sentido, el estatus de persona no es el único dentro del ámbito jurídico, existen otros conjuntos de normas que se refieren a grupos de individuos. Así nos encontramos con el de nacionalidad, íntimamente vinculado al de persona³⁵, basado en la idea de que los sujetos se relacionan con los Estados (pertenecen a estos, son sus *naturales*) con base en ciertos criterios como el lugar donde nació un individuo o sus padres³⁶. De todas formas, la nacionalidad tiene como efecto, además de adquirir ciertos derechos (como el acceso a la ciudadanía en algunos casos), la generación de obligaciones como el defender al Estado en caso de guerra. También está la ya nombrada ciudadanía que, en su aspecto jurídico, implica el acceso a derechos políticos como el igual acceso a funciones públicas y el derecho a voto, de gran importancia social y política. De todos estos el estatus de persona es el más amplio, pues abarca más derechos y se extiende a más individuos. Por lo menos así ha funcionado en la modernidad³⁷.

Las constituciones y el Derecho Internacional tienden a consagrar el estatus de persona y los derechos fundamentales de los Estados Constitucionales son reconocidos a estas³⁸. Los ordenamientos constitucionales, herederos de

las ideas ilustradas, usualmente incluyen a los derechos fundamentales como centro del sistema y a la persona como titular de sus derechos (ya sean naturales o jurídicas). Esto se ve reforzado por el recientemente desarrollado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, basado en un acuerdo de ética política de gran alcance con consecuencias jurídicas expresadas en diferentes instrumentos y la creación de órganos administrativos, de control y jurisdiccionales, centrados en el desarrollo y la protección de los derechos de las personas.

Esta noción de protección de los individuos ha planteado la necesidad de dar cierta importancia al estatuto de persona. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 3 el *Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*³⁹. La CIDH, enfrentando casos en que se litigaba sobre una posible violación a este derecho, señaló: “El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer⁷⁴⁰, y más adelante, en el mismo fallo, señala: “Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley⁷⁴¹”.

Las legislaciones de los Estados regulan el comienzo de la calidad de “persona” de un sujeto. En Chile, el artículo 74 del Código Civil expresa que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido

jamás.”⁴² A primera vista, pareciera ser simple la inclusión al estatus, es el mismo hecho natural del nacimiento el que nos hace entrar en él. De todas formas, nos encontramos rápidamente con la necesidad de realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que esta entrada al estatus jurídico de persona depende de ciertos elementos tanto formales como materiales. Por ejemplo, es necesario tener un nombre⁴³ y un domicilio, pues estos son considerados *atributos de la personalidad* y son necesarios para, entre otras cosas, exigir cautela judicial en caso de violación de derechos, constituir una hipoteca o inscribirse en los programas sociales por los que se puede gozar de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. Esto ya es un gravamen para los individuos. Así, se ha expresado que la imposibilidad de las personas de acceder materialmente a una inscripción (en el Registro Civil, por ejemplo) implica una violación a dicho derecho⁴⁴. Además, hay que tener en cuenta que los parias no son usualmente considerados en los censos (en Chile sólo lo son desde 2002), pero la vagancia se castiga como delito.

La ley chilena también señala el momento en que se acaba la personalidad, considerando tres posibles casos: la muerte natural (terminación de las funciones vitales)⁴⁵, la muerte presunta (cuando un individuo ha desaparecido por cierto tiempo, ignorándose si vive)⁴⁶ y la muerte clínica (cuando se comprueba la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, mediante la certeza diagnóstica de la causa del mal y, al menos, dos electroencefalogramas)⁴⁷. En estos casos, los sujetos considerados “no-personas” dejan de gozar de los derechos que la Constitución y los tratados aseguran (a las personas). Esto implica la posibilidad de usar sus órganos para transplantes y la repartición de sus bienes entre otros individuos a los que la ley da derecho. Así, por medio de la ley se definen los límites para poder gozar de derechos, en otras palabras, cuándo se está vivo y cuándo se está muerto, cuándo se existe o deja de existir para el Estado.

Otro aspecto relevante es el de la capacidad, pues, como señala un importante jurista chileno “el término persona significa precisamente un derecho, la posibilidad de ser sujeto de una relación jurídica”⁴⁸. En este sentido suele distinguirse la capacidad de goce (posibilidad de ser titular de derechos) de la capacidad de ejercicio (estar habilitado para ejercerlos y disponer de ellos por voluntad propia). La primera es la que se adquiere al nacer según lo revisado en el punto anterior. En este sentido, todo infante es titular de todos los derechos que consagra la Constitución y los tratados internacionales, pero no puede ejercerlos todos por diversos motivos. Así, la edad y la salud mental son exigencias para el ejercicio de determinados derechos fundamentales como el acceso a cargos públicos, a formar una familia a través del matrimonio o a disponer de sus bienes contratando con otros. Pero, al mismo tiempo, un infante no es responsable por los daños que ocasiona, sino que el derecho considera que lo son directamente (por su propio hecho) las personas a cuyo cargo está⁴⁹. Esto último refuerza el hecho de que ser persona asegura derechos, pero no significa estar sujeto a deberes, a pesar de que muchas veces los individuos sobre los que recaen ambos (derechos y deberes) coincidan.

La distinción entre personalidad y capacidad es muy importante y usualmente es confundida. Hay quienes proponen que existen diferentes niveles de personalidad, por lo que el niño que no tiene la disposición de sus bienes, no pudiendo ejercer plenamente su derecho a la propiedad, sería menos persona que el adulto que sí lo tiene. Me parece contraintuitivo decir que algunos son menos personas que otros, sobre todo con base en estos argumentos, pues según ellos, alguien que tiene sus bienes embargados y el juez que no puede comprar los bienes que se subastan en un juicio donde él forma parte del tribunal serían menos persona. Estos ejemplos hablan de la “capacidad jurídica” de celebrar ciertos actos o ejercer ciertos derechos y no de una mayor o menor “personalidad jurídica” de sus titulares.

Esta invasión del derecho a las diferentes esferas de la vida repercute en toda la técnica jurídica, tanto en la intención de excluir como de incluir a las personas al goce de los beneficios de la sociedad. La inclusión se ha hecho básicamente a través de la concesión de derechos y la construcción de la persona que goza de los mismos, así como creando mecanismos de garantía y protección. Sobre el contenido de la noción jurídica de persona en cuanto a los derechos que se adquieren, existe un relativo consenso en los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos con diferentes niveles de aceptación. En un nivel elemental, de aceptación universal, nos encontramos con una serie de normas de *jus cogens* o de derecho internacional imperativo⁵⁰ como son la prohibición de esclavitud, la prohibición de tortura, algunas normas del debido proceso (principios de legalidad, de contradictorio, la presunción de inocencia, derecho a recurso), el principio de no discriminación y la obligación de investigar, enjuiciar y castigar a los autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad⁵¹. Junto a estas normas, existen otros derechos que son aceptados en la mayoría de las constituciones del mundo y que se consagran en tratados internacionales (tanto a nivel universal como regional), las de los denominados derechos civiles (libertad ambulatoria, de culto, derecho de propiedad, etc.), políticos (igual acceso a funciones públicas, a voto, etc.) y sociales (a la educación, a prestaciones mínimas de salud, etc.). Por último, existen algunos derechos de grupos que necesitan especial protección y que están en pleno desarrollo como ocurre con los de los pueblos indígenas, los discapacitados y las mujeres. El acceso al estatuto de persona implica el aseguramiento del goce de estos derechos.

En este sentido, los derechos cumplen también una función de ser estándares de conducta para los gobiernos de los Estados, convirtiéndose su aseguramiento en algo considerado bueno y deseable, formándose organizaciones estatales, interestatales y no estatales que están usualmente monitoreando las obligaciones adquiridas de respetarlos, garantizarlos y promoverlos.

IV. No-Personas y exclusión

El movimiento jurídico, mostrado arriba, de adjudicar derechos sin grandes limitaciones a la gran mayoría de los seres humanos (hombres, mujeres, niños, discapacitados, indígenas, etc.) y el compromiso internacional adquirido al respecto, ha implicado la posibilidad de acceder a una vida digna a gran cantidad de miembros de la especie humana. Ante la gran expansión de bien-estar⁵² que significa el ampliar el concepto de persona y los derechos que implica, no es de extrañar la reacción en sentido contrario. Gran parte de las discusiones en torno a las normas jurídicas de los últimos años han ido en dirección de si dar o quitar derechos a los individuos (acceso a salud gratuita, voto a los inmigrantes y a nacionales que habitan en el extranjero, seguros de cesantía, flexibilidad laboral, interrogatorios duros para conseguir información valiosa, etc.) y a preguntarse si son estos deseables o no.

En este sentido, podemos ver en la actualidad una tendencia contraria a la de la entrega de derechos al mayor número de individuos posibles a través de una serie de mecanismos y formas jurídicas que buscan definir a ciertos sujetos como “no-personas”, por medio de políticas públicas y discursos que crean perfiles de individuos y grupos a quienes quitar el acceso a los derechos, convirtiendo a estos últimos (los derechos) en privilegios. Podemos entender a estas no-personas, siguiendo a Dal Lago como “aquellos seres humanos que intuitivamente son personas como nosotros (seres humanos dotados de una persona social y cultural), pero a los que le son revocadas –de hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en lenguaje público– la calificación de personas y sus atribuciones relativas”⁵³. De la definición voy a desarrollar a continuación los aspectos jurídicos, aunque naturalmente se encuentren profundamente relacionados con aspectos políticos y sociales. Revisaré tres *herramientas de exclusión* jurídicas (técnicas

legislativas, administrativas y judiciales, así como discursos tendientes a excluir a los individuos y sus efectos prácticos directos): la condicionalidad de los derechos, la denegación organizada de justicia y la creación de *sub-estatus jurídicos*. Cabe señalar, en primer lugar, que estas no son las únicas herramientas que podemos reconocer⁵⁴ y, en segundo lugar, que generalmente se complementan entre sí y en ciertos casos, unas son supuestos de otras, como veremos sucintamente.

a. Condicionalidad de los derechos

Una de las herramientas utilizadas para excluir a los individuos del concepto de persona es el condicionar el goce y ejercicio de los derechos al cumplimiento de ciertos estándares de conducta y/o pertenencia a grupos. Si bien la teoría jurídica no considera los derechos (humanos, fundamentales) como absolutos, sino más bien como principios que aceptan cierto nivel de limitaciones, estas mismas limitaciones deben ser, a su vez, limitadas⁵⁵. También cabe considerar, como vimos más arriba, que varios derechos son considerados normas de *ius cogens*, lo que impide de manera más radical su limitación. Esto es especialmente importante en el caso de la praxis punitiva estatal donde gran cantidad de derechos (humanos, fundamentales) pueden verse afectados por la respuesta del Estado ante la comisión de delitos. Entonces, es importante preguntarse sobre las posibilidades razonables de actuar del Estado en cuanto a condicionar el acceso de los individuos a los derechos, como sucede en los casos de privación de libertad por comisión de delitos o la detención por disturbios en la vía pública⁵⁶, basados en el daño a terceros y al orden público.

Un claro ejemplo de la exclusión de individuos del estatus de persona es el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, desarrollado teóricamente por Günther Jakobs. Este autor plantea que “un individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios

del concepto de persona”⁵⁷. Propone una distinción entre lo que denomina Derecho Penal de Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, basado en si el individuo satisface ciertas garantías cognitivas necesarias para ser considerado persona a la hora de aplicar el *ius puniendi* estatal⁵⁸. De este modo, señala que “el enemigo es un individuo que no sólo de manera incidental (delincuencia sexual...), en su comportamiento o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada...) o, principalmente a través de su vinculación a una organización (terrorismo...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta”⁵⁹, por lo que se le trata como un peligro al que hay que neutralizar. Para ellos se crea un estatuto especial (de enemigo, no persona) que, en los hechos, se expresaría con ciertas particularidades: “(1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva cambio del hecho producido por la del hecho que se va a producir (...); (2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento (...); (3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia (...); (4) supresión de las garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico”⁶⁰.

De este modo, la neutralización del enemigo implica no sólo una afectación de la libertad personal, la vida privada y el patrimonio (cosa que sucede con toda la praxis punitiva estatal), sino que podemos avanzar y encontrar mayores particularidades, como la reducción de las garantías del debido proceso, una posible afectación a la integridad física y psíquica y una mucho más gravosa afectación a la libertad personal, además de que usualmente los enemigos condenados no pueden acceder nunca a más cargos públicos, no tienen derecho a voto, a formar sindicatos e, incluso, no pueden ser testigos de matrimonios⁶¹, es

decir, se les excluye completamente de la vida en sociedad. El peso de la prueba estatal se aminora, e incluso, se prescinde de ella, como veremos más adelante; se pierde el derecho a recurso; se realizan prisiones indefinidas sin cargos y para realizar interrogatorios (en donde suelen practicarse distintos tipos de tortura); en ocasiones, no se tiene acceso a un tribunal, ni derecho a procedimiento, ni abogado alguno. De esta manera, cuando consideramos lo que significa gozar de *los beneficios del concepto de persona*, vemos que se trata de ciertos derechos fundamentales de extrema importancia que en el último siglo se habían consagrado tanto en los Estados como a nivel internacional. Es relevante que el autor nos plantea que estos *beneficios* son condicionales en su aplicación, esto es, sólo se adquieren una vez que se satisface una expectativa cognitiva de fidelidad al derecho (“admitir ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía”)⁶².

Este tema ha sido objeto de varias discusiones en tribunales de justicia, así sucede por ejemplo con el tratamiento de los imputados mapuches en Chile y la aplicación de la ley antiterrorista con procedimientos y penas que violan los derechos de los imputados desproporcionadamente⁶³. Por otra parte, se ha desarrollado esta discusión basada en el tratamiento que se les debe dar a los prisioneros capturados por Estados Unidos en su *lucha contra el terrorismo* y que han sido encarcelados en el centro de detención ubicado en Guantánamo, Cuba. En estas prácticas se ha desarrollado el concepto de *enemigo combatiente* (*enemy combatant*) que se condice con los presupuestos de Jakobs para considerar a un individuo como enemigo, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. De este modo, quienes caen prisioneros no tienen acceso a tribunales de justicia que revisen sus derechos y son víctimas de diferentes tipos de tortura.

El tema se ha discutido en la Corte Suprema de dicho país⁶⁴. Uno de los primeros fallos al respecto fue el del caso Hamdi *et al.* V.

Rumsfeld, Secretary Of Defense, *et al.*⁶⁵, donde se determinó que el Presidente de la República no puede, lisa y llanamente, sin méritos probatorios, determinar que una persona es enemigo combatiente, sino que se debe presentar la posibilidad al apresado de poder debatir su estatus ante un tercero imparcial. El voto de mayoría de la sentencia no cuestionó la existencia de los *enemigos combatientes*, sino que hizo más gravoso el clasificar a un individuo como tal. Más coherente con el sistema constitucional e internacional parecía ser la idea de que se merecía un debido proceso de ley como todo criminal, pero no aceptar la idea del enemigo como lo propusieron otros jueces⁶⁶. De todas maneras, en un fallo reciente (Boumediene *et al.* v Bush) la Corte volvió a revisar el tema y decidió que los extranjeros detenidos como *combatientes enemigos* en Guantánamo tienen el derecho a defenderse ante los tribunales como cualquier individuo nacional, superando en gran parte el problema. En realidad, la práctica no ha cambiado mucho⁶⁷.

Otra forma de condicionar los derechos se ve en el acceso a los sistemas de Seguridad Social. En diferentes países se castiga a quienes han cometido delitos y a sus familiares privándolos de dichos beneficios que emanan de sus derechos. Esto, basado en el desarrollo de lo que Loïc Wacquant denomina un *panoptismo administrativo*⁶⁸, donde se cruzan las informaciones desarrolladas por las Policías (de delitos y crímenes, pero también ofensas a agentes de la Policía y práctica de la prostitución) con las de los programas de asistencia social (con datos como la dependencia de las personas y su capacidad para incluirse dentro de la sociedad). Este cruce trae consecuencias como el “aplicar con más eficacia las decisiones de suspensión de los subsidios familiares en caso de delincuencia reiterada de un adolescente (es lo que sucede con varias decenas de miles de hogares anualmente) o para encontrar a tal o cual testigo o sospechoso siguiendo las ramificaciones de las ayudas sociales”⁶⁹. Los beneficios sociales además tienden a ser negados

a individuos clasificados como refugiados o apátridas, como veremos más adelante.

Por último, se debe tener en cuenta que la tenencia de dinero, el ser propietario, ha sido una fuente muy grande de exclusión en las sociedades modernas. Hasta hace unas décadas existía el voto censitario, por el cual sólo podía participar en la elección de gobernantes quien demostrara tener cierta cantidad de bienes o de ingresos. Hoy en día, la posibilidad de acceder a la justicia y la realización de ciertos trámites que son obligatorios realizar para, por ejemplo, adquirir una casa, sigue estando fuertemente condicionada por la tenencia de dinero. En el Archivo Judicial de Santiago, para poder acceder a una copia de un expediente o escritura pública se debe pagar en los siguientes términos: “La primera carilla por concepto de firma tiene un valor de \$4.300. Desde la segunda carilla, cada una tiene un valor de \$3.300”⁷⁰, estamos hablando de unos 6 a 8 dólares, considerando que hay países en la región con un 50% de la población que viven con menos de un dólar diario y que cerca de mil millones de personas en el mundo viven con menos de dos⁷¹. Esto se repite en las notarías, en el Conservador de Bienes Raíces y otros órganos⁷² usualmente denominados “auxiliares de la administración de justicia”.

b. Denegación organizada de Justicia

Dentro del movimiento favorable a la ampliación de la protección de la persona, cumple un rol clave el derecho de acceso a la justicia que implica una protección global de la institucionalidad estatal a los individuos y grupos. Comprende principios como la publicidad de los actos de organismos estatales y el acceso a la información pública⁷³, así como al debido proceso y la persecución de los delitos cometidos dentro de la sociedad de manera razonable, prohibiéndose tajantemente la discriminación. Esto incluye investigaciones acordes a la protección de derechos (humanos, fundamentales), un rechazo a la impunidad

por delitos graves⁷⁴, un derecho a defensa, derecho a recurso, protección de los derechos en la aplicación de la pena, respeto a los principios de proporcionalidad y legalidad, etc⁷⁵. Como revisamos en este trabajo, varias de estas instituciones se consideran normas de *jus cogens*. Entonces la justicia puede ser denegada en varias maneras: no persiguiendo los delitos de los que es víctima, persiguiendo delitos sin motivación y/o sin respetar el debido proceso, no permitiendo el acceso a tribunales, escondiendo información, siendo selectivo en la protección y persecución penal, etc. El acceso a la justicia se puede y debe evaluar de forma material, es decir, como se aplica en la práctica, revisando, además las consecuencias de su denegación.

Entiendo que lo que Wacquant ha denominado una *denegación organizada de justicia* es justamente una herramienta de exclusión de diversos individuos y grupos. Un claro ejemplo de ello son las prácticas policíacas en diferentes barrios de una misma ciudad y la reacción de los órganos de control sobre ellos. En Santiago de Chile, cuando un grupo de carabineros transita por el *barrio alto* (comunas donde habitan las personas de mayor nivel económico) producen tranquilidad y seguridad en los residentes (están aquí para protegernos), pero cuando transitan por los *barrios bajos*, la sensación en los residentes es la contraria, suceden en dichos barrios muchos arrestos injustificados, realizados para obtener culpables de crímenes sin resolver, que en ciertos casos van acompañados de confesiones conseguidas por medio de tortura⁷⁶.

Los casos de abuso policial en barrios marginales no son perseguidos por el Ministerio Público, ni revisados por los tribunales, ni siquiera mostrados en la prensa⁷⁷. Es más, los tribunales funcionan mejor para la gente adinerada, desde la necesidad de contar con un abogado y de tener tiempo y dinero para realizar variadas actuaciones, hasta el acceso a la corrupción dentro del Poder Judicial.

Wacquant, estudiando el caso de la lucha contra la delincuencia en Estados Unidos, señala que “para los integrantes de clases populares expulsados a los márgenes del mercado laboral y abandonados por el Estado caritativo, que son el blanco de la política de *tolerancia cero*, el grosero desequilibrio entre la actividad policial y el derroche de medios que se le consagra por una parte, y el atestamiento de los tribunales y la escasez agravada de recursos que los paraliza, por la otra, tiene todo el aspecto de una *denegación organizada de justicia*”⁷⁸. La configuración de dicho sistema, considerado modelo para América Latina, “exhibe dos fisonomías diametralmente opuestas, que dependen de que uno sea el objeto (negro) o el beneficiario (blanco), vale decir de qué lado se encuentre de esa barrera de castas que el ascenso del Estado penal norteamericano tiene por efecto –si no por función– restablecer o endurecer”⁷⁹. Las personas más pobres sufren de esta denegación de justicia.

Ahora, cuando un individuo se encuentra dentro de la cárcel, *amparado* por el sistema estatal, la situación no mejora, a pesar de que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en su artículo 2 señala “Será principio rector... que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Jörg Stippel, estudiando los diferentes aspectos de lo carcelario en Chile, nos muestra la situación de los recursos judiciales presentados por los privados de libertad, por materias relacionadas con el tratamiento penitenciario, durante los años 2000 a 2002⁸⁰. Los principales motivos de dichos recursos son la existencia de apremios ilegítimos (18,3%), amenazas de otros internos (17,2%), castigos injustificados (16,4%) y traslado (16%), es decir, graves amenazas y violaciones a derechos básicos como la vida y la integridad física y psíquica, y la seguridad personal. Los tribunales a cargo de conocer dichos recursos hacen dos

exámenes: uno de admisibilidad (si el recurso cuenta con las formalidades mínimas) y otro de fondo (considerando los argumentos y las pruebas presentadas). En la primera etapa, son rechazados el 33,6% de los recursos. Se usan argumentos como que los hechos acusados no están protegidos por dichos recursos (siendo que en muchos casos sí lo son, como lo muestra el estudio)⁸¹, que son constitutivos de delito (la norma constitucional no comprende este motivo y, al parecer, debería mover a los tribunales a proteger al individuo en vez de rechazar el recurso, pues se busca en él, en primer término, la protección de los derechos más que la persecución del agresor por otro órgano estatal) o que no se señala en qué consiste la ilegalidad.

En la segunda etapa (examen de fondo) resulta ser rechazado el 94,1% de los recursos presentados a favor de los internos. Cuando los recursos son presentados por internos, el 98,5% es rechazado; 94,5% cuando los presenta algún familiar, y 71% cuando lo presenta un abogado⁸², lo que implica una total desprotección de los internos dentro de las cárceles, viéndose desprovistos de acceso a la justicia. Además se presentan otras barreras como el que estos recursos se tramiten de forma escrita y no oral (excluyendo a los analfabetos) o que en la mayoría de los casos los internos no tienen acceso al expediente (prohibiendo conocer los argumentos en contra de su petición y, por ende, el contradictorio), ni se le remiten copias de los informes. Más alarmante es aún la desidia con que se tratan estos casos, pues “estos posibles delitos criminales justificarían una investigación exhaustiva de todos los antecedentes y pruebas que se puedan recopilar. No obstante, como se indica en el estudio Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile, parece que: “En general los jueces tienden a no involucrarse, como si fuera un tema que no les atañe fiscalizar (aunque muchas veces la comisión del delito es evidente)”⁸³. Stippel nos emplaza expresando que “es necesario preguntarse si esta restricción del acceso a la justicia se justifica por el hecho de que la persona se encuentre privada

de libertad. Cabe recordar, que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”⁸⁴.

c. Subestatutos jurídicos y creación de identidades

Otra forma de excluir muy usual es la creación de ciertos estatutos jurídicos que conllevan una desprotección de los individuos por la vía de no permitir su acceso a determinados derechos y sus respectivos beneficios sociales. Estos estatutos están usualmente asociados con la formación de ciertas identidades sociales que influyen en las circunstancias de vida de quienes son estigmatizados con ellas, siendo discriminados y perseguidos de diferentes maneras. Se trata de la creación de *otros*, de enemigos, tanto dentro como fuera de las sociedades, anulando toda la diversidad humana, limitándola a nosotros/ellos y a nosotros *o* ellos⁸⁵.

Un primer ejemplo claro de ello es el tratamiento de los migrantes ya sean refugiados, apátridas, desplazados internos o de otro tipo. Las condiciones de vida de estas personas tienden a ser deplorables. En principio, solo una pequeñísima minoría de los migrantes cambian de lugar de vida voluntariamente y sin necesidad de escapar de lugares donde reinan el hambre, la enfermedad o la persecución política⁸⁶; luego los viajes tienden a ser muy gravosos y peligrosos, así como la entrada a otros Estados (cuando ésta es posible) y la posterior estigmatización y persecución. Esta persecución no sólo es social y económica, sino que es jurídica, pues se utilizan estatutos que limitan sus derechos antes de llegar siquiera a discutir su ejercicio⁸⁷. Así, por ejemplo, la Convención sobre el estatuto del Apátrida consagra un limitado número de derechos a las personas que tengan este estatus y busca ser exhaustivo en cuanto trata temas respecto a sus derechos civiles y económicos. Señala normas como la siguiente sobre “empleo remunerado” (artículo 17.1):

“Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de dichos Estados un trato tan favorable como sea posible y, en todo caso, no menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, en cuanto al derecho al empleo remunerado”. Pero la norma no señala qué trato se le debe dar a un *extranjero en general*⁸⁸. Retomando el caso de las niñas Yean y Bosico, conocido por la CIDH, vemos la constatación por el tribunal de que “la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraban las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, por la falta de nacionalidad y la condición de apátridas, tuvo consecuencias relacionadas con sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y al nombre”⁸⁹. “Una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado (...) En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”⁹⁰. Algo similar sucede con los refugiados e indocumentados, quienes “han cancelado o perdido su identidad personal, han abandonado el mínimo de protección garantizada por su pertenencia precedente. Se han vuelto oficialmente invisibles e inencontrables”⁹¹. Para mucha gente, lo necesario para acceder al estatus jurídico de persona es muy gravoso (acceso a registro civil, escribir, hablar determinado idioma, etc.) y, por otra parte, la respuesta muchas veces es establecer estatutos que sean limitantes de derechos, creando no-personas.

Esta es la situación de las denominadas *personas designadas* en Australia, conocidas en un caso contencioso por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹². En dicho caso, un ciudadano camboyano llegó junto a otros 25 a Australia a solicitar que se le reconociera como refugiado, sin acceso a asesoramiento jurídico. Dicha solicitud se le denegó tres años después, en una carta de

rechazo escrita en inglés (idioma que desconocía) sin que se les proporcionara interpretación. En el transcurso del tiempo estuvieron detenidos y fueron trasladados de un campamento de refugiados a otro sin posibilidad de contradecir ni comprender lo que les ocurría. Además, en esa época, “el Parlamento de Australia aprobó la Migration Amendment Act (1992), por la que se enmendó la Ley de migración de 1958 al introducir en ella una nueva división 4B, en que se definía al autor y a las demás personas en su misma situación como *personas designadas*. En el artículo 54R se estipulaba que “ningún tribunal podrá ordenar la liberación de una persona designada que esté sujeta a detención preventiva”⁹³. El Comité consideró que había ocurrido una violación de derechos por la detención arbitraria y la imposibilidad de acceder a intérprete (los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), pero lo importante es observar lo que ocurre ante quienes llegan a un Estado a pedir refugio: se crean circunstancias y estatutos jurídicos para excluirlas. Ya habíamos visto que algo así ocurre con las personas consideradas terroristas o combatientes enemigos, perseguidas por múltiples legislaciones y que les privan de derechos políticos, económicos, se les destierra, etc.

Además, el terrorismo ha adquirido fuertes significados morales que estigmatizan socialmente a individuos por cosas como el barrio donde vive, la religión a que pertenece e, incluso, sus rasgos físicos. Muchas veces los gobernantes utilizan campañas para crear ciertas identidades a determinados grupos, para que sean considerados socialmente como *terroristas*, que se suman a su estatus jurídico especial. La CIDH ha señalado sobre ello, en un caso ocurrido en Perú, que “dicha calificación expuesta por órganos del Estado significó una afrenta a la honra, dignidad y reputación de los internos sobrevivientes que no tenían sentencia condenatoria firme al momento de los hechos, de sus familiares, y de los familiares de los internos fallecidos que tampoco tenían sentencia

condenatoria firme, ya que fueron percibidos por la sociedad como *terroristas* o *familiares de terroristas*, con todas las consecuencias negativas que ello genera”⁹⁴.

Pero esto no se limita a la *guerra contra el terrorismo*. Hoy en día es habitual perseguir a grupos como los jóvenes⁹⁵. Así, en un caso de un grupo de jóvenes ejecutados extrajudicialmente conocido por la CIDH, esta acusó lo siguiente sobre las circunstancias en que se produjeron: “El referido contexto estuvo marcado por la estigmatización de los jóvenes como supuestos causantes del aumento de la inseguridad pública en Honduras y por la identificación, como delincuentes juveniles, de los niños y jóvenes en situación de riesgo social, es decir, pobres, en estado de vagancia, sin empleos fijos o que padecen de otros problemas sociales”⁹⁶.

Esto se refleja también en el plano legislativo, la aprobación de la Ley Sobre Responsabilidad juvenil en Chile que incluye castigos más gravosos (algunos de ellos ni siquiera existen para los adultos) para ciertos delitos cuando los condenados son menores de edad⁹⁷. Cabe llamar la atención sobre la defensa a esta legislación elaborada por los líderes de los partidos políticos de derecha cuya finalidad es *endurecer la mano* con los delincuentes adolescentes. El senador Hernán Larraín señaló que la finalidad era terminar “de una vez por todas con la política garantista frente a los delincuentes que ha imperado en estos años dentro de la Concertación” (coalición de partidos gobernantes) y enfatizó que “con esta votación se marca un hito, empieza una forma para terminar con el garantismo a los delincuentes, esperamos que la Concertación; su gobierno y la Presidenta tome nota y la emplazamos a que diga si se la va a jugar por darle mayor seguridad a los ciudadanos o va a seguir con esta política permisiva y garantista”⁹⁸.

En el ya citado, la CIDH señalaba que “en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por

parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas⁹⁹.

V. Consideraciones finales

La utilización del derecho, tanto en sus discursos doctrinarios como en la formación de leyes y su aplicación y efectos sociales, para excluir a los individuos de los beneficios que las sociedades hoy en día prometen, adquiere diferentes formas, ya sea condicionando su goce a cosas como comportarse y pensar como un buen ciudadano o tener dinero, ya sea denegando sistemáticamente el acceso a la justicia o consagrando estatutos jurídicos raquíticos para ciertos sujetos, desprovistos de importantes elementos del concepto jurídico de persona.

Si deseamos evitar la exclusión de diversos grupos e individuos del acceso a los bienes sociales, se hace necesario detectar estas herramientas de exclusión, conocerlas y crear formas de prevenirlas o combatirlas. Esta no es una tarea fácil toda vez que estas herramientas, que se expresan en el derecho, encuentran sus raíces en fuertes discursos y creencias, muchas veces dirigidos por ciertos grupos de poder que usualmente son quienes controlan las formas institucionales de los Estados. Por otro lado, estas herramientas apelan a aspectos emotivos de los sujetos (como el miedo) y muchas veces utilizan a ciertos grupos como chivos expiatorios de diversos problemas sociales, por lo que su funcionamiento no es tan expreso como se desearía y hacen aparecer a la exclusión de ciertos grupos e individuos como algo *normal*, a lo más como un resultado de la igual aplicación de la ley.

El concepto de persona desarrollado en este texto busca realizar parte de dicha tarea

incluyendo, por una parte, a la mayor cantidad posible de individuos¹⁰⁰, así como a la mayor cantidad de ámbitos considerados relevantes para los individuos y grupos dentro de los derechos que pertenecen a todos¹⁰¹, permitiendo el libre desarrollo de su personalidad, sea cual sea. Por otra parte, la personalidad entendida como titularidad de derechos, nos ayuda a evaluar las situaciones jurídicas en la que se encuentran los individuos y grupos en cuanto disfrute de derechos, así como poner nuestra atención en la interpretación progresiva y *pro personae* que hacen los diversos órganos internacionales y nacionales destinados a supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos respecto al respeto, promoción y garantía de los derechos humanos, así como las lecturas presentadas por juristas. En este sentido, se muestra como deseable el abogar por un concepto de persona amplio tanto en cuanto a derechos como a la garantía de los mismos por los sistemas jurídicos.

Notas

¹ De esto es consciente, por ejemplo, el principio (jurídico) de no discriminación, al hablar de discriminación indirecta. Ver Bayefsky, Anne (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. En Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Org). *18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

² Por ejemplo, Kant (1989) señala que existe una relación analítica entre la coacción y el derecho (*Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, págs. 40-41). También Kelsen reconoce esta necesidad de efectividad como condición de posibilidad de un sistema jurídico y como elemento de la validez de la norma (*Teoría Pura del Derecho*. Eudeba págs. 35-36, 140-143) y, desde otro punto de vista, Hart (2007) también revisa esta conexión (*El Concepto de Derecho*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, capítulo I).

³“La excepción es una especie de la exclusión. Es un caso individual que es excluido de la norma general. Pero lo que caracteriza propiamente a la excepción es que lo excluido no queda por ello absolutamente privado de conexión con la norma; por el contrario se mantiene en relación con ella en la forma de la suspensión (...) En este sentido la excepción es, verdaderamente, según su etimología, sacar afuera (*excapere*) y no simplemente excluida”. Agamben (2003). *Homo Sacer*. Pre Textos, España, pág. 30.

⁴ Para revisar esta noción, ver Walter (1993). *Las Esferas de la Justicia*. Fondo de la Cultura Económica, así como las discusiones desarrolladas entre John Rawls y Amartya Sen.

⁵ Ver Barman (2006). *Vidas Desperdiciadas, La Modernidad y sus Parias*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

⁶ Un desarrollo de esta idea con base en los derechos humanos en Tugendhat (2001). *Lecciones de ética*. Editorial Gedisa, Barcelona, lecciones Decimoséptima y Decimoctava. También se puede ver en Nussbaum (2007). *Las Fronteras de la Justicia*. Paidós, Barcelona.

⁷ Ver Sinclair (1999). *Democracia y Participación en Atenas*. Alianza Editorial, Madrid. También se analiza el tema en Arendt (2005). *La Condición Humana*. Editorial Paidós, Buenos Aires.

⁸ Un ejemplo de esto último está en la clasificación realizada en la *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles, entre vida contemplativa, política y de placer, todas *bíos* (Ver Aristóteles (2007), *Ética a Nicómaco* RBA Coleccionables, Barcelona. El análisis de este concepto en Agamben “Forma de Vida”, en Agamben (2002) *Medios Sin Fin*. Editorial Nacional, Madrid).

⁹ Esto es especialmente fuerte en el pensamiento de Platón. (Ver, entre otros, sus diálogos *Critón*, En Platón *Diálogos III*. RBA

Coleccionables, Barcelona, 2007 y *República* en Platón *Diálogos IV*. RBA Coleccionables, Barcelona, 2007).

¹⁰ Ver Sinclair (2003) *Supra n.8* y Sartori. *¿Qué es la Democracia?* Aguilar, Altea, Taurus Alfaguara S.A., cap. VIII.

¹¹ Arendt *Op Cit* pág. 43.

¹² Arendt *Op Cit* pág. 44.

¹³ Foucault (1984). *Historia de la Sexualidad I, La voluntad de Saber*. Siglo XXI Editores, Madrid,, pág. 171. Señala que “la especie entra como apuesta del juego de sus propias estrategias políticas” (pág. 173).

¹⁴ Foucault *Op.cit.* pág. 171.

¹⁵ Foucault (2006). *Defender la Sociedad*. Fondo de la Cultura Económica, México, pág. 218.

¹⁶ Tema estudiado por Z. Bauman *Supra n.6*.

¹⁷ Arendt *Op Cit*, pág. 48-49.

¹⁸ Arendt *Op Cit*, pág. 49. No me detengo más en los conceptos por espacio y porque no son el centro de análisis de este trabajo.

¹⁹ Agamben *Supra n.4*. pág 13.

²⁰ En la Roma antigua (donde se origina la palabra) su significado era el de máscara, y se refería a la que utilizaban los actores para representar personajes, algo que se pone sobre un individuo, después se usó para cualquier tipo de representación. Ver Hobbes (1989), *Leviatán*, Alianza Editorial, Madrid, cap XVI. También se refiere a esto Esposito (*Persona, Hombre y Cosa*, exposición realizada el 21 de octubre de 2008 en Santiago de Chile). Ambos autores siguen de esto diferentes consecuencias que las acá revisadas.

21 Las define el Código Civil de Chile en su Artículo 545. Inciso 1 de la siguiente forma “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Por motivos de extensión, no centraré mi atención en este tipo de personas en este trabajo.

22 Agradezco al profesor Juan Ormeño K. la ayuda en la aclaración de este concepto, así como otros comentarios a esta parte del trabajo. Para mayor detalle, se puede señalar que “Una propiedad sortal es la propiedad que hace que un objeto posea ciertas condiciones de persistencia determinadas y que corresponda a una clase general de entidades que, por su naturaleza, son por sí y no por otras” (Alvarado (2007). “Esencias Individuales e Identidad Primitiva”. En *Analytica*, Volumen 1, Número 2, pág. 187).

23 Dal Lago, Alessandro (2000). “Personas y No Personas” en H. C. Silveira Gorski (ed.) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, pág. 131. El autor define el concepto de persona de la siguiente manera: “Nosotros sabemos intuitivamente qué significa persona: la manifestación individual de la especie humana, pero en un sentido que va más allá de su naturaleza biológica” (pág 127).

24 Estos básicamente se distinguen entre sí en que atribuyen diferentes características o facultades a los entes en cuestión.

25 “La identidad personal en Locke” en <http://apuntesdefilosofa.blogspot.com/2008/03/la-identidad-personal-en-locke.html> - visitada en septiembre de 2008). Ver Locke. *Ensayo Sobre el Entendimiento Humano*, Libro II, Capítulo XXVII. Ideas similares se encuentran Hegel, Fichte y Kant. El desarrollo final de esta concepción la podemos encontrar en los trabajos de Freud influyente hasta nuestros días (ver Rorty. *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Paidós. Barcelona, 1991).

26 Además, es a lo que generalmente se les denomina individuos. Roberto Esposito considera que esta noción básica de la persona que pone su énfasis en lo espiritual (lógico, moral, consciente) por sobre lo animal (el cuerpo viviente) crea una incisión en el individuo que niega gran parte de su humanidad trayendo diversas consecuencias negativas (Ver *Supra n. 21*).

27 Este es usualmente el sentido que toma la voz inglesa *nonperson*. (ver A. Dal Lago *Supra n. 24*). Al respecto también ver Goffman, Erving (2006). *Estigma, La identidad deteriorada*. Editorial Amorrutu, Buenos Aires.

28 Ver Kant. *supra n. 3*; Kant (2002). *Crítica de la Razón Práctica*. Ediciones Sígueme, Salamanca y Kant (1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Espasa- Calpe S.A. Madrid.

29 Strawson señala que esto funciona con base en sentimientos morales (resentimiento, indignación y culpa) que neutralizamos ante cierto tipo de individuos. Ver Strawson (1995) “Libertad y Resentimiento” en *Libertad y Resentimiento y Otros ensayos*, Paidós, Barcelona, págs. 171-223.

30 El desarrollo del concepto se encuentra en Kelsen *supra n.3*, págs. 125-132. Para Kelsen, en contraste con lo aquí señalado la exigencia de obligaciones es propio del concepto de persona, al igual que para Jakobs (Jakobs (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, págs. 15-41).

31 El uso de “miembro de la especie humana” no nos debe parecer extraño dentro de este derecho moderno que busca abarcar toda la vida, según se ha revisado en este trabajo.

Por lo menos así se consagra usualmente en las diferentes Constituciones de los Estados y Tratados Internacionales (ver nota 40).

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las niñas Yean y Bosico

vs. República Dominicana Sentencia de 8 de septiembre de 2005, par 179.

³³ El derecho penal, como facultad punitiva del Estado, toma en consideración cosas externas a la “personalidad jurídica” del sujeto del juicio de imputación para realizarlo. Por ejemplo, se considera la capacidad del individuo de formarse la intención y de generar la acción por una parte, y la de evitar el comportamiento considerando las normas y su saber sobre el dominio de los hechos. El estatuto de persona, eso sí, tiene relevancia para acceder a algunas cosas como el derecho a un debido proceso (derecho que tiene una aplicación más amplia que la del derecho penal).

³⁴ Ver, entre muchos estudios, Arendt (2001). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Editorial Lumen. Cuarta Edición, Barcelona.

³⁵ Esta íntima vinculación se da en el Estado-Nación moderno donde este busca abarcar toda la realidad posible, construyéndola, imponiendo límites. Se desarrolla como el contenedor de la sociedad dueño de los diferentes ámbitos de la vida y de la muerte (ver Beck (2004) *¿Qué es la Globalización?* Editorial Paidós. Argentina. Esto implica que los Estados se vean diferenciados tanto hacia fuera como hacia dentro. Por ejemplo hablamos de una sociedad alemana, una sociedad chilena, una argentina, etc. La palabra clave es homogeneidad. Siendo consecuencia que “todos los tipos de prácticas sociales –producción, cultura, lenguaje, mercado laboral, capital, educación– están regulados, acuñados, limitados, racionalizados y al menos, etiquetados desde el punto de vista nacional –economía, lengua, literatura, opinión pública, historia... nacionales–” pág. 47). De ahí que el estatus de persona sea concedido por el Estado.

³⁶ La Constitución Política de Chile señala en su artículo 10 “Son chilenos: 1. ° Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren

en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena; 2. ° Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno; 3. ° Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile; 4. ° Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos. Los nacionalizados en conformidad a este número tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización, y 5. ° Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley. La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos”.

³⁷ Su uso jurídico se remonta a Roma, donde se utilizaba más bien como mecanismo de exclusión (por ejemplo, para diferenciarse de esclavos y de algunos grupos de extranjeros) y de acceso a privilegios.

³⁸ La Constitución en su artículo 19, antes de consagrar los derechos fundamentales, señala: “La Constitución asegura a todas las personas:...” luego enumera los diferentes derechos.

³⁹ El artículo señala: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Me parece acertado entender este artículo como protector de las condiciones fácticas que rodean al concepto de persona y que permiten su realización, obligando al

Estado a garantizar su goce. Visto de otra forma, pareciera crear una redundancia (toda persona tiene derecho a ser persona), pues la Convención Americana señala en su artículo 1.2 que persona es “todo ser humano” (Ver Medina y Nash (abril, 2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, págs. 18-19). Además, la jurisprudencia se manifiesta en este sentido.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 188 Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bocico, párr. 178; Caso Bámaca Velásquez, párr. 179.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189.

⁴² El artículo 77 consagra otra norma relacionada: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

⁴³ La CIDH entiende, respecto del nombre, que “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado” (caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana parr 182), señalando que “los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después

de su nacimiento (párr. 183) “... El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado...” (párr. 184)

⁴⁴ Ver Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párr 190 – 194).

⁴⁵ El artículo 78 del Código Civil señala “La persona termina en la muerte natural”.

⁴⁶ Reglada entre los artículos 80 y 94 del Código Civil.

⁴⁷ Ley 18.173 Que autoriza el transplante de órganos de cadáveres con fines terapéuticos, modificando el Código Sanitario.

⁴⁸ Ducci (2007). *Derecho Civil, Parte General*. Editorial Jurídica, Santiago, pág. 111.

⁴⁹ Así se ha consagrado, por ejemplo, en la interpretación del artículo 2319 del Código Civil chileno.

⁵⁰ Son normas consuetudinarias de Derecho Internacional de las cuales se entiende que cualquier norma de rango inferior que busque derogarlas o modificarlas es nula. A su vez, ellas derogan o modifican toda norma contraria que sea de rango inferior incluso retroactivamente.

⁵¹ Estos últimos no son, estrictamente hablando, derechos. De todas maneras nacieron como la reacción a violaciones de derechos que se consideran intolerables.

⁵² Para esta noción ver Sen (2003). *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial, Madrid (Que distingue entre bienestar y bienestar) y también el tratamiento que se da en Tugendhat *supra* n.7. Esta tendencia a la amplitud viene desde el período de posguerras del siglo pasado y hoy va en pleno retroceso.

⁵³ Dal Lago, *Supra n.24* pág. 129. Esta definición muestra el aspecto contraintuitivo que tiene la exclusión de determinados sujetos de su calidad de personas y lleva a preguntarnos sobre su razonabilidad.

⁵⁴ Otra que me parece de vital importancia, pero que por la extensión de este trabajo no desarrollaré, es el de las “Políticas de Segregación” como lo es la erradicación de personas pobres de las ciudades construyendo barrios marginales para que los habiten, lo que va aparejado de un acceso a una educación y una salud de baja calidad, fuerte represión policíaca a cualquier manifestación, etc. Sobre esto se puede ver Pozo (editor) (1987) *Espacio y Poder, Los Pobladores*. FLACSO, Santiago; Wacquant (2007), *Los Condenados de la Ciudad. Gueto, Periferias y Estado*. Siglo XXI Editores, Argentina; Bauman *Supra n.6*, y Bauman (1999) *La Globalización. Consecuencias Humanas*. Fondo de la Cultura Económica. Argentina. Además, para ver estas prácticas como negaciones de derechos Abramovich y Courtis (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Trotta, Madrid.

También está muy relacionada con esta, la herramienta del “Alejamiento de los bienes sociales”, ya sea por la distancia territorial que hay para acceder a ellos (muy importante en el acceso a la información pública, y a la justicia por ejemplo), ya sea por hablar un idioma distinto al utilizado por el Gobierno e incluso porque no se tiene representación en los centros de poder.

⁵⁵ Esto quiere decir, en primer lugar, que un derecho consagrado constitucionalmente sólo puede ser limitado por una cláusula constitucional y que no se le puede restringir a tal punto de hacerlo desaparecer, se debe respetar su contenido mínimo (Para un desarrollo de esta teoría ver Alexy (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Cap 6, parte I). Un ejemplo de esto es el derecho a libertad de expresión. Según la

Convención Americana de Derechos Humanos en la consagración del derecho señala: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” y también señala que “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Sobre el contenido esencial de los derechos, por ejemplo, la Constitución Política de El Salvador señala en su artículo 10 “La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscrición o destierro”. Algo similar consagra el artículo 19 No. 26 de la Constitución chilena.

⁵⁶ Ver Gargarella (2006). *Carta Abierta Sobre la Intolerancia*. Siglo XXI Editores S.A. Argentina, y Gargarella (2005) (Coord) *El Derecho a resistir el Derecho*. Miño y Dávila Editores, Buenos Aires.

⁵⁷ Jakobs “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo” en Jakobs y Cancio Meliá (2003) *Derecho Penal del Enemigo*. Cuadernos Civitas, Madrid. Cabe señalar que no es el único autor que trata estos temas, el mismo Silva Sánchez plantea su existencia con su teoría de las tres velocidades del Derecho Penal. Al respecto ver M Cancio Meliá “¿Derecho Penal del Enemigo?” en el mismo libro, Capítulo III. Según los autores, la conformación de la sociedad contemporánea, conjugados con las características del Derecho Penal (de estas mismas sociedades) han ido formando un corpus punitivo, relacionado con

la expansión del derecho penal moderno y alejado de los postulados propios del llamado, por Lüderssen, “buen y viejo Derecho Penal liberal”, destinado a enfrentar a los enemigos de las sociedades.

⁵⁸ De este modo presenta una teoría de la pena. La pena sería una mezcla de diferentes clases de coacción. En primer lugar es “coacción en cuanto portadora de significado”: la pena sería la respuesta al hecho delictivo que reafirma la vigencia de la norma atacada, cuestionada por el autor. En este sentido, la pena responde al hecho “como hecho de una persona racional” (Jakobs *Supra n.58*. pág. 23). En segundo lugar, la pena también tiene un efecto físico, de aseguramiento, busca coartar las posibilidades del autor de cometer mayores daños, lo coarta como peligro. En este segundo sentido, la coacción se dirige no contra una persona, sino contra un individuo peligroso, no buscando contradecirle, “lucha contra un peligro en lugar de comunicación” (pág. 24).

⁵⁹ Jakobs (2000) *La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente*. Cuadernos de conferencias y Artículos No. 24, Universidad Externado de Colombia pág. 32.

⁶⁰ Jakobs. *Supra n.60*. págs. 31-31. Para una revisión de las legislaciones que han seguido estos lineamientos: Portilla Contreras. *La legislación de lucha contra las no-personas Represión legal del enemigo tras el Atentado del 11 de Septiembre de 2001*. <http://lujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

⁶¹ El artículo 16 de la Ley de Matrimonio Civil de Chile señala: “No podrán ser testigos en las diligencias previas ni en la celebración del matrimonio: 3. ° Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena afflictiva...”.

⁶² La CIDH describe así los efectos de la persecución del terrorismo en Perú: “Los procesos seguidos por delitos de terrorismo,

de conformidad con el Decreto Ley No. 25.475, promulgado el 5 de mayo de 1992, se caracterizaron, entre otras cosas, por: posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por un máximo legal, limitación de la participación del abogado defensor a partir del momento en que el detenido hubiese rendido su declaración, improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción, prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial, obligación para el Fiscal Superior de formular una acusación bajo responsabilidad, sustanciación del juicio en audiencias privadas, improcedencia de recusación alguna contra los magistrados y auxiliares judiciales intervinientes, participación de jueces y fiscales con identidad secreta, y aislamiento celular continuo durante el primer año de las penas privativas de libertad que se impusieran” (Caso De La Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 73.4).

⁶³ Ver, por ejemplo, Mañalich (2005), “Pena y Ciudadanía” en *Revista de Estudios de Justicia* No. 6, Santiago.

⁶⁴ Se ha discutido básicamente la posibilidad de control de la Corte Suprema implica poder revisar legal y en especial constitucionalmente, vía hábeas corpus, la pertinencia del Derecho Penal del Enemigo como marco de análisis, su coherencia con los sistemas constitucionales liberales y su efectiva aceptación por la más importante jurisprudencia actual.

⁶⁵ No. 03-6696, del 28 de junio de 2004. Se trata del fallo principal de tres casos similares presentados ante la Corte Suprema. Los otros dos son: Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla *et al.*, No. 03-1027; Rasul *et al.* v. Bush, President of the United States, *et al.*, No. 03-334 y 03-343. Hoy en día esta jurisprudencia ha cambiado por la decisión Boumediene vs. Bush (No. 06-1195).

⁶⁶ Ronald Dworkin, resume los votos de los otros jueces de la siguiente manera: “Estaban divididos en sus respuestas ante la opinión de la mayoría. El juez Souter, en una opinión compartida por el juez Ginsburg, argumentó que era innecesario llegar al tema constitucional que la mayoría había explorado porque, en una interpretación correcta, Congress’s Forces Declaration del 2001 no generaba excepción alguna a la ley de 1787 que permitía al Gobierno tratar a Hamdi como lo ha tratado. En un acoplamiento extraño y poco habitual, el juez Stevens, que es uno de los jueces más liberales de la Corte, se unió al juez Scalia, que forma parte de los más conservadores, en disidencia: el debido proceso no permite que la Corte pondere sus protecciones absolutas contra otros valores, señaló Scalia, de modo que la Corte debiera haber desestimado el dictamen del Cuarto Distrito instruyéndole no en el sentido de que la detención de Hamdi debiera ser revisada por un tribunal de régimen especial como el descrito por O’Connor sino que Hamdi debiera ser encausado y enjuiciado de manera regular o liberado. El juez Thomas también emitió un voto disidente pero en el sentido contrario. El Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe, debe tener el poder total en la acción militar una vez que el Congreso ha autorizado dicha acción, señaló Thomas, y ninguna Corte tiene derecho a cuestionar las decisiones del Presidente”. (Dworkin. “Lo que la Corte Verdaderamente dijo”. En *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Nota al pie 4.) A Dworkin le llama la atención el acoplamiento de Stevens a la decisión de Scalia, toda vez que el primero es un juez liberal y el segundo conservador. Si observamos la decisión, vemos que es la más alejada a la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, yendo contra la excepcionalidad del mismo. Visto así, no es extraño que ambos jueces (comprometidos con el liberalismo —en diversas versiones, claro—) estén de acuerdo. Su opinión se dedica directamente a ver el rol de la Constitución en el análisis de esta praxis punitiva.

⁶⁷ Dworkin también analiza este fallo y su historia, ver una traducción en http://blogoc.roller/page/pirincho?entry=guant%C3%A1na_mo_y_el_derecho_de_revisada en octubre 15 de 2008.

⁶⁸ Wacquant (2004) *Las cárceles de la miseria*. Editorial Manantial, Buenos Aires, pág. 128.

⁶⁹ Wacquant Supra n. 69. pág. 127.

⁷⁰ “Por Ejemplo: 1 carilla, \$4.300; 2 carillas, \$7.600; 3 carillas, \$10.900; 4 carillas, \$14.200; etc.” Información recolectada de la página del Archivo Judicial (<http://www.archivojudicialsantiago.cl/Valores.asp?Volver='preguntas%20frecuentes.htm'>). Revisada en noviembre 12 de 2008.

⁷¹ Para algunos de estos datos ver Faria “¿Porqué los Países Pobres son Pobres y los Países Ricos son Ricos?”, en *Conciencia Activa* No. 12, abril de 2006 (<http://www.concienciaactiva.org/ConcienciaActiva21conciencia12/1202.pdf>), revisada en noviembre 03 de 2008.

⁷² Lo mismo sucede cuando, por no pagar las multas impuestas por la comisión de faltas, las personas son arrestadas e incluso pueden sufrir una pena privativa de libertad.

⁷³ Ver, por ejemplo, caso de la CIDH Claude Reyes vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 72 y siguientes.

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Ambos (1999), *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: AD-HOC.

⁷⁵ Se protege tanto a la víctima como al imputado del déficit así como de los excesos en la práctica del *ius puniendi*. El desarrollo de algunas ideas sobre el acceso a la justicia en Comisión Interamericana de Derechos humanos, *El Acceso a la Justicia como*

Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2007. Disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>. Revisada en noviembre de 2008.

⁷⁶ Señala Wacquant, considerando el caso norteamericano: “Una de las grandes consecuencias de la Tolerancia cero, tal como se lleva a la práctica cotidianamente —y no como la teorizan los pensadores del *think tanks* y sus epígonos en los ámbitos universitarios y políticos— es haber ahondado un abismo de desconfianza (y, en el caso de los más jóvenes, de desafío) entre la comunidad afroamericana y las fuerzas del orden, lo que no deja de recordar las relaciones que mantenían en la época de la segregación” (Wacquant *Supra n.69*. pág. 38).

⁷⁷ En relación con Europa y Estados Unidos, Wacquant señala que “las prácticas judiciales en apariencia más neutras y rutinarias, empezando por al detención provisoria, tienden sistemáticamente a desfavorecer a las personas de origen extranjero o percibidas como tales” (Wacquant *Supra n.69*. pág. 116).

⁷⁸ Wacquant *Supra n.69*. pág. 40. Para ver el discurso detrás de las políticas de Tolerancia Cero, que aquí no desarrollo por cuestión de espacio, Safir *Seguridad, Cómo proteger a su ciudad, su barrio y su familia*. Editorial Planeta, Buenos Aires 2004. Baste con señalar que el capítulo primero de este libro lleva por nombre “Vigilancia Policiaca de Barrios por Objetivos”.

⁷⁹ Wacquant *Supra n.69*. pág. 39.

⁸⁰ Stippel (2006). *Las cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*. Editorial LOM, Santiago, Capítulo E. Revisa los dos principales recursos constitucionales destinados a la protección de los derechos (humanos, fundamentales), el recurso de amparo (hábeas corpus) y el de protección (usualmente

conocido como acción de amparo en otras legislaciones), establecidos en los artículos 20 y 21 de la Constitución. Estos temas también son tratados a fondo en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007*. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2007, págs. 17-59.

⁸¹ J. Stippel *Op.cit.* pág. 214.

⁸² J. Stippel *Op.cit.* pág. 218. Del total, el 56,6% de los recursos son presentados por sus familiares, el 28% por internos y solo el 5,3% por abogados.

⁸³ J. Stippel *Op.cit.* pág. 210

⁸⁴ J. Stippel. *Op.cit.* pág. 197.

⁸⁵ Como señala Amartya Sen (2007), “las atribuciones vehementes pueden incorporar dos distorsiones distintas aunque interrelacionadas: una descripción errónea de las personas que pertenecen a una categoría dada y la obstinación de que las características descritas erróneamente son los únicos rasgos relevantes de la identidad de esas personas” (Sen. *Identidad y Violencia*. Editorial Katz, Buenos Aires. pág. 30).

⁸⁶ Más detalle de las dificultades que encuentran los migrantes en los diferentes países se puede ver en H, Olea (2007) “Derechos Humanos y Migraciones. Un Nuevo Lente para un Viejo Fenómeno” en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Santiago págs. 197-210. También el planteamiento de ciertos cuestionamientos que aparecen con ello en R. Bodei “Los Sin Patria”, en H. C. Silveira Gorski (2000) págs.153-165.

⁸⁷ Este problema ya lo había dejado en claro Hannah Arendt en el momento de la aparición de los refugiados en Europa: “La concepción de los derechos del hombre basada sobre la supuesta existencia de un ser humano como tal, se vino abajo tan pronto como los

que la propugnaron se vieron confrontados por primera vez a hombres que habían perdido toda cualidad y relación específicas, excepto el puro hecho de ser humanos” (citada por Agamben *supra n.4* págs. 160-161).

⁸⁸ La Convención tiene varias normas similares (artículos 15, 18, 19, 21, 22, etc. Normas que regulan derechos como el de acceso a vivienda y a educación pública), que se diferencian de aquellas donde los estados se comprometen a dar un trato lo más cercano posible que al de sus nacionales.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana párr. 175.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana párr. 178 y 180.

⁹¹ R. Bodei *Op.cit.* pág. 153.

⁹² Caso A v. Australia. Comité de Derechos Humanos 59º periodo de sesiones, abril de 1997 (de la Comunicación N.º 560/1993).

⁹³ Caso A v. Australia. Comité de Derechos Humanos 59º periodo de sesiones, abril de 1997, párr. 2.10

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 359.

⁹⁵ Otra fuerte identidad que existe, acompañado de su correspondiente estatus jurídico es el del mendigo o vago. Por ejemplo, el Código Penal de Venezuela en su artículo 504 inciso primero señala que “El que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días; y en el caso de reincidencia en la misma infracción, el arresto podrá imponerse hasta por quince días”. Interesante es que estos individuos carecen de

personalidad jurídica al no estar, en muchos casos, inscritos en los registros de los Estados, no teniendo posibilidad a acceder a ciertos derechos como son un seguro de cesantía. Por el contrario, generalmente son quienes llenan las cárceles, pues como señaló Foucault al estudiar lo carcelario, la función de esta institución tiene que ver con crear ciertos perfiles de personas (los delincuentes, en este caso, el mendigo o vago) para apresarlas y excluirlas, más que con terminar con la delincuencia, buscando generar una suerte de seguridad dentro de la población (entendidos como nosotros los ciudadanos de Jakobs). Señala: “Las prisiones no disminuyen las tasas de criminalidad: se puede muy bien extenderlas, transformarlas o multiplicarlas, y la cantidad de crímenes y de criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta” (Foucault (2002). *Vigilar y Castigar*: Siglo XXI Editores Argentina S.A. pág. 269) y luego agrega: “La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas, o se les imponga un trabajo inútil para el cual no encontrarán empleo... la prisión fabrica delincuentes también al imponerles coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el abuso de poder... La prisión hace posible, más aún, favorece la organización de un medio de delincuentes” (págs. 270-271).

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Servellón García y otros vs. Honduras Sentencia de 21 de septiembre de 2006 párr. 110. Señaló más adelante “Sobre esa vinculación entre la pobreza y la violencia dirigida a los niños y jóvenes, la Relatora Especial de las Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, señaló en su informe del 14 de junio de 2002 respecto de Honduras, que “[s]i bien los niños son vulnerables y están expuestos a abusos y a la delincuencia por su falta de autonomía, la delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público” (párr. 111.).

⁹⁷ Cuando ya estaba finalizado el debate dentro del Senado, la derecha chilena incluyó una indicación que hacía mucho más fuerte la violación de derechos, así, “cuando un joven mayor de 16 años comete un delito como es el de violación con resultado de muerte, u otros de esa envergadura, el antisocial tendrá a lo menos dos años de reclusión en un recinto cerrado dentro de los programas de reinserción. Por otra también se buscará protegerlo de las bandas juveniles, permitiéndole su reinserción social posterior”. Tomado de http://www.udi.cl/?id=488&pagina=leer_mas. Revisada en noviembre 05 de 2008.

⁹⁸ “Lo grave, a juicio del senador Larraín es que queda en evidencia la debilidad de la Concertación frente a esta materia. “Aquí es donde se marca la diferencia ¿por qué la ciudadanía siente inseguridad?; ¿por qué han aumentado los delitos? Por una razón muy simple, en la Concertación existe un ánimo garantista permisivo, que no se atreve a sancionar a los delincuentes más atroces prefiere dejar reclusión nocturna y libertad durante el día”. Tomado de http://www.udi.cl/?id=488&pagina=leer_mas. Revisada en noviembre 05 de 2008.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Servellón García y otros vs. Honduras Sentencia de 21 de septiembre de 2006 párr. 112. Estigma que crece con la sola existencia de las cárceles y la imposibilidad de un preso de encontrar trabajo o participar de otras instituciones sociales (por ejemplo, en Chile, un condenado no puede ser testigo de un matrimonio, ni un acusado de un delito puede sufragar. Esto último parece ser atentatorio de la presunción de inocencia). Termino estas ideas citando a Foucault: “¿Quizá habrá que buscar lo que se oculta bajo el aparente cinismo de la institución penal que, después de haber hecho purgar su pena a los condenados, continúa siguiéndolo por toda una serie de marcajes (vigilancia que era de derecho en otra época y que hoy es, de hecho; pasaporte

de los presidiarios antaño y ahora el registro de penados y rebeldes) y persigue así como delincuente a quien ha cumplido su castigo como infractor?, ¿no se puede ver ahí más que una contradicción, una consecuencia? Sería entonces preciso suponer que la prisión, y de una manera más general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuir las, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver más dóciles a quienes estén dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de leyes en una táctica de general de sometimientos...” (Foucault *Supra n. 91*, pág. 277).

¹⁰⁰ Ver Rorty *Supra n.26*, Capítulo final.

¹⁰¹ Ver Nussbaum *Supra n.7* y Sen *Supra n. 53*.

Referencias

- Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Ed. Trotta.
- Agamben, G. (2002). “Forma de Vida”, en *Medios Sin Fin*. Madrid: Editorial nacional.
- Agamben, G. (2003). *Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida*. Valencia: Pre-Textos.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado, J. (2007). “Esencias Individuales e Identidad Primitiva”. En *Analytica*, Volumen 1, Número 2.
- Ambos, K. (1999). *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Arendt, H. (2005). *La Condición Humana*. España: Paidós.

- Arendt, A. (2001). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona: Editorial Lumen. Cuarta Edición.
- Aylwin, J. (2004). "Derechos Humanos y Derechos Indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos". En: Zalaquett, J. (Cord). *Temas de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bayefsky, A. (1990). "El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional". En Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Org) (2005). *18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bauman, Z. (2005). *Vidas Desperdiadas. La modernidad y Sus Parias*. Barcelona: Paidós.
- Bauman, Z. (1999). *Globalización, Consecuencias Humanas*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *La Sociedad del Riesgo*. Buenos Aires: Editorial Paídos.
- Benhabib, S. (2007). *Las reivindicaciones de la Cultura*. Buenos Aires: Editorial Katz.
- Bodei, R. *Los Sin Patria*, en H. C. Silveira Gorski (2000) págs. 153-165.
- Cancio Meliá, M. ¿"Derecho penal" del enemigo?, en: Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson/Civitas 2003.
- Carnota, W. & Cesano, D. (2007). *El Voto de los Presos*. Buenos Aires: EDIAR.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%2A%2LA%2JUSTICIA%20DESC.pdf>. Revisada en noviembre 10 de 2008.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General No. 18, No discriminación, 37° período de sesiones, 1989.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caso A v. Australia, 59° periodo de sesiones, abril de 1997 de la Comunicación No. 560/1993.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia, 31 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. De La Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Moiwana v. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Sentencia, 29 de marzo de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Claude Reyes y otros v. Chile. Sentencia, 19 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- Dal Lago, A. (2000). *Personas y No Personas* en Silveira.
- Ducci, C. (2007). *Derecho Civil, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Dworkin, R. “Lo que la Corte Verdaderamente dijo”. En *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
- Espósito, R. (2008). *Persona, Hombre y Cosa*, exposición realizada el 21 de octubre de 2008 en Santiago de Chile.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Hamdi *et al.* v. Rumsfeld, Secretary Of Defense, *et al.* No. 03-6696, del 28 de junio de 2004.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla *et al.*, No. 03-1027.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Rasul *et al.* v. Bush, President of the United States, *et al.*, No. 03-334 y 03-343.
- Estados Unidos, Corte Suprema. Boumediene vs. Bush (No. 06-1195).
- Faria, H. (2006) “¿Por qué los Países Pobres son Pobres y los Países Ricos son Ricos?” En *Conciencia Activa* No. 12, abril de 2006 <http://www.concienciaactiva.org/ConcienciaActiva21/conciencia12/1202.pdf>. Revisada en noviembre de 2008.
- Fernández, M. (2007). Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana. *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Foucault, M. (1984). *Historia de la Sexualidad I, La voluntad de Saber*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar*. Argentina: Siglo XXI Editores S.A.
- Foucault, Michel (2006). *Defender la Sociedad*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Gargarella, R. (compilador) 1999. *Derecho y Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- Gargarella, R. (Coordinador) 2005. *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Gargarella, R. (2006). *Carta Abierta Sobre la Intolerancia*. Argentina: Siglo XXI Editores S.A.
- Goffman, I. (2006). *Estigma, La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.
- Hart, H. (2007). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires : Abeledo – Perrot.
- Hegel, G. (2004). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Hobbes, T. (1989). *Leviatán*. Madrid: Alianza Editorial.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría del derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2000). “La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente”. Cuadernos de conferencias y Artículos No. 24, Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2003). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”.

- En: Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson. Civitas.
- Jiménez Redondo, M. (2002). *Modernidad Terminable e Interminable*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Espasa- Calpe S.A.
- Kant, I. (2002). *Crítica de la Razón Práctica*. Traducción de E. Miñana y Villagrasa y M. García Morente. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Kelsen, H. (1968). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Mañalich, J. (2005). “Pena y Ciudadanía” en revista de Estudios de Justicia No. 6, Santiago.
- Medina, C. & Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Nash, C. (2004). “Los Derechos Humanos de los Indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Aylwin, José (Org.) *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera.
- Nussbaum, M. & Sen, A (compiladores). 2000. *La Calidad de Vida*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Nussbaum, M. (2007). *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós.
- Okin, S. M. (1996). “Liberalismo Político, Justicia y Género”. En Castells, C. (Org.) *Perspectivas feministas en Teoría Política*, Barcelona: Editorial Paidós.
- Olea, H. (2007). “Derechos Humanos y Migraciones. Un Nuevo Lente para un Viejo Fenómeno” en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, págs. 197-210. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
- Palacios, P. (2006). *La No Discriminación*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, LOM.
- Portilla Contreras, G. (2001) *La legislación de lucha contra las no-personas: Represión legal del enemigo tras el Atentado del 11 de tiembre de 2001*. <http://lujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.
- Pozo, H. Ed. (1987). *Espacio y Poder, Los Pobladores*. Santiago: FLACSO.
- Rancière, J. (1996). *El Desacuerdo*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Rorty, R. (1991). *Contingencia, Ironía y Solidaridad*. Buenos Aires: Paidós.
- Safir, H. (2004). *Seguridad, Cómo proteger a su ciudad, su barrio y su familia*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Sartori, G. (2003). *¿Qué es la Democracia?* Aguilar, Altea, Taurus Alfaguara S.A.
- Sen, A. (1999). *Nuevo Examen de la Desigualdad*, Madrid: Editorial Alianza.
- Sen, A. (2006). *El Valor de la Democracia*. España: Editorial El Viejo Topo.

- Sen, A. (2007). *Identidad y Violencia*. Buenos Aires: Editorial Katz.
- Sepúlveda, M. (2003). The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *School of Human Rights Research Series*, vol. 18, Oxford, Antwerpen: Intersentia.
- Silveira Gorski, H. Ed. (2000). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta.
- Sinclair, R.K (1999). *Democracia y Participación en Atenas*. Madrid: Alianza Editorial..
- Stippel, J. (2006). *Las cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*. Santiago: Editorial LOM.
- Strawson, M. (1995). “Libertad y Resentimiento” en Strawson, Meter. *Libertad y Resentimiento y Otros ensayos*, págs. 171-223. Barcelona: Paidós.
- Tugendhat, E. (2001). *Lecciones de ética*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
- Wacquant, L. (2004). *Las Cárceles de la Miseria*. Buenos Aires: Editorial Manantial.
- Wacquant, L. (2007). *Los Condenados de la Ciudad. Gueto, Periferias y Estado*. Argentina: Siglo XXI Editores.
- Walzer, M. & Miller, D. Ed. (1997). *Pluralidad, Justicia e Igualdad*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Walzer, M. (1993). *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de la Cultura Económica.

L'efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique

Efficiency of the categorization of the public procurement contracts

Recibido: 03 de agosto de 2009 - Revisado: 15 de agosto de 2009 - Aceptado: 09 de noviembre de 2009

Edwin Tachlian

Résumé

Les contrats de la commande publique Français au sens large, dont le marché public – de travaux, de fournitures ou de services - la délégation de service public, le contrat de partenariat et même le bail emphytéotique administratif, sont proches en tant que contrats de «faire-faire». Mais, ces contrats sont catégorisés et spécialisés, la France ne connaissant en effet pas de régime unique et générique pour ses contrats de l'administration. Or cette catégorisation est rigide et complexe. Il est ainsi en France extrêmement difficile de créer de nouvelles formes contractuelles, et ce dû au fait que chaque contrat doit entrer dans une catégorie préexistante et prédéfinie. Si ce stricte (à supp) encadrement des contrats de la commande publique semble dicté par une volonté de sécuriser les relations entre l'administration et ses cocontractants, on peut néanmoins se demander si ce principe de catégorisation n'engendre pas un coût supplémentaire pour les cocontractants.

Mots clés: Contrat administratif, commande publique, passation, analyse économique, coûts de transaction, modélisation du Droit, codification, catégorisation, spécialisation.

Abstract

The French public procurement contracts at large, including the public markets - public Works or services contracts – the delegation public service, public-private partnership contract or even the administrative emphyteutic lease are close as these contracts aims to procure a good or service to a public entity. But these contracts are classified and specialized, as France does not know a single and generic type of contract for its relation between the administration and the private sector. This categorization is rigid and complex. It is thus extremely difficult in France to create new forms of contract, due to the fact that each contract must enter into a predefined and pre-existing category. If the strict supervision of contracts of public seems dictated by a desire to secure the relationship between the administration and its contractors, it may nevertheless be asked whether this principle of categorization does not be an additional cost to the contractors and the same administration.

Key words: Contract, tender agreement, public procurement, economic analysis, cost of transaction, codification, categorization.

* Artículo resultado de Investigación. Grupo de Investigación en Derecho Público. Universidad de Paris X.

** Master en Derecho y Economía mención "Competencia y regulación de mercados". Universidad de Paris X Ph.D. Candidato. Derecho Público. Investigador Grupo CREAR. Universidad Sergio Arboleda
Correo electrónico:
edwintachlian@hotmail.fr

Efficacité de la catégorisation des contrats de la commande publique

Introduction

Au sein de la famille des contrats administratifs se distingue un groupe de contrats, onéreux, dont l'objet est la fourniture de bien ou de service dans un domaine concurrentiel à personne publique. En résumé il s'agit de contrats de "faire-faire": les contrats de commande publique. Ce groupe comprends notamment trois formes de contrats parmi les plus importants de l'administration: les marchés publics, les délégations de services publics et les contrats de partenariats. L'objet de ces contrats est proche, et la doctrine comme la jurisprudence peine à les distinguer car malgré la cohérence de l'ensemble formé par les contrats de commande publique au sein des contrats administratifs, ceux-ci n'en sont pas moins des contrats spéciaux dont les régimes sont fortement hétérogènes, plus ou moins favorables ou contraignants pour le cocontractant privé. Cela est particulièrement le cas en matière de mise en concurrence et de publicité. Cette commande publique fait aujourd'hui face à deux dynamiques. D'une part l'augmentation du recours au contrat avec le secteur privé, qui représente déjà 10% du PIB Français en 2008¹. D'autre part, l'ouverture au marché commun qui a accru la concurrence entre les acteurs privés susceptibles de contracter avec la personne publique. Dans ce nouveau contexte, la commande publique a aujourd'hui plus que jamais besoin d'efficacité alors que sa catégorisation se complexifie par la multiplication des formes contractuelles². Tout comme la question du caractère administratif ou privé du contrat, c'est la détermination du régime applicable qui explique l'enjeu de la qualification des contrats de la commande publique. Or, c'est donc naturellement que se pose la question d'une homogénéisation, voire d'une unification de ces régimes de la commande publique. Il s'agit principalement d'étudier ici les aspects concernant la publicité et la mise en concurrence lors de la passation de ce type de contrat. Car économiquement, cette

question révèle une opposition de principes : faut-il privilégier un principe de spécialisation des contrats de commande publique, avec des régimes spécifiques à chaque type de contrats, gage d'un aléa moindre ou bien faut-il se tourner vers une unification des régimes de contrats de commande publique ?

Afin de comprendre la problématique d'un régime générale de la commande publique, il convient dans un premier temps d'étudier cette catégorisation de la commande publique en France. Nous étudierons ensuite quelles justifications économiques peuvent être apportées à la spécialisation des régimes de contrats de commande publique, puis celles qui pourraient justifier une uniformisation de ces régimes, vers un principe général des contrats de la commande publique.

1. La Commande Publique: Des Contrats Catégorisés

1.1 Le contrat administratif en France

Pendant longtemps s'est posée la question de la nature des contrats de l'administration. En effet, tous les contrats de la personne publique ne sont pas des contrats administratifs. Les contrats de l'administration peuvent être qualifiés *a priori* (à sup) de contrats administratifs par détermination de la loi. C'est ainsi que les marchés de travaux sont des contrats administratifs d'après la loi du 28 pluviôse an VIII. D'une manière générale, la loi du 28 pluviôse an VIII, qui a mis en place les Conseils de Préfecture, a élevé un principe selon lequel « dès lors que le contrat porte sur l'exécution d'un travail public, il a le caractère administratif, alors même qu'il se référerait au règle du Droit privé ». Les contrats comportant occupation du domaine public sont aussi des contrats administratifs par détermination de la loi (décret-loi du 17 juin 1938), tout comme les contrats passés en application du code des marchés publics au titre de la loi MURCEF

(Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier) du 11 décembre 2001. Mais dans le silence de la loi, le contrat est qualifié d'administratif s'il répond à un certain nombre de critères: un critère organique de principe, la participation d'une personne publique au contrat, et deux critères matériels. Le premier, le service public, se dédouble en deux branches: le critère du contrat constituant une modalité d'exécution du service public, et le critère de la participation du cocontractant à l'exécution même du service public. Le second est la clause exorbitante de Droit commun dont l'insertion rend le contrat administratif (CE, 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*). L'enjeu de cette qualification était bien entendu de déterminer le régime applicable ainsi que le juge compétent.

Au sein des contrats administratifs, les contrats de la commande publique forme intuitivement un ensemble distinct au sein des contrats administratifs. Ils sont les outils de partenariat économique entre la personne publique et un cocontractant privé ou plus simplement, des contrats de «faire-faire» de la personne publique par la personne privée. Ces contrats administratifs onéreux dans un domaine concurrentiel sont catégorisés et ne sont pas uniformes en termes de régime. Ils sont encadrés à la fois par la législation

nationale et par le Droit communautaire. Cet encadrement est complexe et hétérogène, en raison de la spécialisation des contrats et la double compétence nationale et communautaire en la matière. La catégorisation française n'est en effet pas reprise pas l'Union Européenne.

1.2 La catégorisation française des contrats de la commande publique

Le Droit français connaît un régime général des contrats administratifs. Ce régime général porte sur l'expression du consentement, la validité des stipulations, les effets du contrat, la responsabilité et les pouvoirs exorbitant de Droit commun de l'administration (Richer, 2006). Cependant, au niveau du Droit de la commande publique, les régimes contractuels forment un ensemble relativement disparate. La France a en effet choisi un système de contrats spécialisés en fonction de leur objet, même si ces contrats sont extrêmement proches. La catégorisation des contrats de commande publique soumet les régimes des contrats à leurs définitions et leur qualification. Il convient donc de faire un bref aperçu des définitions et régimes des trois principaux types de contrats de la commande publique : le marché public, la délégation de service public, et le contrat de partenariat, auquel il convient d'ajouter le bail emphytéotique administratif.

Tableau 1
Récapitulatif des différences entre les principaux contrats
de la commande publique en France (Source: *Le guide opérationnel des PPP*, coll., 2007, p 80)

	Marché public	Contrat de partenariat	Délégation de service public
Objet	Monofonctionnel	Multifonctionnel	Multifonctionnel
Durée	Courte	Longue	Longue
Contenu	Machés successifs	Conception/Construction, Maintenance et gestion	Conception/Construction, Maintenance et gestion, Exploitation du service
Mode de préfinancement	Pas de préfinancement	Préfinancement par le secteur privé	Préfinancement par le secteur privé
Mode de paiement	Paiement public	Paiement public et recettes annexes éventuelles	Paiement par l'utilisateur ou mixte
Partie supportant les risques	Secteur privé: risque de construction de performance	Secteur privé: construction, performance, demande ou trafic	

Le Marché public

Les marchés publics sont définis comme étant des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (article 1 du code des marchés publics). Le Droit français encadre strictement les modalités de leur passation, au moyen d'obligations de publicité et de procédures formalisées de mise en concurrence, dont la contrainte croît avec le seuil du montant de ces marchés. Au sein des contrats de la commande publique, il s'agit certainement du régime le plus contraignant pour les cocontractants, mais aussi du contrat le plus sécurisé.

La délégation de service public

La délégation de service public est, quant à elle, un contrat par lequel « *une personne morale de Droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* » (Loi Sapin du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et article L. 1411-1 du CGCT). La qualification de délégation de service public doit répondre à différents critères : outre le critère organique nécessitant une délégation effective de la part d'une personne publique, la délégation doit répondre au critère du service public, mais ne peut concerner une prérogative de l'administration. L'identification du service public appartient au juge administratif. Le délégataire doit aussi supporter le risque financier comme l'a précisé un arrêt du Conseil d'État du 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône. Le critère de la rémunération, qui exigeait une part substantielle de la rémunération au moyen d'une redevance perçue directement sur les usagers,

est de moins en moins utilisé. Le régime de la passation de la délégation de service public est à plusieurs points de vue bien moins contraignant que celui du marché public. La Délégation est en effet soumise à l'*intuitu personae*. La personne publique déléguant la gestion d'un service public contractuellement est donc libre du choix de son délégataire. Le juge ne contrôle par conséquent pas le choix du déléguant par la personne publique. L'*intuitu personae* constitue donc un élément, estimé comme nécessaire à l'établissement d'un rapport de confiance dans un contrat qui « en raison de sa durée et de la complexité de son mécanisme implique la nécessité de tenir compte de la personnalité du concessionnaire » comme l'a affirmé la jurisprudence du Conseil d'État, dans un arrêt *Sibille* de 1936. La contrepartie est la liberté de mettre fin contre indemnité à la délégation (CAA Lyon, 1991, *Sté Les téléphériques du Mont-Blanc*).

On peut aisément imaginer le risque que présentent l'*intuitu personae* et la liberté de choix. Pour prévenir ce risque, la loi du 29 janvier 1993, a soumis la passation des délégations des services publics atteignant un certain seuil à une procédure en deux étapes : une publicité et une mise en concurrence « adéquate ». Cette publicité s'effectue par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné (CE, 8 août 2008, no 307143, Région de Bourgogne). Cet avis permet le dépôt des candidatures. Les candidats sélectionnés reçoivent ensuite un document de la part de l'entité délégante décrivant les caractéristiques des prestations. Les concurrents déposent alors leurs offres qui sont ensuite été librement négociées. « *Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois, que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale* » (CE, *Avis*, 7 Octobre 1986). La

loi du 29 janvier 1993, modifiée par la loi du 8 février 1995, a cependant introduit une procédure de « publicité simplifiée » applicable lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 66 000 euros par an. À l'issue de cette procédure, la liberté de choix du concédant demeure. Enfin, il convient de noter que la délégation directe par voie d'acte administratif unilatéral est toujours possible lorsque le délégataire est un établissement public ou un titulaire d'un monopole reconnu par la loi, ou encore lorsque la procédure de publicité n'a pas abouti.

Le contrat de partenariat public-privé

Bien plus récent, le contrat de partenariat se définit comme un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée (Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JO, 29 juillet 2008, p. 12144 :Art. L 1414-1 du CGCT). La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. L'utilisation de ces contrats était, à l'origine, restreinte: une personne publique ne pouvait passer un contrat de partenariat que si elle démontrait, dans un rapport préalable, que

l'opération concernée présentait un caractère d'urgence ou de grande complexité. Elle devait également mettre en évidence la nécessité de l'emploi de ce type contrat.

Désormais, il ne s'agit plus d'un contrat dérogatoire au droit de la commande publique. La loi de 2008 précitée banalise le contrat de partenariat en introduisant une troisième voie de recours

Un point sur le bail emphytéotique administratif

Il convient enfin d'ajouter à ces trois grands contrats de la commande publique les baux emphytéotiques administratifs. L'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales définit les baux emphytéotiques administratifs comme des baux sur un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale en «*vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale d'une mission de services publics : délégation de services publics, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, ou jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental secours*». Le bail emphytéotique administratif est réservé aux seules collectivités territoriales et aux établissements publics de santé. Il est conclu « pour répondre aux besoins immobiliers » des personnes publiques et pour de longues durées. Le régime juridique des Baux emphytéotiques Administratifs n'est pas unique : celui du bail emphytéotique hospitalier semble plus strict. En effet, avant de conclure un tel bail, un établissement public hospitalier doit procéder à une évaluation préalable du contrat (Article L. 6148-2 du code de la santé publique), ce qui n'est pas le cas pour les autres. Le bail emphytéotique administratif semble proche du contrat de partenariat: en effet sur le plan financier, le loyer payé par l'administration permet, en général d'acquérir gratuitement le bien à l'issue du bail. Cependant, le champ

d'application des contrats de partenariat est beaucoup plus large que celui du bail emphytéotique administratif.

Ces définitions sont représentatives du système français. En effet, les définitions de

ces contrats sont proches, leurs objets souvent similaires. Pourtant, la France a fait le choix d'un système spécialisé, chaque source de leur régime contractuel étant distincte, et chaque modèle contractuel étant le plus adapté possible aux particularités du contrat en question.

Tableau 2
Les sources des régimes des différents contrats de commande publique en France

Niveau	National		
	Source	Code des marchés publics de 2006	Loi Sapin 1993 modifié en 1995
Contrat	Marchés publics passé en application du code	Délégation de service public	Contrat de partenariat

Le législateur ayant compris la proximité de ces contrats, la volonté de réunir ces différents régimes s'est rapidement posée. En 2004, la question de la mise en oeuvre d'un code de la commande publique a été posée à Bercy par le député Warsmann. Cette question provient du fait que, contrairement à de nombreux autres domaines du Droit, il n'existe pas de code regroupant l'ensemble des textes relatifs à la commande publique. Mais la création d'un nouveau Code des Marchés Publics intégrant les directives européennes de 2004 a poussé le gouvernement à écarter, pour le moment, la naissance du code de la commande publique. Les sources du Droit et des principes encadrant les contrats de commande publique sont donc toujours éparses au niveau national.

Le système français est donc particulièrement segmenté et spécialisé. Chaque contrat répondant à l'une de ces qualifications se voit appliquer le régime spécifique prévu pour lui, notamment en matière de publicité et de mise en concurrence.

1.3 L'Influence communautaire: l'inefficacité des compétences superposées.

Les contrats de commande publique sont encadrés à la fois par le Droit national et le Droit communautaire. En effet, le Droit communautaire a eu pour objectif, dans l'optique de la création du marché commun, d'harmoniser les règles régissant notamment la commande publique.

La Communauté Européenne raisonne en effet en termes de commande publique, regroupant les concessions, les partenariats public-privé et en articulant ces notions autour de celle de marché public. Le régime de ces contrats est encadré à la fois par les principes issus des articles 28 à 30 et 43 à 55 du Traité de Rome, et les directives 2004/18/CE dite «classique» pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la Directive 2004/17/CE relative aux «secteurs spéciaux» de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (je remplace ici l'intitulé

exact des directives). Cette uniformité des principes applicables à la commande publique a été renforcée par l'arrêt *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria* et *Telefonadress*). Dans cette affaire, le juge communautaire a affirmé l'application directe des principes du Traité de l'Union pour les concessions de services. Il en déduit que ces principes sont toutefois applicables à l'ensemble de la commande publique, en l'espèce une

concession, même non régie par les directives européennes de marchés publics et dès le premier euro. Le juge considère que l'attribution d'une commande en l'absence de toute transparence, qui est susceptible d'intéresser également une entreprise dans un autre État membre, est une discrimination à sanctionner, et ne peut se justifier que par des circonstances objectives. L'ensemble des commandes publiques est donc concerné, quelle que soit la nature du contrat.

Tableau 3
Les sources des régimes des contrats de la commande publique

Niveau	Communautaire							
Source	Directive 2004/18/CE	Directive 2004/18/CE	Directive 2004/18/CE	Directive 2004/17/CE	Directive 2004/17/CE	Directive 2004/17/CE Directive 2004/18/CE + Livre Vert COM(2004) 327	Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, La directive 93/37/CEE	Directive 2004/18/CE
Type de contrat	Marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités gouvernementales centrales	Marchés publics de fournitures et de services: passés par les pouvoirs adjudicateurs	Marchés publics de travaux.	Marchés de fournitures et de services dans les secteurs spéciaux	Marchés de travaux dans les secteurs spéciaux	Partenariat public privé (assimilés aux marchés publics)	Concession de travaux	Concession de service
Seuil d'application	137 000 euros	211 000 euros	5 278 000 euros	422 000 euros	5 278 000 euros	Idem Marchés publics		
Principes communautaires applicables	TCE, Art 28 à 30, 43 à 55: transparence. Égalité de traitement, reconnaissance mutuelle, Proportionnalité. Arrêt <i>Telaustria</i> : principes applicables à tous les contrats de commande publique							

Même si l'Union Européenne a très rapidement défini et encadré la notion de marché publique, celle-ci s'entend, contrairement à la notion française, de façon extensive. Selon l'arrêt CJCE du 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria* et *Telefonadress*, tout contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un organisme adjudicateur et un opérateur, dans la mesure où il a pour objet l'exécution de travaux, la réalisation d'un ouvrage ou la prestation d'un

service est qualifiée de «marché public» de travaux ou de services.

Le Droit des marchés publics est encadré par la directive 2004/18/CE et la Directive 2004/17/CE. Ces deux directives posent, tout comme la France, un régime aux contrats de commande publique, notamment concernant leur passation. Il résulte de ce double niveau de compétence une complexité accrue du régime de

ces contrats. La France n'a en effet pas réformé en profondeur son Droit de la commande publique lors de la transposition des directives et des principes communautaires, mais a

superposé ceux-ci à la législation préexistante et déjà complexe et hétérogène. Cette double compétence semble réduire l'efficacité du cadre de la commande publique.

Tableau 4
Les obligations de publicité des marchés publics, contrats de partenariat et délégations de services publics

Type de contrat	Marchés service ou travaux dont le montant est inférieur à 4 000€ HT	Marché de service ou travaux	Fourniture et services	Marché de travaux	Marchés publics	Contrat de partenariat	Délégation de SP
Source	CMP	CMP	CMP (directive)	CMP (directive)	CMP (directive)	Ordonnance octobre 2004	Loi sapin
Seuil d'application	> 4000€	4000> 90000	De 90000 à 210000€	90000 à 5270000€	AU delà	<210000	Tous montants
Publicité	Aucune	Publicité libre	Publicité au BOAMP	Publicité au BOAMP	BOAMP, JOUE	BOAMP+ JOUE	Publicité dans un journal d'annonces légales et apécialisé

Tableau 5
Mise en concurrence des principaux contrats de la commande publique

Type de contrat	Marché de fourniture, service, travaux	Marché	Marchés de fournitures et de services de TEtat	Marchés de fournitures et de services des Collectivités	Marchés de travaux	Marchés de travaux	Contrat de partenariat	Délégation de services publics	Délégation de services publics
Source	CMP+TCE	CMP+TCE	CMP+TCE	CMP+ directive 2004 + TCE	CMP + directive 2004 + TCE	CMP + directive 2004 + TCE	Ordonnance + TCE	Loi Sapin + TCE	Loi Sapin + TCE
Seuil d'application	< de 4000€	De 4000 aux seuils définis à l'article 26	135 000 HT	210 000 HT	210 000 HT et 5 270 000 HT	5 270 000 HT		< de 68000€ sur 3 ans ou < de 106000€	> de 68000€ sur 3 ans ou > de 106000€
Mise concurrence	Pas de obligation de mise en concurrence	Lorsque les seuils fixés à l'article 26 du code ne sont pas atteints, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée	Les marchés sont en principe passés sur appel d'offres. Cependant, si les conditions sont réunies, il est possible de recourir aux procédures formalisées	Les marchés sont en principe passés sur appel d'offres.	* Soit pour un appel d'offres, avec des délais réduits de réception des candidatures et des offres (art. 57, 60 et 62)	Appel d'offre sauf à remplir les conditions de recours à la procédure négociée, du dialogue compétitif ou de la conception réalisation.	Appel D'offre restreint	Pas de obligation de mise en concurrence	Recueil des offres recues après publicité préalable, pas de contrôle du choix du cocontractant

La compétence de la Communauté Européenne pour encadrer les contrats de commande publique n'est pas à remettre en cause. En effet, celle-ci s'inscrit dans l'objectif de création du marché commun, et par conséquent, d'une harmonisation des cadres des différents contrats ouverts aux personnes privées de l'Union, y compris avec les personnes publiques des 27 Etats (pas pays) membres. Cependant, en tant qu'État fédéral au sens économique, l'Union Européenne se doit de disposer de compétences exclusives concernant le Droit des contrats de commande publique en tant que niveau de compétence le plus efficace pour connaître de la réglementation dans une matière par définition globale car liée à la construction du marché commun, et non locale et pouvant relever de la compétence locale (nationale).

Plusieurs éléments pourraient expliquer l'inefficacité de la réglementation communautaire en matière de contrat de commande publique. Tout d'abord, le caractère incomplet de la réglementation issue du traité de Rome et du Droit dérivé a pu pousser les États membres, la France du moins, à conserver sa législation antérieure. Les seuils nationaux sont en effet moins élevés que les seuils communautaires d'application du Droit dérivé en matière de marchés publics. Ce vide a pu pousser la France à cumuler le Droit communautaire et le Droit existant.

Il semble s'agir aussi d'une volonté des États membres de conserver les particularités de leur droit. La notion de "concession à la française" est à ce titre une bonne illustration, et représente l'échec d'une harmonisation difficile des législations de 27 Etats.

Le Droit communautaire a pendant longtemps ignoré la notion de concession à la française. La notion de «concession» est entendue au niveau communautaire comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public à l'exception faite de la contrepartie des travaux ou des services

effectués qui consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix³. Le Traité instituant la Communauté Européenne ne définit en effet pas les concessions. Seule la directive 93/37/CEE sur les marchés publics de travaux prévoit un régime spécifique aux concessions de travaux. La directive 2004/18/CE définit les concessions de services comme des contrats présentant donc les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services mais s'en distingue par le fait que la contrepartie de la prestation de services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter ce service, soit dans ce droit assorti d'un prix. Mais les concessions de services ne sont soumises à aucune règle spéciale de la directive.

La Communauté Européenne semble manquer d'outils pour imposer un système unique à l'ensemble des États membres. Ce système semble cependant plus souple et plus simple que le système français. Le problème est donc bien le choix de cumuler ce système communautaire au système préexistant au lieu de réformer profondément le Droit des contrats de la commande publique afin de ne conserver qu'une législation harmonisée au niveau fédéral, *i.e* communautaire. Le cas échéant, ce système pourrait être complété au niveau étatique pour les contrats ayant un impact local, ceux où la France, en tant que membre d'un État fédéral serait la plus compétente pour réglementer. Mais au-delà de l'harmonisation des régimes des contrats de la commande publique, c'est la répartition des compétences, notamment concernant la définition des contrats ayant un impact communautaire qui est en jeu. Dans son rapport, le sénateur Lambert propose que le Code français soit supprimé purement et simplement, et que lui soit substituée une transposition mot à mot des directives européennes du 31 mars 2004⁴. Cette solution, bien qu'attirante, semble ignorer que le cadre communautaire actuel des contrats de commande publique est lacunaire.

2 La Catégorisation Des Contrats De La Commande Publique: Un Système Économiquement Efficace? (j'ai supprimé l'accent)

On l'a vu, la commande publique en France est un système de contrats spéciaux. La catégorisation des différents contrats est souvent floue et leurs régimes hétérogènes et par conséquent leur connaissance, complexe. Il convient donc de s'interroger d'une part sur les raisons économiques de cette catégorisation, avant d'étudier les coûts de cette catégorisation.

2.1 La spécialisation des contrats de commande publique: analyse par la théorie de l'agence et de la théories des coûts de transaction

Comme nous l'avons vu précédemment, bien que formant un ensemble cohérent, les contrats de commande publics sont spécialisés en fonction de leur objet, leur durée ou leur mode de rémunération.

Le Droit administratif français a choisi, contrairement à certaines juridictions ayant adopté un système unitaire, un système où les contrats sont les plus complets possibles afin de ne pas laisser de place à l'aléa *ex post*. Ce choix peut être analysé à la lumière des théories de l'agence et coûts de transaction. La notion de « coût de transaction » est apparue pour la première fois en 1937 dans un article de Ronald Coase, «The Nature of the Firm», et développée par Oliver Williamson (2000). La théorie des coûts de transaction pose en principe que les agents économiques sont dotés d'une rationalité limitée et sont opportunistes. La thèse initiale de Williamson et de la théorie des coûts de transaction est que toutes les transactions économiques engendrent des coûts préalables à leur réalisation (Ghertman, 1998) :

«Coûts de recherche et d'information»: prospection, comparaison du rapport qualité-prix des différentes prestations proposées, étude de marché etc.

2. « Coûts de négociation et de décision »: rédaction, négociation, conclusion d'un contrat etc.

3. «Coûts de surveillance et d'exécution»: contrôle de la qualité de la prestation, vérification de la livraison etc.

4. Coûts liés à la recherche d'informations, aux «défaillances du marché», à la prévention de l'opportunisme des autres agents etc.

Ainsi, certaines transactions se déroulant sur le marché peuvent engendrer des coûts de transaction très importants.

D'autre part, la relation contractuelle de la commande publique peut s'analyser comme une relation d'agence. Michael C. Jensen et William H. Meckling (1976) définissent en 1976 une relation d'agence comme un contrat par lequel une personne (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour accomplir un service en son nom, impliquant la délégation d'une partie de l'autorité de prise de décision à l'agent. Cette théorie est donc facilement applicable à la relation contractuelle de commande publique, où la personne publique engage une personne privée pour agir ou faire pour son compte. Par sa nature même, la relation d'agence pose problème dans la mesure où les intérêts personnels du principal et de l'agent sont divergents. En effet, la théorie de l'agence repose sur deux hypothèses comportementales. Premièrement, les individus cherchent à maximiser leur utilité. Ensuite, les individus sont susceptibles de tirer profit de l'incomplétude du contrat. Une relation principal-agent, est donc caractérisée par l'opportunisme. Un comportement qui consistant à rechercher l'intérêt personnel en recourant aux diverses formes de tricherie :

- La sélection adverse: l'opportunisme lié à l'asymétrie d'information *ex-ante* (tricherie avant conclusion du contrat) Elle se manifeste par la difficulté pour le client d'appréhender le niveau de compétence et d'expérience des prestataires, l'adéquation du produit ou

des compétences du prestataire à ses besoins, le contenu et la qualité effective du produit ou du service.

- Le risque moral: l'opportunisme *ex-post*: il s'agit de l'impossibilité ou du caractère trop coûteux de savoir si l'agent respecte ou non ses engagements.

Dans un contexte d'asymétrie d'information et d'impossibilité de rédiger des contrats complets, des conflits d'intérêts peuvent survenir. La relation d'agence entraîne donc naturellement des coûts car le principal ne peut s'assurer à un coût nul que l'agent prendra des décisions optimales.

Jensen et Meckling distinguent alors donc trois types de coûts:

- Les coûts de surveillance et d'incitation: engagés par le principal pour orienter le compte de l'agent.
- Les coûts d'obligation: engagés par l'agent afin de mettre le principal en confiance.
- La perte résiduelle.

L'objectif de la théorie de l'agence est de déterminer, compte tenu de toutes les caractéristiques de la relation d'agence, le type de contrat minimisant au maximum les coûts de cette relation ainsi que ses risques.

En l'espèce, la catégorisation des contrats de la commande publique peut donc s'analyser comme une recherche du « contrat optimal » tendant à rendre le contrat le plus complet possible. Ainsi, selon le même raisonnement, la spécificité des régimes de passation de ces contrats peut s'analyser comme une volonté de spécialiser la lutte contre l'antisélection, où « *la défiance généralisée (...) naît dès lors qu'il n'existe pas un catalogue connu de tous et spécifiant les caractéristiques de tous les biens échangés ou susceptibles de l'être. Les connaissances sur la « qualité » des biens sont alors asymétriquement réparties.* » (Brousseau,

1993). La mise en concurrence et la publicité sont donc deux mécanismes visant à réduire l'asymétrie d'information *ex-ante* sur les capacités du cocontractant privé à mener à bien la commande de l'administration.

Aux importants coûts de transaction, et face à l'incomplétude des contrats *ex-ante*, la commande publique en France semble répondre par un principe de spécialisation de ses différents contrats. Le Droit de la commande publique tend en effet à réduire les coûts liés à l'incomplétude des contrats *ex-ante* par des mécanismes de passations particuliers. Ces coûts sont notamment la recherche d'information et l'opportunisme des parties. La réponse du droit de la commande publique à ces coûts de transaction et coûts d'agence est donc bien une catégorisation des contrats, distingués et spécialisés en fonctions de leurs particularités et caractéristiques intrinsèques. Ces contrats tentent donc d'être complet, particulièrement en matière de passation, afin de réduire les différents coûts et risques nés de l'action même de contracter. Mais ce mécanisme de réduction des coûts semble lui-même engendrer des coûts.

2.2 Les coûts de la catégorisation

La question de la qualification des contrats spéciaux et leur distinction est devenu depuis quelques années une problématique au centre des débats en Droit administratif. Elle résulte de questions qui touchent au mode de passation de ces contrats. La passation d'une délégation de service public est allégée par rapport au droit des marchés publics ; la convention d'occupation domaniale est, en principe, exemptée de procédure de publicité et de mise en concurrence. Une fois le contrat qualifié, le régime de l'exécution du contrat est moins problématique. La qualification est donc au centre des débats et le Conseil d'Etat a encore considérablement alourdi le tout. Jusque dans les années 1960, la question de la qualification de la délégation de service public et sa distinction avec la notion de marché

public ne s'est quasiment pas posée car la concession visait à faire réaliser la gestion de services par des personnes privées tandis que les marchés visaient à procurer des travaux ou fournitures par des personnes privées à la personne publique. Cependant, les catégories de prestation de service étaient très limitées donc le risque de confrontation entre concession et marché l'était aussi. Le brouillage des contours des différents contrats est né dans les années 1960 avec la création jurisprudentielle (CE, 11 déc. 1963, *Ville de Colombes*, Rec. CE, p. 612) de la notion de marchés d'entreprise de travaux publics (METP), à la fois marché et concession car une personne privée gère le bien. Cette nouvelle catégorie aurait pu être le chaînon manquant entre le marché et la délégation. Au lieu de cela, les difficultés de qualification furent accrues tant les frontières entre les contrats de la commande publique furent brouillées. Jusqu'ici, le marché public était un contrat par lequel l'administration confiait à une personne privée le soin de la gestion du service public moyennant une rémunération perçue auprès des usagers de ces services. La distinction était donc fonctionnelle (service public confié à une personne privée) et économique (d'un côté une rémunération par l'administration et de l'autre une rémunération provenant de l'utilisateur).

Ces catégories ont été progressivement brouillées par le METP qui empruntait à la concession son aspect fonctionnel mais empruntait aussi au marché son mode de rémunération. La question fut donc de savoir quelle était la nature du METP ? Cette question fut tranchée dans un arrêt de 1999, «*Commune de La Ciotat*» (CE, 8 fév. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat*, req. n° 150931). Le Conseil d'Etat y qualifia clairement les METP de marchés publics, les soumettant, les soumettant par là même au Code des Marchés Publics. Le «*nouveau*» Code des Marchés Publics est venu peu après poser les règles des articles 10 et 94, conduisant, sans la nommer, à prohiber cette technique contractuelle. Le brouillage fut aussi accru par le fait que se sont développés dans

les années 1970 des pratiques contractuelles complexes unissant plusieurs formes de contrat dont la classification fut laborieuse. La qualification des contrats de mobilier urbain est à ce titre une bonne illustration de ce brouillage des qualifications. La question était simple: s'agissait-il d'une concession de service public, d'un marché public, d'une convention d'occupation du domaine public ou d'un contrat mixte associant l'un des deux premiers avec une convention domaniale ?

L'enjeu de cette qualification était clair: au-delà du simple exercice juridique, l'entreprise de l'affichage publicitaire Decaux, en quasi-monopole sur le marché du mobilier urbain souhaitait bénéficier du régime de la concession de service public, plus souple en matière de mise en concurrence et de procédure de passation que le marché public.

Le Conseil d'Etat n'a jamais dévié de la position qu'il avait adoptée dans un avis de 1980 (CE, 4 Octobre 1980, *Avis Section de l'Intérieur*, n° 327449, 1), confirmé par deux arrêts de 2005 (CE Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298 et 247299) : les contrats de mobiliers urbains sont pour la juridiction administrative des contrats de marché public assorti de convention d'occupation de domaine public. Cependant, la doctrine n'a jamais adopté de position unanime en la matière. Une minorité s'est orientée vers une qualification de convention d'occupation du domaine public, ou bien même vers une qualification particulière. La grande majorité de la doctrine s'est cependant opposée sur une qualification de concession ou de marché. De plus, de nouveaux types de services publics éloignaient l'utilisateur du prestataire de service de sorte que la rémunération par l'utilisateur n'apparaissait plus comme centrale dans la définition de la concession. Par exemple, le service public du ramassage et traitement ordures ménagères. Quand il se fait en régie, l'administration paye le prix à l'exploitant et prélève à l'utilisateur la taxe, et quand elle délègue, l'administration ne paye pas, mais reverse à l'exploitant non pas la taxe mais la redevance pour service rendu.

On remarque néanmoins que depuis quelques années, l'accent est mis non pas sur le critère de la rémunération mais sur celui de l'objet pour déterminer la nature d'un contrat de la commande publique (Braconnier, 2006).

Alors que la théorie des coûts de transaction et la théorie de l'agent pourraient justifier l'existence de contrats spécifiques et les plus complets possible, on voit bien ici les limites du mécanisme de cette spécialisation des contrats de commande publique. Ces contrats sont si proches que quand ils le peuvent, les cocontractants tentent opportunément de qualifier le contrat selon le mécanisme qui leur est le plus favorable, notamment en termes de mise en concurrence et de publicité. Mais même en l'absence d'opportunisme, la qualification et la distinction de ces contrats demeurent un exercice laborieux.

En hiérarchisant les régimes des contrats de commande publique en fonction de leur contrainte, le principe de catégorisation des contrats de la commande publique réduit certes les coûts de transaction initiaux, mais en crée de nouveaux, principalement le coût de la recherche de la qualification du contrat (ou du contrat le plus favorable) les coûts de recherche du régime applicable. De plus, l'opportunisme des parties peut entraîner une lutte juridique coûteuse pour la qualification du contrat, et donc d'un régime plus favorable. Ces éléments réduisent donc l'efficacité de la spécialisation des contrats de commande publique dans la réduction des coûts de transaction.

3. Pour Un Régime Général De La Passation Des Contrats De La Commande Publique

3.1 Retour sur la question de la codification du Droit de la commande publique

Je supprimerai tout ceci: avant de se pencher sur la question du régime générale la catégorisation des contrats de la commande publique, il convient de faire un retour sur le

débat entourant la codification du droit de la commande publique. Cette codification paraît nécessaire. Pourtant, la commande publique demande plus qu'une simple codification. En effet, la France codifie à droit constant, c'est à dire, effectue une compilation du droit positif. Même si ce type de codification a le mérite "d'ordonner" le Droit et ainsi faciliter sa connaissance et sa pratique, il semble que le droit de la commande publique nécessite une codification "dynamique", accompagnée de réformes profondes et globales et pas uniquement limités au Droit des marchés publics comme nous le verrons par la suite⁵.

3.2 Différents modes de codification

La codification constitue une solution pour faciliter l'accès de tous à la règle de droit et à sa connaissance. Cependant le terme de codification regroupe différentes réalités. En effet, la codification peut être «unifiante» ou non, réformatrice, créatrice ou simplement compilant des textes épars. Elle peut porter sur des ensembles importants ou plus réduits.

Certains codes sont en réalité des compilations d'origine publique ou privée, consistant à regrouper dans un même volume tous les textes antérieurs, en y ajoutant au fur et à mesure les textes nouveaux, sans les modifier ni les harmoniser. Il ne s'agit alors que d'un moyen pratique de regrouper tous les textes traitant d'un même domaine au même endroit. D'autres catégories de codes, exprimant un véritable travail de codification, sont les plus importantes. Ces codes peuvent être un moyen de mise en ordre du droit existant (codification à droit constant), «avec une répartition rationnelle des matières entre les codes et une organisation méthodique entre chacun d'entre eux». Cette codification comporte peu d'innovations, mais tend à ordonner le Droit. L'article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a consacré légalement le principe de codification à droit

constant, tout en autorisant des modifications lorsqu'elles sont nécessaires pour «améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du Droit ».

Enfin, la codification peut être réformatrice, rénovant l'ensemble d'une matière et qui mêle dans un texte unique la reprise de règles traditionnelles et la formulation de règles nouvelles. Ainsi, en France, le code n'est pas seulement un recueil ou une compilation de textes, il les regroupe et les organise, comme le précise notamment le premier article de la loi du 16 décembre 1999 *portant habilitation du gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Cependant, en 1989, lors de la relance de la codification, le principe de l'exclusion de la codification du Droit communautaire a été adopté, même si le premier rapport de la commission supérieure de codification prévoit que les dispositions communautaires du domaine concerné seront indiquées en annexe du code. Avantages de la codification pour les usagers du droit au sens large Si elle permet en premier lieu de prévoir le rassemblement de textes épars dont l'accès est difficile, les mérites de la codification vont en réalité bien au-delà.

La codification poursuit divers objectifs : une remise en ordre du droit par une synthèse des textes en vigueur afin de dégager une règle claire ; une clarification du droit par le regroupement synthétique de l'ensemble des règles applicables à une matière, une homogénéisation de cette matière, notamment par la création de codes nouveaux, à l'instar du code de l'environnement ou de l'éducation, un regroupement des normes selon un plan cohérent conçu pour les usagers, une suppression des dispositions obsolètes et des incompatibilités améliorant la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, une correction des inégalités découlant d'un manquement à la hiérarchie des normes en assurant le respect de celle-ci... En résumé, un accès facilité aux normes

applicables entraîne une diminution du coût économique que représentent leur connaissance et leur mise en oeuvre aussi bien pour les agents privés que publics.

De ce point de vue, la codification de la commande publique paraît donc indispensable à la réduction des coûts nés de la passation et de l'existence même du contrat. Cette accessibilité inhérente à la codification représente assurément une diminution des risques liés à la complexité du Droit de la commande publique de la part des cocontractants comme les risques d'illicéité du contrat, de procédures entachées d'illégalité, de mauvaise qualification du contrat. Cette erreur de qualification du contrat représente en effet un risque pour la personne publique comme pour la personne privée, qui peut se voir appliquer un nouveau régime contractuel par requalification du juge. Cependant, afin que cette codification soit efficace, ne devrait-elle pas être non pas une codification à Droit constant, mais une codification dynamique, accompagnée de réformes profondes du Droit de la commande publique et plus encore de la catégorisation actuelle ?

3.3 Pour un régime général en matière de publicité et de mise en concurrence

C'est à l'occasion du débat doctrinal concernant la qualification des contrats de mobilier urbains que Alain Ménéménis (2006) a appelé de ses voeux la création d'un principe général de la commande publique en matière de concurrence et de publicité. En effet, chaque procédure est différente et liée qualification du contrat. Cependant, la qualification des contrats la commande publique est complexe, leur distinction pas toujours évidente. Ces difficultés engendrent, comme nous l'avons montré, un coût de contractions supplémentaire, et ouvre la voie à des comportements opportuniste de la part des cocontractants qui souhaitent se voir appliquer le régime le plus favorable. Le plus souvent, et comme ce fut le cas dans la qualification des contrats de mobilier urbain, le cocontractant

privé tente de démontrer un logique concessive du contrat afin d'éviter le régime, plus strict, de la passation du marché public. Et le récent contrat de partenariat, jusqu'à présent limité à l'urgence ou à la complexité particulière de l'objet du contrat, mais dont une prochaine réforme fera un contrat "de Droit commun" ajoute encore à la difficulté d'établir des frontières strictes et cohérentes (Prebissy Schall et Tachlian, 2008) entre les différents contrats de la commande publique. Dès lors, il convient de s'interroger sur la nécessité d'unifier le droit positif en matière de passation des contrats de la commande publique, en matière de mise en concurrence, de procédures formalisées, et de publicité, ainsi que les seuils déterminant ces diverses obligations. Il semble indispensable d'étendre les procédures appliquées aux contrats de marché publics, plus efficaces pour lutter contre les atteintes à la concurrence et la corruption, à l'ensemble des contrats de la commande publique. La délégation de services publique doit en particulier aménager son principe *d'intuitu personae* avec la notion de mise en concurrence et de transparence. Afin de rendre ces contrats efficaces, tous les cocontractants doivent pouvoir soumettre leur proposition à l'autorité délégante et être choisis ou écartés sur la base de critères objectifs. Ainsi, le juge administratif doit pouvoir contrôler le choix du délégataire, du moins au nom des principes d'égalité d'accès à la commande publique, qui découle de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, et de « la nécessité des dépenses publiques et le consentement à ces dépenses », qui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration. En effet, le Conseil constitutionnel, lors de sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, a affirmé que les dispositions relatives à la commande publique devaient respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article les du nouveau Code des marchés publics aux termes duquel: «Les marchés publics respectent les principes

de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. *« L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».*

Dans cette décision, le Conseil a émis une réserve d'interprétation sur l'article 6 relatif à la commande publique, et aux exceptions aux principes généraux de la commande publique. Selon cet article 6, les ordonnances prises son fondement *« ne devront déroger aux règles garantissant l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques ou le bon usage des deniers publics que pour des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable ou la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».* Mais malgré cette réserve, les contrats de partenariats sont nés de cet article 6. Pour sa part, la Communauté Européenne a déjà généralisé les principes applicables à la commande publique, dans les articles 28 à 30 et 43 à 55 du TCE, ainsi qu'à travers la jurisprudence de l'arrêt *Telaustria*. Cependant, la double compétence de l'Union et de la France en la matière a fortement complexifié le droit applicable aux contrats de la commande publique. C'est ainsi qu'au delà de la question d'une unification des différentes règles en matières de passation des contrats de la commande publique, se pose une autre question, bien plus profonde: celle de la catégorisation même des contrats de la commande publique en France.

Conclusion

On voit bien ici que le maintien de la catégorisation traditionnelle française ne répond pas nécessairement à un principe d'efficacité

des contrats de commande publique. Cependant, mettre fin à la catégorisation pose le problème du caractère incomplet de ces contrats, auquel la spécialisation apporte une réponse, même si elle crée de nouvelles problématiques. Il semble difficile de pouvoir évaluer les coûts respectifs de la catégorisation à la française et d'un système unitaire comme celui développé en Colombie à partir de la Loi 80 de 1993. Pourtant, cette dernière offre un avantage comparatif, elle facilite la connaissance par tous du Droit applicable en la matière, ce qui représente une économie de coûts non négligeable, une meilleure transparence de ces contrats. En somme, un gain pour les cocontractants comme pour l'ensemble de la société car dans le Droit de la commande publique plus qu'ailleurs, l'adage *Ignorantia juris neminem excusat* a un coût. Il semble dès lors nécessaire que le législateur s'interroge, au-delà de la question des modalités de recours aux différentes catégories de contrats de la commande publique, sur l'existence même de ces catégories. Le Droit des contrats administratifs français doit se demander quels sont les gains réels d'une catégorisation si stricte, quels en sont les coûts, afin de peut-être se diriger vers un Droit commun de la commande publique codifié.

Notas

¹ Donnée DGCCRF, <http://www.minefe.gouv.fr>

² Conseil d'État, rapport d'activité 2008, volume 2 « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », p 216 et s.

³ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en Droit communautaire, Journal officiel C 121, 29 avril 2000

⁴ « A quoi sert le code des marchés publics ? », Achat & contrats publics, http://moniblogs.lemoniteur-expert.com/achats_publics/2008/03/a-quoi-sert-le.html

⁵ <http://www.senat.fr/rap/l02-266/l02-2664.html>

Bibliographie

Ouvrages

Auby, J.-B., Kirat, Th., Marty, F., Vidal, L. (2005). *Economie et Droit du contrat administratif. Application à la répartition des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris, La Documentation française, coll. « Perspectives sur la justice ».

Brunet, P. (2007). « La sécurité juridique : nouvel opium des juges? », in *Frontières du Droit, critique des droits. Billets d'humeur en hommage à Danièle Lochak*, textes recueillis par V. Champeil-Desplats et N. Ferré, Paris, LGDJ, pp. 247-250.

Canivet, G., Frison-Roche, M-A., et Klein, M. (2005). *Mesurer l'efficacité économique du Droit*, LGDJ.

Cossalter, P. (2007). *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ.

Du Marais, B. (Dir.). (2006). *Des indicateurs pour mesurer le Droit ? - Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La Documentation française.

Du Marais, B. (2004). *Droit public de la régulation économique*, Presses Sciences Po et Dalloz.

Folliot – Lalliot, L. (1994). *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, thèse, Paris-II.

Gaudemet, Y. (2002). *Manuel de Droit administratif*, LGDJ.

Kirat, Th., (dir.). (2005). *Économie et Droit du contrat administratif, Perspectives sur la justice*, La documentation française.

- Kirat, Th., & Marty, F. (2006). *Économie du Droit et de la réglementation*, Gualino éditeur, 2006.
- Kirat, Th., Vidal, L., Delion, A., Kélésidis, D., Marty, F., & Uri, D. (2007). De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du Droit des contrats publics, 3e partie in Du Marais (B.) (dir.), *La Documentation française*.
- Le Berre, C. (2006). *Le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, Thèse, Paris X,.
- Coll. (2007). *Le guide opérationnel des PPP*, éditions le Moniteur.
- Marty, F., Trosa, S. & Voisin, A. (2006). *Les partenariats public-privé*, La Découverte, collection Repères, No. 441, Paris.
- Milgrom, P., & Roberts, J. (1997). *Économie, organisation et management*, De Boeck University,.
- Rapport public 2008 du Conseil d'État, Volume 2 : *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*.
- Richer, L. (2006). *Droit des Contrats Administratifs*, LGDJ.
- Salah, M. (1985). *Rationalité juridique et rationalité économique dans le Droit de la concurrence*, thèse, Université de Nice.
- Sibony, A.-L. (2006). *Le juge et le raisonnement économique en Droit de la concurrence*, Thèse, Université Paris-Dauphine.
- Tarde, G. (1891). *Les transformations du Droit, étude sociologique*.
- Articles**
- Alviar Garcia, H. (2007). « Una mirada distinta a las transformaciones del derecho Administrativo. Revista de Derecho Publico de la Universidad de Los Andes No. 19 pp. 8-9
- Auby, J. M. (1983). Note sous Avis CE, 14 octobre 1980, AJDA, 20 mars.
- Bernal, A. B. (2004-2005). La jerarquía entre principios generales del derecho: la historicidad y la culturalidad del principio justicia. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 8.
- Braconnier, S. (2006). Mobilier urbain : vive le critère de l'objet. AJDA. p. 1.
- Brenet, A. (2003). La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions. RFDA. mars-avril .
- Brousseau, E. (1993). Les théories des contrats: une revue. *Revue d'Economie Politique*, vol 103, No. 1, janvier-février 1993, pp. 1-82
- Canivet, G. (2002). Influence croisée de la Common Law et du Droit Civil. *Louisiana Law Review*.
- Coase, R. (1937). The nature of the firm. *Economica* Vo. 4, No. 16.
- Fares, M., & Saussier, S. (2002). Théorie des coûts de transaction versus théorie des contrats incomplets : quelles divergences ? *Revue Française d'Economie*, 2 et 3 janvier 2002, pp.193- 230.
- Folliot-Lalliot, L. «Exécution du contrat administratif», *Jurisclasseur administratif*, fasc. 614
- Jensen, M.C. Meckling, W.H. (1976). Theory of firm, managerial behavior agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), pp 305-360.
- Kirat, Th., Marty F. (2005), « Le risque dans le contrat administratif : « l'intérêt du

- recours à l'analyse économique », *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 3, pp. 291- 318.
- Kirat, Th. (2006). Économie du contrat et contrats de partenariat public-privé. Actes du colloque *Le contrat de partenariat* » (IEJUC, Toulouse), *Droit et Ville*, N° 60, pp. 87-103.
- Marty, F., Trosa, S., & Voisin A. (2003). Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? La *Lettre du Management Public*, no 45, mai-juin 2003.
- Ménéménis, A. (2006). Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux. *AJDA*.
- Salah, M. (2003). Réflexions sur l'ambivalence des rapports du Droit et de la mondialisation. *RIDE*, Mars 2003, pp 251-302.
- Tachlian, E. & Prebissy-Schnall, C. (2008). Extension du réseau « Vélib' » : qualification juridique. Note sous CE, 11 juill. 2008, *Ville de Paris c/ Sté Clear Chanel*. *Contrats, Concurrence, Consommation* (Lexis-Nexis), Août-Septembre 2008, pp 19 et s.
- Vidal, L. & Marty, F. (2006). Contrat de partenariat et mécanismes financiers de Droit privé. *Droit et Ville*, *Revue de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction*, No. 60-2005, avril 2006, pp.264-323.
- Voisin, A. & Marty, F. (2007). Les difficultés d'exécution des partenariats public-privé: le retour d'expérience des contrats de Private Finance Initiative. Document de travail, OFCE, No. 2007-26, septembre 2007, 33p.
- Voisin, A. & Marty, F. (2005). Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels. Document de travail du GREDEG No. 2005-9, novembre 2005.
- Williamson, O. E. (2000). The New institutional Economics. *Journal of Economic Literature*. vol. 38.

Normes

- Loi du 29 janvier 1993, dite « Sapin », relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
- Loi du 28 pluviôse an VIII
- Loi No. 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations
- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, Art. 14 de la loi - Contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.
- Loi MURCEF (Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier) du 11 décembre 2001. Loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes
- Code Général des Collectivité territoriales
- Code des Marchés publics 2006
- Code de la santé publique
- Traité de Rome
- Directive 2004/18/CE dite « classique » pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Directive 2004/17/CE relative aux « secteurs spéciaux » de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Communications, questions et rapport

- Communication interprétative de la Commission sur les concessions en Droit Communautaire, Journal officiel C 121 du 29.04.2000.
- Rapport Senat <http://www.senat.fr/rap/102-266/102-2664.html>
- Question Assemblée Nationale No. 83080, JO 21/02/2006 page : 1868.

Decisions et avis

- CE, Avis, 7 Octobre 1986.

- CAA Lyon Sté Les téléphériques du Mont-Blanc, 1991.
- CE, Ville de Colombes, Rec. CE, p. 612, 11 déc. 1963.
- CE, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de La Ciotat, req. No. 150931, 8 février 1999.
- CE, Avis, Section de l'Intérieur, No. 327449, 14 Octobre 1980.
- CE Assemblée. Société Jean-Claude Decaux, req. No. 247298 et 247299, 4 novembre 2005.
- CJCE, affaire C-324/98, Telaustria et Telefonadress, 7 décembre 2000.

Efectos del Bloque de Constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia*

Constitutional Bloc Effects of prescription of penal prosecution in Colombia

Recibido: 16 de julio de 2009 - Revisado: 23 de julio de 2009 - Aceptado: 30 de octubre de 2009

Luis Andrés Fajardo Arturo**

Resumen

En Colombia, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Constitucional crean un puente de implementación a través del cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se integran en el Derecho colombiano en virtud de la figura del Bloque de Constitucionalidad. El efecto principal de ello es la adaptación del derecho interno a los compromisos internacionales del Estado, y por consecuencia, la evolución en materia de protección y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno.

Sin embargo, el proceso de implementación puede generar problemas complejos que se derivan, por ejemplo, de las contradicciones entre normas de derecho interno que se fundamentan en principios jurídicos arraigados en el país y las reglas del bloque de constitucionalidad. El caso de la prescripción de la acción penal en Colombia es un caso complejo, pero la normatividad internacional es clara en la existencia de una regla sobre la imprescriptibilidad de la acción penal de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. El presente artículo es la conclusión sobre el examen de ponderación de los principios que allí se encuentran.

Palabras claves

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, prescripción.

Abstract

In Colombia, the articles 93, 94 and 214 of the Constitutional Charter create a bridge of implementation through the International Law of Human Rights and International Humanitarian Law are integrated into the Colombian law under the figure of the Constitutional Bloc. The main effect of this is to adapt the internal law to the international obligations of the State, and consequently, the evolution in the protection and guarantee of human rights domestically.

However, the implementation process can generate complex problems that arise, for example, the contradictions between the rules of law which are based on legal principles rooted in the country and the bloc of of constitutionality's rules. The case of prescription of prosecution in Colombia is a complex case, but international norms is evident in the existence of a rule on the applicability of prosecution of war crimes and crimes against humanity. This article is the conclusion of a balance of the principles found there.

Key words

International Law of Human Rights, International Humanitarian Law, prescription.

* Artículo resultado de investigación del Grupo De las Casas, de la Universidad Sergio Arboleda.

** Director del Grupo de Investigaciones De las Casas, de la Universidad Sergio Arboleda. Abogado, magister en Derecho Internacional Público de la Universidad París 2, magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, especialista en DDHH y DIH de la Universidad Alcalá de Henares. Correo electrónico: andres.fajardo@usa.edu.co

Introducción

El objetivo principal de la investigación es el determinar si en Colombia opera la regla internacional según la cual el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles, teniendo en cuenta que no existe ninguna norma nacional que lo contemple.

Este problema general representa a su vez el abordaje de distintos problemas específicos como son: 1. La inviolabilidad del principio de legalidad en materia penal, en el entendido de que aplicar una regla de prescripción inexistente violaría el principio de la ley previa en materia penal. 2. La inviolabilidad del principio de favorabilidad en materia penal o la prioridad de una norma de Derecho Internacional frente al principio, y, finalmente 3. La temporalidad a partir de la cual se puede admitir una regla de Derecho Internacional sobre imprescriptibilidad, teniendo en cuenta que la figura del Bloque de Constitucionalidad nació en la Constitución de 1991.

El abordaje del problema presentado representa una necesidad en un momento en el que Colombia está pasando por un proceso trascendental de justicia transicional en el que se ventila toda una serie de delitos que constituyen lo que internacionalmente se denominan crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y debe por lo tanto enfrentarse al dilema de permitir la impunidad frente a esos delitos para resguardar el ordenamiento penal interno, o sobrepasar las reglas del derecho penal nacional con el fin de adaptarse a los estándares internacionales en la materia y privilegiar así los derechos de las víctimas.

Fuera de la coyuntura que significa el proceso de Justicia y Paz, lo cierto es que Colombia no puede dejar que su normatividad interna y sus compromisos internacionales se contraríen y por lo tanto es indispensable que se establezcan reglas claras sobre el

funcionamiento y la aplicación del Bloque de Constitucionalidad en materias de derecho penal en Colombia.

Metodología

La investigación que de la cual es resultado la presente ponencia fue realizada a través de un método comparado-dialéctico. Se partió del estudio del marco teórico sobre el tema en cuestión analizando el estado del arte en materia de Bloque de Constitucionalidad, influencia del Derecho Internacional en el derecho penal colombiano y en materia de ponderación de principios. Posteriormente, se realizó un barrido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina en materia de Derecho penal internacional; finalmente se estudiaron sentencias del derecho penal de Argentina y Perú como ejemplos de derecho comparado aplicables en Colombia.

La investigación surge de una problemática identificada por el Grupo de Investigación De las Casas, en una investigación preliminar realizada con fiscales de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, así como con magistrados de Justicia y Paz, a través de la participación en talleres realizados por el proyecto Profis, de la Embajada de la República Alemana, y administrados por la GTZ¹. En dichos talleres, y luego de las entrevistas realizadas, se encontró que uno de los retos principales para los operadores judiciales es la aplicación del Bloque de Constitucionalidad y en especial la solución a los conflictos que surgen del choque entre el Derecho Internacional y el Derecho penal colombiano en temas como la prescripción penal y el principio de legalidad.

En consecuencia de lo anterior, luego de los resultados logrados, la investigación se estructuró de tal forma que se pudiera determinar el estándar internacional en la materia y su valor jurídico a fin de confrontarlo con el derecho nacional y determinar el grado de vinculatoriedad frente al Derecho colombiano.

Resultados

I. Exigibilidad de las reglas internacionales en Colombia

Estructura del Derecho Internacional

El primer punto a tratar para poder analizar el valor jurídico y aplicabilidad que tienen los estándares internacionales en Colombia surge de la naturaleza jurídica de los mismos.

Tradicionalmente, se denominan estándares internacionales en materia de Derechos Humanos y DIH al conjunto de reglas decantadas por la doctrina o la jurisprudencia internacional al analizar instrumentos internacionales: tratados y costumbres internacionales que se refieren a Derechos Humanos o Derecho Internacional Humanitario. Dichos instrumentos hacen parte de un sistema jurídico distinto al derecho nacional, cuya diferencia fundamental radica en que ni los sujetos de las obligaciones, ni los medios de exigibilidad son similares a aquellos establecidos por cualquier país para su derecho interno.

Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos son convenios realizados entre Estados bajo las reglas consignadas en la convención de Viena de 1969 en materia de tratados (: Art. 2.a), de forma que la vigilancia sobre su cumplimiento se hace bajo las reglas comunes del Derecho Internacional público. Ello implica que los responsables por el cumplimiento de las obligaciones que allí se consignan son los Estados signatarios frente a los cuales el tratado en cuestión ha entrado en vigor, y en consecuencia significa que los sujetos afectados con la violación de las obligaciones allí consignadas son los demás Estados Parte en el tratado, lo que les legitima para exigir el cumplimiento si así lo estiman necesario.

Se trata por lo tanto (desde la perspectiva de la escuela clásica) de un sistema jurídico en que los Estados se reconocen mutuamente

derechos, implicando para ellos la obligación de respetarlos (Combacou; Serge, 1997). Un sistema en el que los sujetos jurídicos son los Estados, eventualmente también las organizaciones internacionales, y por lo tanto los particulares no pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones allí pactadas, porque no son ellos los sujetos de las mismas.

En estricto sentido, los tratados en materia de derechos humanos –por lo menos en la concepción clásica y voluntarista del Derecho Internacional– generan obligaciones interestatales consistentes en respetar los Derechos Humanos de los particulares que se encuentren bajo su jurisdicción (Dupuy Pierre-Marie, 1995). Puesto que la obligación surge entre los Estados, son ellos los únicos capacitados para exigirla internacionalmente.

Ese es el sentido bajo el cual se construyeron las bases del Sistema Interamericano, de forma tal que quien puede presentar la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un Estado Parte o la Comisión Interamericana, esta última en tanto es un órgano de la OEA, es decir, representa a una persona jurídica internacional. Lo cierto es que por lo menos hasta ahora, a pesar de que la evolución del Reglamento de la Corte ha ido reconociendo derechos procesales a las víctimas, un particular no puede presentar directamente la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OEA, 1969:Art. 61).

Tampoco es posible presentar una demanda por violación de uno de los Pactos de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (DIH) o respecto de cualquier otro tratado sobre la materia por parte de un particular, un grupo de particulares o una ONG, ante la Corte Internacional de Justicia (ONU, 1945:Art.34.1).

Es, pues, importante plantear el problema para poder entender con claridad la dimensión y complejidad del tema de estudio. El Derecho

Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el DIH consagran obligaciones y estándares que en principio, al menos, son exigibles únicamente entre Estados.

Desde luego que no es el objetivo del DIDH ni del DIH el crear normas sin contenido. Es evidente que los beneficiarios y verdaderos interesados en el cumplimiento de las obligaciones consagradas en esos instrumentos no son los Estados sino los particulares, por lo tanto, también es claro que de nada servirían esas normas si no estuvieran dirigidas a producir efectos en el derecho interno o si no se crearan medios para que los particulares pudieran exigir su cumplimiento.

La relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional en Colombia

Si bien las normas de Derecho Internacional público están dirigidas a regular las relaciones entre los sujetos de la “sociedad internacional” (Pellet, 2001) bajo el concepto del principio *ubis societas ibi jus*, lo cierto es que en el derecho interno dichas normas también pueden tener un valor jurídico específico, dependiendo de cuál sea el modelo adoptado por el Estado en materia de la relación que el Derecho Internacional, y en especial los tratados ratificados por el Estado tienen con el derecho interno.

Las teorías y posiciones estatales pueden clasificarse dependiendo de si el Estado considera que se trata de dos sistemas jurídicos completamente independientes –dualismo– o si se trata de un solo sistema con primacía del derecho interno o del Derecho Internacional –monismo– o un solo sistema sin una primacía bien definida –monismo moderado– (Monroy, 2002 : P.136).

En Colombia la posición adoptada sobre la relación entre los dos sistemas jurídicos es, al menos desde el siglo pasado, la del monismo constitucionalista. Sin embargo, la figura del

Bloque de Constitucionalidad ha cambiado la jerarquía de las normas en el Derecho colombiano, convirtiéndolo en un sistema de monismo moderado, en el que la primacía de la Constitución no excluye la primacía de ciertas normas del Derecho Internacional.

Así lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-225/96, explicando que en Colombia, en virtud de lo expuesto por el artículo 4 de la Constitución Política Colombiana, el derecho interno tenía una primacía absoluta, y los tratados pueden tener igual valor, en virtud de que algunos de ellos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. De tal manera que lo que se aplica en el derecho interno no es el tratado en sí mismo, sino la Constitución Nacional, que en algunos casos está conformada por normas de tratados internacionales ratificados por Colombia.

Herramientas de integración del Derecho Internacional en Colombia

Desde una perspectiva monista, la sistematicidad del derecho hace necesaria la existencia de reglas que permitan implementar y dar un valor jerárquico específico en el sistema jurídico nacional a las reglas del Derecho Internacional. Cada Estado establece la forma en que se articulan dichas reglas, generando mayor o menor valor y grado de efectividad a las normas internacionales según sus propias necesidades y perspectivas.

La regla de integración del Derecho Internacional en Colombia es principalmente la que se establece en los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución Colombiana que se ha denominado como Bloque de Constitucionalidad. En este caso, las normas del tratado entran a hacer parte del derecho interno y son exigibles en tanto son parte de la Constitución Nacional, por lo que además de ser exigibles en el derecho interno, lo son con el más alto rango jurídico.

La noción del Bloque de Constitucionalidad se fundamenta principalmente en la redacción

del artículo 93 de la Constitución. Al analizarlo, la Corte ha manifestado que existe una relación diferenciada entre los dos incisos que lo componen. Por una parte, el primer inciso “permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción”, mientras que en el segundo inciso “tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia” (Sentencia. T-1318/01).

Esta tesis, sostenida en la sentencia T-1319 de 2001 y reiterada por la Corte en sentencias de unificación como 058/03 y 067/03, se traduce en que por una parte, el artículo 93 permite la inclusión de nuevos derechos en el *corpus iuris* constitucional y, por otra, para los derechos reconocidos en la Carta, hace necesaria una valoración a la luz de los tratados firmados por Colombia (Sentencia. T-1319/01, p.17).

Pero la posición más interesante sostenida en la T-1319/01, que se reitera en varias sentencias, es aquella según la cual el inciso 2 del artículo 93 establece una forma de incorporación vía interpretación “en que ha de fundirse la norma nacional con la internacional y acogerse la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte”².

Requisitos de operación del Bloque de Constitucionalidad

La validez del Bloque de Constitucionalidad en Colombia se debe a que, según lo ha venido sosteniendo la Corte de forma reiterada, “existe remisión expresa de la Constitución” (Sentencia. C-578/95, p.28),

y en ese sentido, para que una norma sea válidamente usada como parte del Bloque, debe cumplir con los requisitos que exige el artículo 93 de la Carta.

Para que opere “la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra, que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. Esta posición establecida desde la Sentencia C-295/93 constituye un precedente fuertemente reiterado³, aunque, como se verá más adelante, este requisito no ha sido exigido estrictamente en todos los casos.

Utilización del criterio interamericano por la Corte Constitucional Colombiana

El Sistema Interamericano es, ante todo, una evolución hacia lo jurisdiccional desde lo político. El Sistema es el resultado de la Declaración Americana, que nació paralelamente a la OEA. Su implementación se tradujo en la necesidad de la creación de un órgano de vigilancia que se encargara de vigilar las situaciones en el continente y poner al tanto a la Asamblea General de la OEA de lo que sucedía, mientras poco a poco se iba interesando de casos particulares (Medina; Nash, 2007).

Las consecuencias derivadas de la adhesión de Colombia al Sistema Interamericano⁴ se materializan en la obligación de adelantar el establecimiento de políticas en los diversos órganos y ramas del Estado, tendientes a la promulgación, protección y garantía efectiva de los Derechos Humanos en los distintos escenarios en que entran en juego.

En ese sentido, es posible sostener que en Colombia la libertad de configuración legislativa no es absoluta, ni tampoco la interpretación y aplicación de la ley por los operadores judiciales al momento de decidir. Las medidas,

actos y operaciones administrativas tampoco están exentas del examen de concordancia con aquellos preceptos integrantes del bloque de constitucionalidad que surgen del *corpus iuris* interamericano.

El medio en que esta afectación jurídica sucede, el puente de comunicación entre el orden jurídico y todo el *establishment* del Estado colombiano frente al Sistema Interamericano no es, ni puede ser otro, que el Derecho Constitucional derivado.

El valor jurídico implicado de este derecho constitucional derivado surge principalmente de que la misma Corte Constitucional se ha reconocido como obligatoria en sus precedentes, determinando un valor de fuente formal de derecho a sus interpretaciones judiciales, convirtiendo al Bloque y en especial a su contenido en materia interamericana, en una parte más del derecho constitucional positivo en el país.

El Bloque de Constitucionalidad constituye la herramienta de integración del Derecho Interamericano en Colombia, pero en realidad, esa herramienta carece per se de concreción en sus efectos. El Bloque, tal como está descrito en el artículo 93 de la Carta Constitucional, bien podría haber sido usado de forma restrictiva y haberse quedado en la reiteración de los derechos fundamentales de la Constitución, ergo, no significar ampliación alguna de la misma.

Es por lo tanto el ejercicio jurisdiccional del juez constitucional el que, a través de sus productos respecto de la interpretación de los Derechos Humanos, se ha dado a la tarea de darle al Bloque un rol de protagonista en el Derecho colombiano.

Reglas de implementación del Bloque en derecho penal

El Sistema Jurídico preponderante en la actualidad colombiana es el que se comparte con el resto de la Latinoamérica

contemporánea, un sistema basado en el modelo neoconstitucionalista, que se fundamenta en la prevalencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la aplicabilidad directa de las normas constitucionales en el derecho nacional.

En ese sentido, no se puede dejar de lado que la implicación primera de la adopción de un sistema neoconstitucionalista es que todo el ordenamiento jurídico nacional debe estar acorde con los postulados constitucionales a riesgo de que cualquier norma que no lo esté sea declarada inexecutable por su inconstitucionalidad.

Esta regla general, que en Colombia tiene una especial importancia debido fundamentalmente al modelo que pone en práctica la Corte Constitucional a través de un examen constante y riguroso de la normatividad a la luz de la Constitución, no implica, por tanto, que la consideración de exequibilidad de las normas nacionales pueda estar en cabeza de cualquier ciudadano.

La presunción de constitucionalidad de la ley prima ante cualquier circunstancia. El control de constitucionalidad no está en cabeza de cualquier persona, ni el procedimiento en que se adelanta es informal. Existen unas fórmulas concretas para hacer que una norma legalmente establecida deje de prestar efectos jurídicos por estar en contra de la Constitución, pero fuera de ese procedimiento, reglado y estricto, no puede dejar de desconocerse la ley interna so pretexto de que es contraria a la Constitución.

En ese mismo sentido, el Bloque de Constitucionalidad, que no es otra cosa que una parte más de la Constitución Nacional, no puede servir para desconocer las normas nacionales de menor jerarquía, que previo examen de constitucionalidad y declaratoria de inexecutable por un juez competente (por vía acción o excepción).

Esta regla fundamental para sostener el Estado de Derecho y garantizar el respeto por la

seguridad jurídica, así como finalmente por los derechos de los ciudadanos, no es una posición regresiva frente a la importancia del Bloque de Constitucionalidad, sino por el contrario, la reiteración de la importancia del mismo a través de la consolidación de las reglas de uso.

Derecho Penal Colombiano vs. Bloque de Constitucionalidad

Algunos autores podrían sostener que existe una tensión entre las normas del derecho interno con las normas del Derecho Internacional y que la forma de resolverlo es utilizar las normas de este porque hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Esta solución es totalmente viable, siempre y cuando se respete la regla que antes se expuso: las normas de menor jerarquía son válidas mientras no exista un juicio de inconstitucionalidad que las deje sin competencia o un pronunciamiento directo de la Corte Constitucional que las declare inexecutable.

Dicho juicio de inconstitucionalidad implica una serie de pasos complejos que no pueden dejarse al libre arbitrio de todo ciudadano. Para poder establecer que una norma del derecho interno es inconstitucional por ir en contra del Bloque de Constitucionalidad habría que preguntarse:

1. ¿La norma de Derecho Internacional supuestamente controvertida hace parte del Bloque de Constitucionalidad?

Para responder esta pregunta habría que preguntarse, en primer lugar, si la Corte Constitucional ya ha hecho mención al respecto (téngase en cuenta que la Corte ya se ha referido a la casi totalidad de normas que hacen parte del Bloque). Si la Corte no se hubiere pronunciado, habrá que establecer que hace parte de los Derechos Humanos irrestrictibles en materia de Estados de Excepción contemplados en un tratado ratificado por Colombia. Aun queda la

posibilidad de que no siendo de estas normas, se trate de uno de los Convenios de Ginebra o de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Finalmente, es posible que se trate de una norma internacional que desarrolle uno de los Derechos Fundamentales de la Constitución, lo cual serviría para ampliar su contenido, para lo que habría que estudiar el instrumento en el que se encuentra y su valor vinculante frente a Colombia. En caso contrario, lo más posible es que la norma no haga parte del Bloque de Constitucionalidad.

2. ¿Existe una contradicción objetiva entre la norma internacional y la norma interna?

La dificultad más grande en una demanda de inconstitucionalidad o una excepción de inexecutable radica en establecer que la contradicción entre las normas no se sustenta en una apreciación subjetiva de las mismas, o en interpretaciones libres, sino que se trata de contradicciones objetivas y comprobables en que el sentido real de una norma de mayor jerarquía es incompatible con la existencia de la norma inferior. Esto implica que se debe tener una total claridad en el contenido de cada postulado internacional limitándose, para ello, al sentido exacto de la norma y no a las interpretaciones de la doctrina.

En ese sentido, tampoco se puede predicar la inconstitucionalidad de una norma como base en las prácticas que de ella se haga. Es importante recalcar tal como lo hace el profesor Ibáñez Najjar (2005), que no es por la vía de la declaratoria de inexecutable de una norma por la que se debe acudir en caso de que la interpretación o aplicación de la misma genere efectos contrarios a los postulados constitucionales, pues para ello existen otras vías destinadas a lograr cambios en la jurisprudencia o a generar interpretaciones de autoridad.

Habida cuenta de lo aquí expuesto, es debido sostener que la jurisdicción penal nacional tiene plena vigencia mientras no

haya un pronunciamiento judicial claro que la contraríe.

Ahora bien, la pregunta se puede formular y es en la práctica más usual que se formule de otra manera:

3. ¿Cómo debe proceder el funcionario judicial cuando existe una interpretación autorizada por parte de la Corte Constitucional que contraría el sentido natural de una norma del Código Penal?

A partir de la sentencia C-836 de 2001, la Honorable Corte Constitucional ha venido sosteniendo que su jurisprudencia tiene el carácter de precedente vinculante en el ámbito nacional. Esta situación, acorde con el modelo neoconstitucionalista, implica un giro brusco en el devenir de la práctica jurídica colombiana, tan profundamente imbuida de los postulados iuspositivistas.

Siendo esto así, la jurisprudencia constitucional debe aplicarse preferentemente a los postulados que le sean contrarios, sin embargo, para que esto pueda ser legítimo, debe existir un grado de certeza suficientemente alto respecto de la existencia de la posición de la Corte frente al tema de debate.

En este punto, es importante sostener que no puede existir una duda legítima que sustente la inaplicación de una norma vigente por parte del funcionario judicial sino que existe una jurisprudencia clara y en lo posible reiterada, que en un sentido unívoco especifique una regla distinta al sentido en que se aplicaría la norma en cuestión.

Para ello es indispensable tener un conocimiento actualizado sobre la jurisprudencia que la Corte va generando respecto de las normas penales.

En cualquier caso, una interpretación ambigua, equivoca o realizada en razón de

un argumento no equiparable a aquel que se examina, no puede servir de sustento para dejar de aplicar una norma vigente. Por ello, sólo se puede hacer uso de la jurisprudencia para dejar de aplicar una norma, cuando exista cosa juzgada constitucional al respecto, cuando exista un pronunciamiento en que la *ratio decidendi* sea aplicable al caso *sub lite* por haber entre los dos casos coincidencia evidente en los elementos fundamentales que motivan la decisión, o por haberse generado una subregla confirmada por la Corte y aplicable al caso en concreto.

II. Análisis de la imprescriptividad en materia penal

El artículo 83 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece que el término máximo de prescripción de la acción penal en Colombia es de 20 años, con excepción de lo dicho en su inciso segundo según el cual “el término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado será de treinta (30) años”.

Ello significa que en Colombia los crímenes de guerra, de lesa humanidad y las graves violaciones de Derechos Humanos tienen un término de prescripción, lo que contraría los principios internacionales al respecto.

Debe entenderse por principios de Derecho Internacional los enunciados normativos más generales que, sin haber sido integrados al ordenamiento jurídico en virtud de procedimientos formales, forman parte de él, porque les sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares.

En este punto, es necesario hacer alusión a los diferentes principios que existen para regular las relaciones entre los Estados, pero únicamente aquellos que se refieran a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los que estén relacionados con el deber de los Estados de castigar a los responsables de estos delitos.

Dentro del grupo de documentos que contienen los principios están:

1. Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad (ONU, 1973).
2. Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg (ONU, 1950).
3. Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (ONU, 2005).
4. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (ONU, 2007).
5. Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional (ONU, 2002).

Los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad (ONU) fueron aprobados el 3 de diciembre de 1973 por la Asamblea General de la ONU.

En el artículo primero de este documento se establece que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de investigación, y las personas contra las que existe pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

Por su parte, el artículo 8 impone la obligación a los Estados de no adoptar disposiciones legislativas o de cualquier otra índole, que puedan afectar las obligaciones internacionales con respecto a la identificación, detención, extradición y castigo de los responsables de los delitos antes mencionados.

Los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg (ONU) fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en 1950.

Es necesario tener en cuenta que, a pesar de que en algunos casos no se sancione a los responsables de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra debido a la prescripción de estos delitos, esta situación a la luz del Derecho Internacional y más específicamente en virtud de estos principios, no exime a la persona que cometió el delito, de su responsabilidad bajo las leyes internacionales, aun teniendo en cuenta la normatividad y decisiones tomadas a nivel interno⁵.

El conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (ONU), ha establecido una serie de definiciones y directrices a seguir sobre las cuales es importante señalar las siguientes:

En el principio 23 establece expresamente la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, cuando indica que “La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles”.

Ha sido de tal trascendencia el tema de la imprescriptibilidad, que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas vio la necesidad de crear en el año 2000 unos principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del

Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Dicho instrumento afirma que los principios y directrices allí enunciados se aplican a las violaciones de normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

Por último, los principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional de las Naciones Unidas (2002).

La finalidad de este compendio de principios es combatir la impunidad, que provoca consecuencias desastrosas, ya que permite que los autores de graves crímenes contra la humanidad escapen de las sanciones por sus delitos, ignora la angustia de las víctimas y perpetúa la comisión de los crímenes.

Estos principios contra la impunidad se dividen en cinco grupos, y más específicamente en su principio número 7 establece la imprescriptibilidad, donde expresamente señala:

“1. Los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio son imprescriptibles” (ONU, 2002: Ppio. 7).

7. Normatividad respecto del DIH

Por otra parte, en materia de Derecho Internacional Humanitario, uno de los instrumentos más relevantes sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es la Lista de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

Dicha lista contiene 161 normas consuetudinarias sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, las cuales deben ser aplicadas y tenidas en cuenta por todos los países, en búsqueda de proteger y respetar el DIH y los DDHH.

La norma de este instrumento que nos concierne para desarrollar el tema de esta demanda de inconstitucionalidad es la 160, la cual consagra

que “Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra” (CICR, 2007).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la imprescriptibilidad

En materia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la materia. En general, son dos los presupuestos que entran en juego en esta posición de la Corte:

En primer lugar, el concepto de impunidad, desarrollado por el tribunal desde sus inicios bajo estos términos: “La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de Derechos Humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”⁶.

En segundo lugar, se pone de presente el objetivo de dar efectividad a las disposiciones de la Convención. Los derechos contenidos en la Convención Americana necesitan de un esfuerzo del Estado para adecuar su legislación a los objetivos de la misma, en caso contrario la Convención y los compromisos con ella adquiridos se convierten en letra muerta. En ese sentido, no basta con que la actuación fáctica del Estado esté acorde con los postulados convencionales, sino que el valor axiológico de la Convención Americana implica igualmente que la legislación interna no se convierta en una barrera para la efectividad plena de los derechos consagrados en ella.

Tesis decisional de la Corte Interamericana respecto a la prescripción penal

La posición de la Corte IDH respecto de las leyes de prescripción ha sido constante

en sostener que estas disposiciones no pueden servir de pretexto para fomentar la impunidad y dejar de cumplir con las obligaciones del Estado frente a la Convención respecto de los derechos de las víctimas. Sin embargo, y como se verá a continuación, existe una variación en la jurisprudencia respecto del alcance de esta obligación –la de eliminar las normas sobre prescripción– respecto del tipo de delito que se haya cometido.

En la primera posición tomada al respecto en el caso Barrios Altos C. Perú, la Corte IDH considera que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Párr. 41).

Vale la pena resaltar que en esta primera ocasión, es en virtud de la naturaleza del delito –violaciones graves a los Derechos Humanos– por lo que se convierten en inadmisibles las disposiciones de prescripción.

Inmediatamente, la jurisprudencia de la Corte reitera esta posición de forma exacta en la interpretación de la sentencia de fondo del caso Barrios Altos (2001: párr.15) y en las sentencias de reparaciones del caso Trujillo Oroza (CrIDH, 2002: párr. 106)⁷.

Posteriormente, en la sentencia del caso Bulacio C. Argentina en 2003, la Corte parece querer ampliar el ámbito de aplicación de la regla sustraída, estipulando en los párrafos 117 y 118 de dicha sentencia la regla según la cual:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna

disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos, si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes. (...) 118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de Derechos Humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.

Esta sentencia ha sido criticada por pretender ampliar el espectro de la imprescriptibilidad, no sólo a las graves violaciones de Derechos Humanos a que hacen referencia las demás sentencias sino en general a “las violaciones de Derechos Humanos”, lo cual generaría una virtual desaparición de la regla de la prescripción de la acción penal.

La posición de la Corte Constitucional Colombiana al respecto

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de tocar tangencialmente el tema en cuestión en sentencias como la C-580 de 2002 en que trató sobre la constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

En dicha sentencia la Corte ha encontrado razonable y justificado el que exista un régimen especial frente a los delitos que afectan gravemente la dignidad humana, sin embargo no ha declarado –pues no ha sido el objeto de las demandas– la inconstitucionalidad de las reglas generales sobre prescripción de la acción penal en Colombia.

En otras ocasiones, aunque en *obiter dictum*, la Corte Constitucional se ha pronunciado de forma tal que permite suponer una tendencia a la aceptación del principio internacional, así por ejemplo en la sentencia T-1033 /06 dijo: “A ello debe sumarse que en relación con las conductas mas graves –respecto de las cuales incluso como en el caso de la desaparición forzada la acción penal es imprescriptible– la norma permitiría con el simple cambio de competencia que tales delitos sean excluidos del listado de excepciones a la prescripción, previsto en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004”.

Este mismo argumento fue esbozado en la sentencia C-370 de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz. Allí la Corte sostuvo “4.9.11.8. La acción penal es imprescriptible respecto de delitos como el de desaparición forzada de personas. Lo anterior por varias razones: el interés en erradicar la impunidad, la necesidad de que la sociedad y los afectados conozcan la verdad y se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación por los daños”.

Conclusiones

1. En primer lugar es necesario establecer que existe, con total certitud, una regla del Derecho Internacional Público según la cual la acción penal frente a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra es imprescriptible, tal y como lo demuestran los principios generales de Derecho Internacional en la materia y como finalmente ha quedado

estatuado en el Estatuto de Roma de 1998 y en una serie de principios reconocidos por la ONU y por la CICR que tendrían el valor jurídico de costumbre Internacional.

2. Ese principio se amplía a otras conductas que puedan considerarse como “graves violaciones a los Derechos Humanos” según lo ha establecido la jurisprudencia constante del Sistema Interamericano, la cual ha su vez ha sido múltiples veces citada por la Corte Constitucional como parte del Bloque de Constitucionalidad por tratarse de la interpretación autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. La Corte Constitucional se ha referido tangencialmente al tema dando algunas puntadas que darían muestra de una inclinación a la aceptación del principio, pero hasta ahora no se ha pronunciado de forma directa sobre la validez y aplicabilidad de esa regla en Colombia.

4. Los artículos del Código Penal que hacen referencia a la prescripción y que consagran reglas generales según las cuales un delito internacionalmente considerado como imprescriptible en Colombia es prescriptible, siguen estando vigentes en el derecho interno.

5. En vista de que no existe un pronunciamiento directo de la Corte Constitucional que haga referencia al valor de esa regla internacional en Colombia, ninguna autoridad que administre justicia puede desconocer las reglas de prescripción penal, ni siquiera frente a conductas internacionalmente consideradas como imprescriptibles, puesto que de otra manera estaría actuando ilícitamente.

6. Finalmente, siendo así, Colombia requiere inmediatamente un pronunciamiento de la Corte Constitucional en la materia a fin de evitar una responsabilidad Estatal por actuar de forma contraria a sus compromisos internacionales.

Notas

¹ Los talleres realizados por la GTZ-Profis se adelantaron en los meses de febrero y marzo de 2009, en las ciudades de Santa Marta y Bogotá, con fiscales de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, y con magistrados de Justicia y Paz, en ellos se pudieron adelantar encuestas como parte de la investigación.

² Ver también sentencia T-666/04, C-148/05.

³ Ratificado en las sentencias: C-225/95, C-578/95, C-327/97, Auto 078/99, C-582/99, T-1211/00, C-1490/00, C-1635/00, C-177/01, C-774/01, C-200/02, C-580/02, C-148/05, C-820/05, C-1001/05.

⁴ Aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Derecho a la vida (artículo 4); derecho a la integridad personal (artículo 5); derecho a la libertad personal (artículo 7); prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5); derecho a no ser detenido arbitrariamente (artículo 7).

⁵ Artículos 1 y 2 de los Principios del Tribunal de Nuremberg.

⁶ Cfr., Caso Bulacio C. Argentina, párr. 120; Caso Las Palmeras C. Colombia, Reparaciones, párr. 53.a; y Caso del Caracazo C. Venezuela, Reparaciones, párr. 116 y 117.

⁷ Cr IDH, Sentencia sobre reparaciones, caso Trujillo Oroza C. Bolivia, del 27 de febrero de 2002. Párr. 106.

Referencias

CICR (2007), Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Vol. 1.

Combancau, J. & Serge, S. (2001). *Droit International Public*, Montchrestien, París.

Dupuy, P.M. (1995). *Droit International Public*, Dalloz, París.

López, D. (1997). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Monroy, M. (2002). *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá.

OEA (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José.

ONU (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, New York.

ONU. (1973). *Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, o de Crímenes de Lesa Humanidad*.

ONU (2002). *Principios de Bruselas Contra la Impunidad y por la Justicia Internacional*.

ONU (2005). 1. *Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad*.

ONU (2005) 2. *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones a las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*.

Pellet, A. (2003). *Droit International Public*, LGDJ, París.

Rodríguez, C. (2005). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Uprimny, R. (2005). *La Unidiversidad de los Derechos Humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación constitucional*. Bogotá.

La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad*

A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional

The lack of available capacity of the domestic legal systems, under the principle of complementarity .

Recibido: 20 de agosto de 2009 - Revisado: 23 de agosto de 2009 - Aceptado: 30 de octubre de 2009

Christian Wolffhügel Gutiérrez**

Resumen

A la hora de adelantar el test de complementariedad, las nociones de falta de disposición y de capacidad se erigen en determinantes para la admisibilidad de una situación y de un caso que de aquélla se derive, ante la Corte Penal Internacional. Por supuesto, la delimitación del alcance de dichas expresiones es, en gran medida, normativa y, para su concreción, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional provee una serie aristas cuyo significado, de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, se pretende elucidar.

Palabras claves

Principio de complementariedad, admisibilidad, falta de disposición, falta de capacidad.

Abstract

When pass the test of complementarity, the notions of lack of willingness and of capacity are erecting as decisive for the admissibility of a situation and a case of which is derived, before the International Criminal Court. Of course, determining the reach of such expressions is largely normative and, for its realization, the Rome' Statute of the International Criminal Court provides a range edges whose meaning, by the hand of the doctrine and jurisprudence, seeks to elucidate.

Key words

Principle of complementarity, eligibility, unwillingness, lack of capacity.

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación "La Corte Penal Internacional y el proceso de paz colombiano", avalado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda. «Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"» con la dirección del Prof. Dr. Kai Ambos, catedrático de la Universidad de Göttingen.

** Candidato a Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Estudios Políticos de Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Miembro del Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas".

Correo electrónico:
christian.wolffhugel@usa.edu.co

Introducción

En los artículos primero y 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aparece regulado el llamado *principio de complementariedad*, que también se encuentra consignado en el Preámbulo del mismo en cuyo párrafo décimo se enfatiza que la competencia de ese tribunal internacional es *complementaria* de las jurisdicciones penales nacionales.

El citado artículo 17 está destinado a regular la relación existente entre la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales; por ello, busca un equilibrio entre el ejercicio de la jurisdicción penal de los Estados y el interés de la comunidad internacional erigiéndose, de esta manera, en la disposición más importante del Estatuto en lo atinente a los Estados parte (Ambos, 2008). Para decirlo de otra manera: este axioma es una de las piedras angulares de la Corte Penal Internacional como ha señalado la doctrina especializada (Meyer, 2006).

Además, de esta disposición se desprenden dos trascendentales conceptos que es bueno precisar: el primero, atinente a la falta de disposición; y, el segundo, alusivo a la falta de capacidad de los modelos judiciales domésticos, que constituyen, sin duda, factores desencadenantes de la admisibilidad de un caso (Gioia, 2006).

Con miras a precisar el contenido de aquéllos, se emplearán tres fuentes: la primera de índole normativa: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; la segunda de raigambre jurisprudencial: pronunciamientos de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional; y, la tercera doctrinal: con fundamento en referencias bibliográficas extranjeras.

I. El test de complementariedad

A la hora de incursionar en este terreno de la discusión, corresponde trazar un estudio

normativo del art. 17, esto es, decantar el test de complementariedad que, de acuerdo con (Ambos, 2008), se mide por la calidad de los procesos y la falta de voluntad e incapacidad del modelo judicial doméstico.

En lo que atañe a este test, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha manifestado que se trata de un proceso continuo, presente en toda la fase previa al juicio (Prosecutor vs. Kony et al, par. 25).

Además, ha considerado que el mismo implica una dual valoración (Ambos, 2009):

La primera, a partir del análisis del artículo 17 párrafo (1) literales (a) a (c) (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 30); y, la segunda, enmarcada en el estudio del caso de conformidad con el artículo 17, párrafo (1), literal (d) (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42).

Dicho de otra forma: el primer test –complementariedad en estricto sentido (Ambos, 2009)– regenta la discusión en tres ámbitos: primero, la admisibilidad por inacción del Estado; segundo, la inadmisibilidad por acción del Estado; y, tercero, la admisibilidad por falta de disposición o por falta de capacidad de éste. El segundo test se ocupa del estándar de gravedad suficiente, que se erige en un criterio para justificar la intervención de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42), en cuyo caso, a la hora de evaluar la gravedad de los delitos presuntamente cometidos en una situación –tal y como lo establece el Reglamento de la Oficina del Fiscal (Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09)–, se deberá tener en cuenta la escala, la naturaleza, el modo de comisión y el impacto de los mismos aspectos que, por supuesto, no se analizan en el marco de este artículo.

Precisado lo anterior, deben ahora examinarse algunos lineamientos del test de

complementariedad *stricto sensu*. Al respecto, debe decirse que la hipótesis menos compleja al abordar el asunto es la atinente a aquellos eventos en los cuales el Estado no ha iniciado ninguna investigación; se trata, sin duda, del fenómeno que la doctrina denomina como de la falta de acción (Olásolo, 2003).

En tal escenario, no hay necesidad de examinar los factores de la falta de voluntad o incapacidad, porque el caso es simplemente admisible en virtud de los términos claros consignados en el artículo 17 (Agirre, Cassese, Rolf, Friman, Hall, Holmes, Kleffner, Olásolo, Rashid, Robinson, Wilmschurst & Zimmermann, 2003). En ese sentido, la citada Sala de Cuestiones Preliminares I ha sostenido que en ausencia de cualquier acción del Estado, no es necesario hacer ningún análisis de la falta de disposición o incapacidad (Prosecutor vs. Lubanga y Ntaganda, par. 42).

Así las cosas, como lo ha dicho la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, la primera pregunta que se debe formular ese organismo a la hora de determinar la admisibilidad o no de un caso, consiste en establecer si él ha sido o no investigado o juzgado por las autoridades nacionales correspondientes. Por ello, es sólo después de esta determinación que la Corte considera si el Estado quiere o no, o puede o no llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento correspondientes (Prosecutor vs. Katanga & Ngudjolo, Respuesta de la Fiscalía al documento justificativo de apelación de la Defensa. 31 de julio de 2009, par. 52).

De esta forma, es posible afirmar que el análisis del art. 17 del Estatuto se debe efectuar en dos fases distintas: la primera –una cuestión empírica–, consiste en determinar si existe un procedimiento nacional o no; y, la segunda –de índole normativa y a condición de que la primera sea positiva–, busca verificar si el Estado está dispuesto o no, o no puede realmente llevar a cabo el procedimiento (Robinson, 2006 y Ambos, 2008, 2009).

Naturalmente, a este propósito emerge un interrogante central que es pertinente dejar planteado: ¿Cuáles pautas se deben emplear para determinar si, en efecto, un Estado carece de la voluntad o de la capacidad para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos iniciados? Las líneas siguientes se dedican a tratar de dar respuesta a este interrogante.

II. Los orígenes de los conceptos de “falta de capacidad” y “de disposición”

La concreción de estos términos se erigió en uno de los asuntos más complejos y discutidos en las negociaciones surtidas en torno al principio de complementariedad cuando se confeccionaba el actual Estatuto (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003); quizás, con mayor polémica, el de la falta de disposición (Holmes, 1999 y Quesada, 2005).

En efecto, la mayoría de las delegaciones participantes aceptó el planeamiento de la Comisión de Derecho Internacional, consignado en el Proyecto del Estatuto, según el cual la Corte debería tener jurisdicción en aquellos casos en los cuales los procedimientos judiciales nacionales fuesen incapaces de proceder (Holmes, 1999).

Así, pues, en relación con la incapacidad el consenso era evidente; a la inversa, en cuanto a la expresión falta de disposición algunas delegaciones se opusieron a su inclusión. Sin embargo, a la postre, se evidenció que la no inserción de este concepto podría ser una invitación a los Estados para bloquear la jurisdicción de la Corte e iniciar, así, investigaciones solamente para proteger a los perpetradores de los crímenes (Holmes, 1999); así las cosas, bastaría con un simulacro de juicio en un Estado determinado para eludir la actuación de la Corte (Cárdenas, 2006).

En síntesis: el principal objetivo al edificar una disposición relativa a la falta de disposición, fue el de impedir que se adelantaran juicios

ficticios, destinados a proteger a los autores de los crímenes más graves (Holmes, 1999).

III. La cuestión hermenéutica

En este punto, se observan dos referentes: en primer lugar, el art. 21 del Estatuto no solo decanta el derecho aplicable sino que, de paso, indica una doble jerarquía de las fuentes de derecho a las que se puede acudir: norma obligatoria y norma facultativa (Werle, 2005). De esta manera, al compás de la doctrina (Agirre et al, 1999), las disposiciones de complementariedad del Estatuto pueden ser interpretadas a la luz de los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; los tratados y los principios y normas del derecho internacional, y los principios generales del Derecho derivados de las leyes nacionales de los sistemas jurídicos del mundo.

En segundo lugar –como lo han sostenido la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional (Prosecutor vs. Katanga & Ngudjolo, par. 5) y la doctrina (Jensen, 2006 y Agirre et al, 1999)–, es menester acudir a las reglas hermenéuticas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente las disposiciones de los artículos 31 y 32. De esta forma, la regla principal de la interpretación se establece en el artículo 31 (1) cuando se afirma que *un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a (sus) términos... en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*; ello, no obsta, desde luego, para acudir a medios de interpretación complementarios, tales como los trabajos preparatorios (Agirre et al, 1999).

En esa línea de argumentación debe decirse que el criterio teleológico es una buena herramienta (Agirre et al, 1999). Así, pues, el Preámbulo del Estatuto sienta las bases a la hora de razonar en estos terrenos, en la medida en que las actividades de la Corte Penal Internacional deben buscar poner fin a la impunidad de los

autores de esos crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes (Prosecutor vs. Lubanga & Ntaganda, par. 42), por ello, el Estatuto debe ser interpretado de suerte que permita la realización efectiva de sus objetivos (Gioia, 2006).

Ahora bien, centrados en el test de falta de disposición e incapacidad, se debe decir que parte de la discusión en torno al asunto radica en si su entendimiento debe ser de índole objetiva, subjetiva o sincrética (Ambos, 2009). A este propósito, y con el fin de dotar a dicho test de mayor precisión y objetividad, los redactores incluyeron el término *genuinamente* (Ambos, 2009) que, en la versión castellana del Estatuto, no aparece; no obstante, en su lugar se consignó la expresión *realmente* pero referida sólo a la “falta de capacidad” no así a la falta de disposición, que en el contexto del artículo 17 debe interpretarse no sólo en relación con la “falta de disposición”, sino también respecto de la “incapacidad” (Agirre et al, 1999).

Por ahora, en la medida en que este escrito no busca esclarecer el significado de dicha expresión, basta señalar que la misma establece el estándar mínimo que los Estados deben cumplir al llevar a cabo un procesamiento (Jensen, 2006 y Agirre et al, 1999); por ello, la cuestión central radica en determinar si los procedimientos nacionales correspondientes son tan inadecuados que no pueden ser considerados “genuinos”. Este estándar, como se ha expresado, “*debe reflejar respeto adecuado a los sistemas nacionales, así como el hecho de que la CPI no es un tribunal internacional de apelación, ni es un órgano de derechos humanos diseñado para controlar todas las imperfecciones de los sistemas jurídicos*” (Agirre et al, 1999, pág. 16, párr. 52).

IV. La falta de disposición para investigar o enjuiciar

En torno a esta cuestión, debe recordarse que el numeral segundo del art. 17 del Estatuto prevé tres hipótesis taxativas (Ambos, 1999,

2008, 2009 y Olásolo, 2003) en virtud de las cuales se busca precisar si se configura o no la falta de disposición. Desde luego, la constatación de este fenómeno no sólo es técnicamente más difícil que la de la falta de capacidad (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003) sino que, además, envuelve aspectos políticamente sensibles (Agirre et al, 1999); esto último porque, en el momento de determinarla, el criterio de la buena fe—que es el núcleo a la hora de elaborar este test (Ambos, 2008, 2009)— demanda mayor atención (Cárdenas, 2006 y Quesada, 2005).

Además, téngase en cuenta, no basta con la comprobación de una de ellas pues, como dice el Estatuto, la Corte las “*examinará*” para acreditar la falta de voluntad (Ambos, 2009).

Ocupémonos de cada una de ellas:

En primer lugar, se tienen aquellos casos en los que un Estado inicia las actuaciones “*con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la corte*”. En esta materia, el propósito —que algunos consideran debe ser manifiesto (Cárdenas, 2006)— revela un cariz claramente subjetivo que evidencia, de un lado, la finalidad específica en la actividad del Estado (Olásolo, 2003); y, del otro, la mala fe del mismo (Ambos, 2008, 2009) que, por supuesto, constituye una acusación bastante seria (Solera, 2002).

En segundo lugar, para compensar esta carga subjetiva, se añadieron dos criterios más con la finalidad de hacer más objetivo no sólo el contenido (Holmes, 1999 y Olásolo, 2003) sino la interpretación del test de falta de disposición (Ambos, 2009). Así, pues, la segunda causal alude a actuaciones en las que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

En este escenario, entonces, la pregunta es: ¿Cómo demostrarla, cuando la tardanza

—extendida y notoria—, es y ha sido un mal endémico de la justicia (García, 2004)? Al respecto se ha dicho lo siguiente: “*se puede recurrir a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes y la duración (comparativa) de los procesos penales en el Estado respectivo*” (Ambos, 2009, pág. 181). Esto, por supuesto, en comparación con los retrasos normales que el sistema nacional demanda para casos de complejidad similar (Agirre et al, 1999).

Desde luego, no se trata de una tardanza sin más porque la relevancia se adquiere desde dos perspectivas distintas pero acumulativas: de un lado, en que sea injustificada como cuándo, por ejemplo, pudo haber sido evitada a través del empleo de un cuidado adecuado; y, del otro, en la medida en que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona (Ambos, 2009).

Con todo, hay quienes entienden que una demora injustificada en las respectivas actuaciones —sin importar el motivo— puede ser considerada como un supuesto de inacción *a posteriori* lo que, de remate, sostienen “*ha dejado sin contenido*” la disposición del art. 17.2, literal (b) (Olásolo, 2003, pág. 217).

En tercer lugar, cuando el proceso no se sustancie de manera imparcial o independiente. Una primera aproximación al tema, señala que los procedimientos son imparciales en la medida en que el juez sea independiente de las partes y, a su turno, son independientes cuando la entidad encargada de la decisión no está sujeta a una influencia indebida (Cárdenas, 2006). No obstante, con el fin de dotar de mayor precisión el contenido de los mismos, ellos pueden definirse a partir de los criterios acuñados por la jurisprudencia europea de derechos humanos (Ambos, 2009); en esa línea de reflexión, es menester tener en cuenta —entre otros— el modo de designación de los miembros del tribunal y sus períodos, la existencia de garantías contra

personas externas y, por supuesto, si el organismo presenta una apariencia de independencia o no. Es más, hay quienes proponen concretar estos aspectos a través de la incorporación, en las Reglas de Procedimiento y Prueba, de los criterios que en esta materia han elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos (Olásolo, 2003).

En resumen, la noción de falta de voluntad puede llevar a la Corte Penal Internacional a que sea considerada la más “adecuada” para investigar y enjuiciar los crímenes internacionales (Gioia, 2006).

V. La incapacidad de los sistemas judiciales domésticos

Para precisar este criterio se suele acudir en el Estatuto a un trípode fáctico-normativo. De un lado, la existencia de un colapso total de la administración de justicia; del otro, un colapso sustancial de la administración de justicia; y, finalmente, cuando se carece de ésta (Ambos, 2008, 2009 y Olásolo, 2003).

Por supuesto, efectuar este test puede ser menos complejo que el anterior, en la medida en que no solo “*es más objetivo y fáctico*” (Ambos, 2009, pág. 189, párr. 192) sino que, además, no hay necesidad de deducir o descifrar los motivos ocultos que se escudan tras la falta de disposición (Agirre et al, 1999). Veamos cada una de estas hipótesis:

En primer lugar, el *colapso total*. En este ámbito, se presentan deficiencias de tipo irremediable por lo que, en su conjunto, el sistema no funciona más (Ambos 2009 y Cárdenas, 2006). Se trata, pues, de “*una ruptura completa de la administración nacional de justicia, ya sea debido a que el Estado pierde el control sobre el territorio o debido a la decisión interna de borrar la administración nacional de justicia*” (Pichon, 196).

La hipótesis de un colapso total o sustancial de la administración estatal de justicia podría visualizarse, por ejemplo, cuando los aliados ocuparon Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial, lo cual hacía inviable que el impulso a un procesamiento de los crímenes internacionales se apoyara en la estructura superviviente de ese país (Gramajo, 2003). Es difícil ver cómo un estado fallido, ya sea total o sustancialmente, podría reclamar que se cumpla su deber de investigar y enjuiciar los crímenes más atroces (Gioia, 2006).

A la inversa, si el colapso es meramente temporal o sus efectos sólo alcanzan a una parte del territorio del Estado, los requisitos para esta excepción no se cumplen (Cárdenas, 2006). En tal situación, la discusión se plantearía, quizás, en el terreno del colapso sustancial.

En segundo lugar, el *colapso sustancial*. Si bien en algún momento de los debates habidos en Roma se le denominó parcial (Quesada, 2005) —es más, el artículo 15.3 del proyecto del Estatuto así lo estableció (Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998)—, dicha propuesta cedió y, a la postre, se calificó de sustancial con la pretensión de incrementar el umbral de admisibilidad y, a la vez, revalidar la preeminencia de las jurisdicciones nacionales (Ambos 2009).

Por supuesto, ha de tratarse de un gran o significativo impacto en el funcionamiento del sistema nacional de justicia, de suerte que éste sea incapaz de adelantar los procesamientos (Ambos 2009). Al respecto, se discuten los casos en los que el colapso está limitado geográficamente, esto es, eventos en los cuales el control del Estado no abarca parte del territorio. En este punto, la respuesta dependerá de la situación en concreto, toda vez que si el Estado cuenta con la posibilidad de adelantar los procesos en otro lugar, difícilmente se satisfaría el exigido umbral (Ambos 2009).

En tercer lugar, debe aludirse a la *carencia o indisponibilidad*. Si se parte del texto del Estatuto en español todo indica, según algunas elaboraciones, que se ha asumido una visión muy estricta del asunto; en efecto, si se acude a la expresión “*carece de ella*” consignada en art. 17.3, es evidente que un sistema no está disponible cuando este no existe (Cárdenas, 2006). En este contexto, si se trata de la inexistencia de una verdadera administración de justicia, se está en frente de un caso de “*inacción absoluta de las jurisdicciones nacionales*” (Olásolo, 2003, págs. 226 y 227).

Sin embargo, el asunto va más allá de lo planteado porque la expresión *no disponibilidad*, ha sido entendida con base en otras pautas hermenéuticas.

En efecto, de un lado, una interpretación literal amplia postula tres aspectos a tener en cuenta: la inexistencia, la no accesibilidad y la inutilidad de un recurso (Ambos 2009); a este respecto, la doctrina (Agirre et al, 1999) sugiere que el término disponibilidad debe ser dotado de una interpretación amplia. En esta línea de razonamiento, también se plantea como canal de interpretación acudir a la jurisprudencia emanada de los tribunales en materia de Derechos Humanos, referente al derecho a la tutela judicial efectiva (Quesada, 2005); de esta forma, se dice que las amnistías –por ejemplo– pueden considerarse no sólo como un problema de falta de voluntad sino como de incapacidad en el contexto de la falta de recurso judicial (Ambos, 2009). Con todo, hay que señalar que debe tratarse del cumplimiento de estándares internacionales mínimos (Ambos 2009), máxime si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, la Corte Penal Internacional no es un tribunal de Derechos Humanos (Agirre et al, 1999).

De otro lado, se plantea una interpretación en cuya virtud se afirma que

La calificación debe ser efectuada en base a factores objetivos (cuantitativos) los cuales pueden ser fácilmente verificados

desde una óptica externa al sistema, por ejemplo, información empírica que indique que no existen recursos efectivos para contrarrestar violaciones a los derechos humanos (Ambos 2009, págs. 195 y 196).

Aunado a ello, la concreción de dicho colapso total o sustancial o de la carencia o indisponibilidad de la administración de justicia doméstica está vinculada, a su turno, a tres supuestos delineados por el propio Estatuto de la siguiente forma: en primer lugar, el sistema judicial nacional no puede hacer comparecer al acusado; en segundo lugar, éste no dispone de las pruebas y testimonios necesarios para enjuiciar; y, en tercer lugar, no está por “*otras razones*” en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En cuanto a esta fórmula, se dice que su carácter es netamente excepcional, previsto para casos en los que no hay un gobierno central; se trata, pues, de situaciones de guerra civil (Ntanda, 1999) o de desastres naturales que pueden llevar a un colapso total o sustancial de la administración de justicia de un Estado (Olásolo, 2003).

Ahora bien, de la triada normativa aludida, bien vale la pena traer a colación el entendimiento que de la expresión por “*otras razones*”, ha efectuado el Foro Constitucional colombiano; a tal efecto, dice la Corte, se debe acudir a hechos que demuestren la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo un juicio (Sentencia C-578 de 2002).

Finalmente, vale la pena resaltar que en el test de incapacidad es factible que un Estado esté dispuesto a investigar o enjuiciar, pero en realidad no pueda hacerlo (Cárdenas, 2006), como cuando –por ejemplo– ha sido devastado por los conflictos y frente a un colapso de su sistema podría estar dispuesto a realizar el procedimiento (Agirre et al, 1999).

VI. Criterios para su determinación

En relación con los elementos que se han de tener en cuenta a la hora de efectuar este

test, la doctrina (Ambos, 2009 y Agirre et al, 1999) ha señalado que los indicios juegan un papel importante. A tal efecto, Ambos, de cara a demostrar la falta de disposición, plantea los siguientes criterios: evadir normas legales del procedimiento a través del nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado; la remisión del caso a un tribunal secreto o especial; o, finalmente, la asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores.

Así mismo, otro grupo de estudiosos muy destacado propone los siguientes (Agirre et al, 1999): los patrones de interferencia política en la investigación y el enjuiciamiento; las deficiencias institucionales generales de subordinación política de investigación, la acusación o del Poder Judicial; las irregularidades en el procedimiento que indiquen una falta de voluntad para realmente investigar o juzgar; o, en fin, una combinación de estos factores. Estos expositores, al aludir al criterio de la falta de capacidad, postulan entre otros los siguientes derroteros: la falta de personal necesario como jueces, investigadores y fiscales; la carencia de infraestructura judicial; la falta de legislación sustantiva o procesal y las amnistías (Agirre et al, 1999).

En este escenario, resulta paradigmática la discusión en torno a las amnistías. Si bien es cierto que este instituto puede demostrar bajo ciertas circunstancias mala fe, también es lo cierto que dicha conclusión no es del todo inobjetable en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, un estado actuando de buena fe y con el fin de alcanzar la paz, otorga dicha prerrogativa (Ambos, 2009). Desde luego, como se ha dicho, puede ser una “*tesis muy impopular*” (Malarino, 2009).

VII. La carga de la prueba

El Estatuto de Roma, dice la doctrina (Agirre et al, 1999), no prevé expresamente a quien asignar la carga de la prueba para determinar la admisibilidad, por lo que este asunto debe ser desarrollado en la práctica y

la jurisprudencia de la Corte. En este punto, como dice el aforismo *onus probandi incumbit actori*, en principio, la carga de la prueba recae en este evento sobre el Fiscal, es decir, él debe probar la falta de disposición o la incapacidad del respectivo Estado.

Sin embargo, también se ha dicho que la Corte depende de la cooperación del respectivo Estado en el otorgamiento de la información relativa a las medidas adoptadas por el sistema de justicia nacional (Regla 51, 55 (2) RPP); así las cosas, es de recibo afirmar que el proveer de pruebas concluyentes de que se está actuando como corresponde, está establecido en el interés superior del Estado y que, por lo tanto, la carga recae sobre el mismo (Ambos, 2009, pág. 185).

Con todo, teniendo en cuenta las posibles consecuencias políticas de evaluar los sistemas judiciales internos, para algunos parece claro que el enfoque que se impondrá será aquél en cuya virtud la Corte sólo va a constatar la falta de disposición de un Estado, en los supuestos en que se sienta apoyada por la comunidad internacional (Quesada, 2005). Al respecto, el debate está abierto.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, debe decirse lo siguiente.

En primer lugar, concretar la falta de voluntad y la falta de capacidad es un asunto bastante complejo, cruzado por una serie de variables que dificultan su aplicación no sólo desde el punto de vista hermenéutico sino probatorio. Dichas variables por hacer parte del test de complementariedad, que es un proceso de naturaleza continua, pueden ser analizadas en varias oportunidades.

Así mismo, en segundo lugar, adviértase que la valoración hecha al respecto debe prevalerse en lo posible de pautas objetivas que ayuden a demarcar los rumbos que debe seguir el intérprete en tan intrincadas materias.

De otra parte, en tercer lugar, determinar la falta de disposición de un Estado es, sin duda, una cuestión no solo bastante compleja desde de la mirada normativa sino altamente sensible desde la perspectiva política por envolver, sea como fuere, la evaluación y calificación de un sistema judicial doméstico.

Finalmente, en cuarto lugar, muy bien ha dicho la doctrina sobre el asunto en discusión lo siguiente:

“La Corte Penal Internacional va a intervenir a pesar de las actuaciones nacionales sólo en casos claros de falta de voluntad o incapacidad de enjuiciar realmente. El estándar para la evaluación de “autenticidad” debe reflejar respeto adecuado a los sistemas nacionales, así como el hecho de que la CPI no es un tribunal internacional de apelación, ni es un órgano de derechos humanos diseñado para controlar todas las imperfecciones de los sistemas jurídicos”. (Agirre et al, 1999, pág. 16).

Naturalmente, estas reflexiones marcan pautas para un mejor entendimiento sobre el asunto tal y como hemos pretendido proponer en esta páginas.

Referencias

- Agirre, X; Cassese, A; Einar F.R; Friman, H.; Hall, C.K; Holmes, J.T; Kleffner, J; Olásolo, H; Rashid, N.H; Robinson, D; Wilmsurst, E. & Zimmermann, A. (2003): Informal expert paper: the principle of complementarity in practice (2003) (“Expert Paper”), en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc656350.PDF>.
- Ambos, Kai, (2008). El marco jurídico de la transición, Temis, Bogotá.
- Ambos, Kai, (2009). Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional. Ministerio de Relaciones Exteriores (*Auswartiges Amt*)/Embajada de Alemania en Colombia/Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH Proyecto ProFis.
- Ambos, K. & Guerrero, O. (1999). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Cárdenas Aravena, C. (2006). Chapter 4 The admissibility test before the international criminal court under special consideration of amnesties and truth commissions, en: Kleffner/Kor (eds.) *Complementary views on complementarity*, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 115 a 139.
- Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002.
- Gioia, F. (2006). State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court *Leiden Journal of International Law*. Cambridge: *Dec 2006*. Vol. 19, Iss. 4; pg. 1095, 29 pgs.
- García Ramírez, S. (2004). El principio de complementariedad en: *Anuario mexicano de Derecho internacional*, Vol 4, 2004, p 149 a 188.
- Gramajo, J. (2003). *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Holmes, J. (1999) The principle of Complementarity, en: Lee, Roy (ed) *The International Criminal Law, The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, pág. 41 – 78.
- Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal

- Internacional (1998) A/CONF.183/2/Add.1. En: <http://www.un.org/spanish/law/icc/docs.htm>
- Jensen, R. (2006). Chapter 5 Complementarity, 'genuinely' and article 17: assessing the boundaries of an effective ICC. En: Kleffner/Kor (Eds.) Complementary views on complementarity, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 147 a 170.
- Mallarino, E. (2009). Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: no peace without justice o bien no peace with justice. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. En: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_7_337.pdf
- Meyer, F. (2006). Complementary International Criminal Law Review 6, 549-583.
- Ntanda N. (1999). Daniel D. The International Criminal Court: Jurisdictional and related issues Criminal Law Forum. Dordrecht: T. 10, N° 1; pg. 87.
- Olásolo Alonso, H. (2009). Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Universidad Javeriana, Bogotá.
- Olásolo Alonso, H. (2003). Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?, especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Quesada Alcalá, C. (2005). La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pichon, J. (2008) "The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", en *ICLR* 8.
- Regulations of the Office of the Prosecutor ICC-BD/05-01-09. <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Regulations+of+the+OTP.htm>.
- Robinson, D. (2006). Comments of chapter 4 of Claudia Cárdenas Aravena, en: Kleffner/Kor (eds.) Complementary views on complementarity, The Hauge, Asser Press, 2006, pág. 141 a 146.
- Solera, O. (2002). Jurisdicción complementaria y justicia penal internacional. En: Revista Internacional de la Cruz Roja N° 845.
- Werle, G. (2005). Tratado de Derecho Penal Internacional, tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Sala de cuestiones preliminares:

Prosecutor vs. Lubanga and Ntaganda, Annex II, 10.2.2006 (ICC-01/04-01/07).

Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo, ICC-01/04-01/07-1213-tENG 15-07-2009 1/38 IO T.

Prosecutor v. Kony et al., Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, 1-03-09 (ICC-02/04-01/05)

Sala de Apelaciones:

Prosecutor vs. Katanga y Ngudjolo, ICC-01/04-01/07-573 09-06 2008 1/8 VW PT OA6).

Memoriales de la Fiscalía:

Prosecutor vs. Germain Katan-ga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07OA8M, documento justificativo de apelación, de 31 de julio 2009.

La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte*

The electronic procurement in the framework of the Andean Community. State of the art

Recibido: 12 de febrero de 2009 - Revisado: 23 de marzo de 2009 - Aceptado: 03 de julio de 2009

William David Hernández Martínez**

Resumen

El artículo se estructura como un breve estudio de los planteamientos académicos y políticos acerca de la unificación o armonización de la normatividad respecto del comercio electrónico, específicamente lo referente a la contratación por medios electrónicos en América Latina, con especial énfasis en la Comunidad Andina, como una labor propuesta en desarrollo de las tendencias modernas del Derecho Mercantil Internacional.

Palabras claves

Armonización, unificación, Comunidad Andina, comercio electrónico, contratación electrónica.

Abstract

The article is structured as a brief survey of the academic and policy approach on the unification or harmonization of regulations about electronic commerce, specifically relating the electronic contracts, in Latin America, with special emphasis on the Andean Community of Nations as a proposed work on the development of modern trends of international trade law.

Key words

Harmonization, Unification, Andean Community, Electronic Commerce, Electronic Contracts.

* Resultado del proyecto de investigación "La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina: una propuesta de unificación normativa". Estado del arte.

** Abogado Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Magister en Derecho.

Correo electrónico:
william.hernandez@usa.edu.co

Introducción

El mundo actual, enmarcado en un proceso de globalización e integración regional, se encamina hacia la armonización normativa como elemento generador de una ventaja cooperativa, conceptos igualmente válidos para el comercio electrónico que, sin lugar a dudas, es una expresión de la moderna *lex mercatoria*.

En consonancia con lo anterior, esta investigación pretende estudiar la regulación actual en cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina (organismo de integración regional al cual pertenece Colombia) respecto de la contratación por medios electrónicos, con el fin de determinar los elementos legales que posibiliten la unificación normativa en esta materia.

De acuerdo con lo anterior, el presente artículo busca realizar un estudio del estado del arte, esto es la revisión de los diferentes planteamientos, académicos y políticos que sobre el objeto de estudio propuesto se han realizado. Para ello, el escrito se encuentra dividido en cuatro acápite a saber: 1. El planteamiento del problema de investigación; 2. La descripción de la metodología a emplear; 3. La revisión del estado del arte desde dos perspectivas, estas son: *i)* la perspectiva regional e internacional y *ii)* la visión nacional, y 4. Algunas conclusiones sobre el particular.

1. Problema de Investigación

No es novedoso afirmar que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) han incidido en todos los aspectos de las sociedades (económicas, sociales, políticas, entre otros), sin embargo, este hecho incuestionable implica, para el derecho, la responsabilidad ineludible de propiciar el cumplimiento de las declaraciones o finalidades de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, 2004).

En este sentido, y dada su función reguladora de las relaciones sociales encaminada al

mantenimiento de la convivencia al interior de la sociedad, el derecho es un elemento fundamental en el desarrollo de la denominada Sociedad de la Información (Reusser, 2003), ya que así como no se concibe una vida social sin derecho, no es aceptable el desarrollo de las nuevas tecnologías sin regulación.

Ahora bien, al abordar el recorrido histórico de las instituciones legales, es evidente que estas, las instituciones, encuentran su origen en los usos y prácticas de los comerciantes, hoy considerados desde la perspectiva del concepto de empresa (Galgano, 2005, pág. 35; García, 2006), el legislador, entonces, se concentra en dotar de estabilidad, certeza y generalidad las bases dictadas por la praxis social (Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-486, pág. 8, consid. 5).

El comercio electrónico, entendido como las transacciones comerciales realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procedimiento y transmisión de información (Remolina, 2006, pág. 2), derivadas de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a la gestión empresarial contemporánea (Rincón, 2004; 2006b, págs. 19 a 23)¹, no es ajeno a esta realidad, esto ha suscitado al interior de los Estados la necesidad de establecer un marco normativo amplio (Olivera y Proto, 2006), manteniendo la tendencia de la *lex mercatoria moderna*, entendida como un orden jurídico que insta a la autorregulación, esto es, la posibilidad de los agentes del comercio internacional de reemplazar la ley por el contrato, el juez por el arbitraje (Galgano, 2005, pág. 105)², y por tanto se caracteriza por su “anacionalidad” (Fernández, 2007, págs. 57 a 58; 2004, págs. 95 a 96; 2000).

Bajo el anterior supuesto, esto es, el comercio electrónico como una expresión de la *moderna lex mercatoria*, las reglas de derecho aplicable a las diferentes relaciones o vínculos jurídicos surgen de los mismos comerciantes quienes, a través de sus usos y prácticas, ya han comenzado a crear costumbres.

Como evidencia de lo anterior, se rescata el trabajo del grupo de trabajo de prácticas en el comercio electrónico de la Cámara de Comercio Internacional al presentar el borrador de las Reglas Uniformes y Guías para el Comercio y Pago Electrónico (URGETS)³, mediante las cuales se recogen las costumbres en aras a uniformizar los contratos electrónicos (Calderón, 2000; Cibertribunal Peruano, 2008).

Ahora bien, la formulación de políticas y normas respecto del *e-business*⁴ acusa una gran variedad de problemas, entre los cuales se pueden señalar la indeterminación geográfica de las partes, la desconfianza del usuario en las transacciones, la falta de protección del consumidor, entre otros (Ahon, 2006). En torno a estos interrogantes, se destaca la necesidad de poseer estándares básicos que doten de plena validez a los actos, contratos y negocios que surgen en torno de las TIC a nivel mundial y, en consecuencia, a proyectar sobre los actores la seguridad jurídica⁵ necesaria en este tipo de transacciones, a veces denominada *lex retialis*⁶ (Olivera, 2008, pág. 8).

El primero de los antecedentes en este sentido es la denominada “Ley Modelo de Comercio Electrónico” (en adelante LMCE) formulada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por su sigla en inglés)⁷, y que tiene por objeto ofrecer un conjunto de reglas internacionalmente aceptables que puedan ser empleadas por los Estados para superar los obstáculos e incertidumbres jurídicas que existan en relación con el uso de los medios de comunicación electrónicos en el comercio internacional.

Sin embargo, su carácter meramente sugestivo concluye en la imposibilidad de generalizar sus disposiciones. Este es el caso de los países latinoamericanos, en los cuales encontramos una variedad de orientaciones (UNCITRAL, Utah⁸ y normatividad europea) en las legislaciones existentes, sin contar con el

caso de Bolivia en el cual no se ha formulado una normatividad sobre el tema⁹.

De conformidad con las consideraciones anteriores, se evidencia la necesidad de crear dentro de las organizaciones regionales existentes, en el caso latinoamericano la Comunidad Andina (CAN), la posibilidad de regular o “normatizar” de forma clara y, sobretudo, uniforme, diversos aspectos del comercio electrónico (Silveira, 2001).

De esta necesidad de armonización y unificación surge el objeto propio de esta investigación, sintetizado metodológicamente en la siguiente pregunta jurídica: ¿es posible alcanzar la unificación normativa al interior de la Comunidad Andina respecto de la contratación por medios electrónicos?

El problema que inspira esta investigación es dotar de seguridad y privacidad los actos, negocios y transacciones que se realizan a través de medios electrónicos. Remolina (2006) expone como los principales factores de desconfianza en los negocios electrónicos, los siguientes: *i)* el anonimato de las transacciones; *ii)* la dificultad de garantizar la confidencialidad; *iii)* integridad y repudio de los “documentos”¹⁰, y *iv)* la barrera cultural delimitada en el bajo acceso a las TIC.

2. Metodología

La investigación planteada es una investigación básica jurídica que tiene por objeto el estudio de las normas que sobre la contratación electrónica se han promulgado en los países miembros de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), así como la jurisprudencia y doctrina que sobre el particular se profiera, en aras de contribuir en la formulación de principios y reglas de validez con aplicación general, inspirados en la experiencia de la Unión Europea, que se integren al Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI)¹³, de tal forma que los

hallazgos sirvan como sustento de proyectos de unificación y armonización (Fernández, 2007, págs. 59 a 62; 2004, págs. 97 a 100; 2000).

El camino o procedimiento a seguir en esta investigación, esto es la lógica metodológica a modo de ayuda o mecanismo para la facilitación de los procesos mentales de investigación, cuenta con las siguientes características (Bulla Quintana, 2008, pág. 247):

- En cuando al modo por el cual se procede, se utilizará un método sintético ideal, en el cual se estudiarán los efectos de los medios electrónicos en cada uno de los países de la Comunidad Andina, con el fin de formular una visión unitaria o general de principios aplicables en forma universal a los miembros.
- En la demostración se utilizará un procedimiento inductivo, en tanto el punto de partida son situaciones singulares, es decir, la normatividad particular de los países, con aspiraciones de formulación de proposiciones generales¹⁴.
- Así mismo, y dadas las características propias del objeto de investigación, se propende por una investigación racional¹⁵, fundamentos de autoridad¹⁶, con una finalidad heurística¹⁷.

El proceso de búsqueda, selección e inventario de las fuentes del conocimiento¹⁸, o de la información, se concentrará, respecto de fuentes primarias y secundarias, en el tratamiento dentro de los países miembros de la Comunidad Andina de la contratación por medios electrónicos. Las fuentes de conocimiento deben examinarse, interna y externamente¹⁹ mediante un énfasis comparativo de las condiciones similares de las fuentes, para que bajo el amparo de la metodología planteada

con anterioridad se logre la enunciación y explicación de principios de carácter general y aplicación universal.

Como elemento integrante de conocimiento, ya sea como aplicación curricular o investigativa, se resalta la necesidad de interdisciplinariedad²⁰. La presente investigación se presenta como acorde al núcleo común o «*common core*» que se extracta de la justificación y objetivos de algunos programas de la Universidad Sergio Arboleda y que se puede denominar “Desarrollo Económico y Empresarial”²¹, encaminado al desarrollo de conocimientos relacionados con el emprendimiento, dirección y negociación empresarial en el cual se fortalezca la relación Universidad - Empresa - Estado - Sistema Económico Mundial, enmarcados en un mundo globalizado, y que se caracteriza por los procesos de integración regional y mundial en búsqueda de ventajas cooperativas²², y propenso a la armonización y unificación de los diferentes sistemas.

Así mismo, el núcleo temático mencionado integra armónicamente: *i*) las ciencias humanísticas (filosofía, historia, derecho, pedagogía, entre otras); *ii*) las ciencias económicas (economía, finanzas, contabilidad, estadística, etc.); *iii*) las ciencias exactas (matemáticas, cálculo), y *iv*) la ciencia política (relaciones internacionales, modelos de integración, las organizaciones internacionales).

La investigación propuesta se orienta en la búsqueda de aspectos comunes de la institución contractual respecto de un elemento específico que es el uso de las TIC, partiendo de la base del proceso de regionalización e integración, llevado a cabo en la Comunidad Andina, sin olvidar que en la actualidad se reconoce la existencia de un nuevo ciudadano, el «ciudadano económico»²³, que se resiste a ser considerado como objeto jurídico y demanda un papel o rol en la economía global, fomentando la “autorregulación”.

3. Estado del arte

Para sintetizar lo hallado respecto de la contratación por medios electrónicos desde la perspectiva de la unificación normativa, es preciso abordar su estudio en forma fraccionada: *i)* en primer lugar, analizar los escritos e investigaciones que en el enfoque regional e internacional se han presentado; *ii)* seguidamente, se examinarán algunos referentes nacionales relacionados con el objeto de estudio propuesto.

3.1 Desde la perspectiva regional

A nivel regional, se destaca que desde el año 2000 las autoridades de telecomunicaciones de los entonces cinco países de la CAN suscribieron el “Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información” en el cual convienen, además de constituir como objetivo común el garantizar el acceso de la población a los servicios de telecomunicaciones, establecer normas que doten de seguridad las diferentes fases de las operaciones comerciales que utilizan recursos electrónicos, entre ellas el pedido, la contratación, el pago, la entrega, la devolución, así como la verificación de firmas electrónicas y la constitución de entidades de certificación.

Sobre este particular, Cárdenas Zorro (2000) afirma que el propósito de la CAN de conformar un mercado común en el año 2005 está estrechamente vinculado a la efectiva prestación de los servicios propios de la Sociedad de la Información entre los países miembros. Así pues, dentro de las dificultades en el tema, el autor destaca que, a la fecha del documento, apenas el 2% de la población andina tiene Internet, las políticas gubernamentales no son adecuadas, la infraestructura tecnológica es inapropiada y la existencia de una “inseguridad jurídica” en el tema es palpable.

Concluye Cárdenas Zorro (2000) que la Comunidad Andina debe iniciar un proceso

para ir eliminando gradualmente los obstáculos políticos, técnicos y jurídicos mencionados; ahora bien, en torno a los problema jurídicos se evidencia la necesidad de establecer un marco jurídico armónico, claro, sencillo y compatible con las normas vigentes a escala internacional, siguiendo el ejemplo de la Unión Europea.

Por lo que respecta al propósito o finalidad de los países miembros de la Comunidad Andina en lo concerniente a la contratación electrónica, proclamado en la Declaración de Lima, impactó, de manera gradual, los distintos ordenamientos jurídicos en tanto se expidieron en su cumplimiento diversas reglamentaciones en cada uno de los países miembros:

- Colombia ya contaba con la Ley 527 de 1999²⁴, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, de las firmas digitales y se establecen las entidades de certificación. Posteriormente, se reglamentó lo atinente a las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales mediante el Decreto 1747 de 2000²⁵.
- Ecuador expidió la Ley 67 de 2002²⁶, reglamentada mediante el Decreto 3496 del 31 de diciembre 2002²⁷, normas mediante las cuales se establecen los parámetros jurídicos sobre los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica, la prestación de servicios electrónicos (incluido el comercio electrónico) y la protección a los usuarios. A primera vista, parece ser la legislación más completa sobre el tema a nivel de la Comunidad Andina, puesto que contiene un capítulo específico orientado a la protección de los derechos del consumidor o usuario de servicios electrónicos.

- Perú ha desarrollado dos acercamientos regulatorios: en primer lugar, formuló la Ley 27269 de 2000²⁸, mediante la cual se regula la utilización de la firma electrónica y el funcionamiento de las entidades de certificación. A su vez, incorporó algunas modificaciones al Código Civil con el fin de permitir la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos y por lo tanto celebrar válidamente contratos utilizando medios electrónicos (Ley 27291 de 2000)²⁹.

Por otro lado, en el marco del Proyecto Andino de Competitividad, Araoz y Van Ginhoven (2001), del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (Perú), evalúan la preparación de los países andinos para integrar las redes de tecnologías de la información, estudiando particularmente el caso peruano, determinan que con la legislación actual, a nivel interno, se pueden satisfacer algunas necesidades, pero en un mundo globalizado es necesario propugnar por una integración normativa.

De lo anterior, surge rápidamente una primera conclusión orientada a que la preocupación por la integración o armonización normativa a nivel de la Comunidad Andina es latente, razón por la cual es imperativo determinar los elementos legales que posibilitan la unificación normativa como un mecanismo para incrementar la competitividad de los países miembros en aras de mejorar la ventaja cooperativa de la región ante los nuevos miembros de la comunidad económica mundial.

En este sentido, Silveira (2001) escribe para la *Revista de Contratación Electrónica*³⁰ un artículo titulado “Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable”, del cual se destaca un interés especial en el

establecimiento de Normas Uniformes sobre Documentos y Firmas electrónicas a nivel Americano, sobre la base de la neutralidad normativa (en oposición a la especialización que caracteriza algunas legislaciones) y una perspectiva real de la situación regional.

Así mismo, describe como elementos que impiden la adaptación de las normas a la realidad Latinoamericana los siguientes: *i)* la terminología empleada; *ii)* la elección de la ley y la jurisdicción aplicable; *iii)* las entidades de certificación, y *iv)* la protección al consumidor, como el gran reto del legislador.

Por su parte, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)³¹ celebró, en el mes de junio de 2001, un seminario denominado Situación Actual y Perspectivas del Comercio Electrónico en la Región, en el cual se resaltó la importancia de elaborar y proponer la generación de directrices comunes básicas para la regulación del comercio electrónico en Latinoamérica, en tanto se requiere desarrollar un sistema regulatorio claro y predecible con estabilidad en el tiempo, no discriminatorio y que otorgue el marco jurídico adecuado para la expansión del acceso a las TIC, el cual debe reposar sobre una cuestión central: el desarrollo de una normativa contractual vinculante, con un derecho y con una jurisdicción aplicable.

Este mismo organismo presentó, en el año 2007, un “estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en otros esquemas de integración regional”, en el cual se identifica y escribe el tratamiento que adoptan otros esquemas de integración regional³² respecto de la infraestructura de TIC, comercio y gobierno electrónico, uso de documentos electrónicos y firma digital, brecha digital y la normativa correspondiente.

El mencionado estudio destaca que la CAN se ha esforzado en aumentar el acceso a

las TIC y reducir la brecha digital, sin embargo no ha realizado reglamentaciones específicas sobre temas de gran importancia en el uso de las TIC, tales como: seguridad, firmas digitales, protección de datos, entre otros³³.

Ahora bien, la Sexta Conferencia Especializada Internacional sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)³⁴, aprobó la Resolución N. ° 05 del 8 de febrero de 2002, en la cual recomienda a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos la adopción de regímenes legales sobre documentos y firmas electrónicas compatibles con los instrumentos internacionales, especialmente con las Leyes Modelo elaboradas por CNUDMI en 1996 y 2001.

Es importante resaltar que la delegación de Estados Unidos, como documento de trabajo previo, aportó a la CIDIP-VI, un proyecto de Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas, caracterizado por sus disposiciones predominantemente autorregulatorias para los actores del comercio internacional³⁵.

Respecto al proyecto en mención, la CIDIP-VI manifestó su interés así como recomendó a los países el estudio del mismo para que en el marco de la soberanía estatal consideren su integración como legislación nacional, pero sin definir una posición clara sobre su pertinencia, contenido o aplicación.

La Misión Permanente de Estados Unidos (2004) propuso que la CIDIP-VII, para la que a la fecha del presente documento no se le ha fijado fecha de realización, abordara el estudio del proyecto, sin embargo la Asamblea General de la OEA determinó, mediante Resolución 2217 del 6 de junio de 2006, que los esfuerzos durante la séptima versión de la CIDIP se orientarían a establecer instrumentos unificados en torno a la Protección del Consumidor y a Registros de Garantías Mobiliarias. Con lo anterior, se aleja la posibilidad de encontrar

el apoyo a una propuesta unificada alrededor del valor jurídico de los documentos y firma electrónicos por parte de la Organización de Estados Americanos.

La decisión de la Asamblea General de la OEA se explica si se tiene en cuenta lo expuesto por Hilbert, Bustos y Ferrat (2003) en un informe para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—, en el cual, luego de describir el incipiente estado de desarrollo de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, resaltan que las estrategias nacionales están principalmente orientadas hacia los problemas básicos de infraestructura, en comparación con Europa y Estados Unidos en donde el debate se centra en temas avanzados como la privacidad y confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales.

En consonancia, no sorprende que América Latina y el Caribe centren su desarrollo normativo y de planeación en temas como el acceso y la conectividad a las TIC y sean vistas como políticas para la infraestructura tecnológica, relegando a un segundo plano las políticas orientadas a modificaciones sociales, económicas o jurídicas.

Ahora bien, Iriarte (2003) publica un informe sobre el *Comercio electrónico en América Latina*, en el cual destaca el esfuerzo de algunos Estados en la formulación de políticas, pero expresa que las diferencias entre ellas no favorecen el progreso regional y, por el contrario, estancan los esfuerzos de construir un bloque sólido y unificado.

El mismo autor, en un artículo titulado “Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas”, publicado por el Monitor de Políticas TIC en América Latina y el Caribe en el año 2006; realiza un acercamiento a la situación del comercio electrónico en la región, enumerando y describiendo algunos de los problemas en la

armonización a nivel regional, resaltando la diversidad de inclinaciones que se presentan como un obstáculo para el desarrollo integral del comercio regional.

A su turno, Katz y Hilbert (2003) en un estudio para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL— recomiendan, como un elemento principal para la creación de un marco regulatorio para América Latina y el Caribe, alentar las comunicaciones y transacciones digitales mediante el agotamiento de los debates en torno a temas como la seguridad y confiabilidad, la certificación y los contratos electrónicos, los sistemas de pago electrónico y la protección al consumidor.

Así mismo, del informe se concluye que el marco normativo, esto es la legislación, sobre los ámbitos electrónicos constituyen un área política que debe considerarse al interior de los bloques comerciales, de forma armónica con las tendencias y propuestas mundiales, pues en los casos en los cuales se produzcan efectos comerciales negativos se acude a medidas regulatorias de equivalencia comercial.

Por su parte, Gorena (2004) expone que el incipiente desarrollo en la utilización del comercio electrónico al interior de la Comunidad Andina ha impedido que se dimensione la importancia y los beneficios de esta moderna herramienta. En este sentido, los legisladores han realizado esfuerzos en la búsqueda de respuestas reguladoras al conjunto de problemas del comercio electrónico. La situación de la CAN es “embrionaria” pues, en criterio del autor, no existen disposiciones legales que regulen esta actividad, razón por la cual la situación comunitaria es aún más precaria que la de los países. Continúa el autor explicando que la lamentable situación descrita anteriormente incide en el desaprovechamiento de las posibilidades que ofrece el comercio electrónico para el desarrollo empresarial y económico de la región.

Concluye Gorena (2004) afirmando que el desarrollo de un marco legislativo para el comercio electrónico debe iniciar en el ámbito contractual, esto es con el desarrollo previo de normas jurídicas que regulen la contratación digital y faciliten la identificación de los contratantes, permitiendo el perfeccionamiento y asignando efectos legales a las transacciones por medios electrónicos, en contravía del ambiente legal basado en el papel.

Pero Gorena (2004) va más allá al proponer la creación de una entidad certificadora comunitaria como mecanismo para el desarrollo de un adecuado sistema de acreditación o legalización, que permita el surgimiento de efectos de responsabilidad civil y penal de personas determinadas.

Dreyzin (2005), al analizar quién y cómo se debe reglamentar el comercio electrónico, expone que, a efectos de determinar la “ley” aplicable a las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se generan en este contexto, se han formulado diferentes teorías.

La más primaria de ellas es la argumentación planteada por quienes entienden (por ejemplo, John Barlow) que al no tener dueño, el ciberespacio no queda sujeto a las reglas nacionales que aplican los Estados en sus respectivos territorios. Teoría ya desechada, pues parece olvidar que en estas relaciones jurídicas surgen conflictos que precisan de solución, además, porque esta enunciación torna en utópicos sus fundamentos al separar, de manera tajante, el mundo real del ciberespacio, como si no estuvieran protagonizados ambos por equivalentes actores.

Por otra parte la autorregulación, planteamiento defendido por quienes optan por pensar que la “red” debería estar gobernada por los propios interesados, esto es por los usuarios, justificando su posición en la analogía entre la *lex mercatoria* y la *lex informática*. La autorregulación posee una gran acogida en

las relaciones comerciales B2B³⁶, pero en el actual contexto del comercio electrónico surge la siguiente pregunta: ¿cómo alcanzar consenso entre los millones de usuarios que hoy operan valiéndose de la vía electrónica? Concluye la autora que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco tan heterogéneo, más aún si se tiene en cuenta que la desconfianza y la falta de seguridad y protección al consumidor son dificultades generalizadas en el ámbito del *e-commerce*.

En oposición a lo anterior, surge el Estado como ente regulador, en otras palabras, como sujeto idóneo para asumir la creación de normas jurídicas en función de la legitimidad democrática que los caracteriza tanto para elaborar las reglas como para hacerlas cumplir, bajo la premisa que el ciberespacio no es un lugar nuevo sino, en todo caso, un lente o un filtro a través del cual se mira el mundo.

Concluye Dreyzin (2005), afirmando que cuando los Estados, individualmente considerados, reglamentan el comercio electrónico, tienden a establecer un sistema de normas que atienda una necesidad particular e individual bajo un esquema de espacio-tiempo limitado, dejando de lado la internacionalidad como elemento sustancialmente inherente al fenómeno. Dicho carácter conduce a reflexionar acerca del tratamiento jurídico más conveniente para su regulación.

En este sentido, aunque es importante contar con fuentes nacionales, la metodología apropiada para eliminar la disparidad de los ordenamientos “domésticos” es la unificación normativa, en el entendido que este nuevo marco jurídico reconocerá la vocación internacional y lo cambiante de las situaciones particulares propias del comercio electrónico.

Finalmente, se destaca el trabajo desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional

(2004)³⁷ en la divulgación y fomento de los *e-terms*³⁸ como elemento convencional encaminado a “atacar” el vacío normativo que en algunos países controvierte la validez de los actos y contratos realizados o comunicados por medios electrónicos.

Para concluir con este acápite, se resalta que existen documentos, académicos y políticos, que muestran la necesidad de armonizar o unificar la normativa respecto del entorno digital. Sin embargo, el atraso en infraestructura, equipos, acceso y tecnologías orientan las políticas nacionales hacia temas básicos, alejándose del debate sustancial que se viene dando en Europa y Estados Unidos.

3.2 Desde la perspectiva nacional

Los estudios realizados en el ámbito nacional son, predominantemente, ajustados a las instituciones, principios o normas propias de cada legislación. En este sentido, es preciso destacar algunos planteamientos que puedan proyectar elementos a la investigación, teniendo en cuenta que ésta se orienta hacia el establecimiento de un régimen unificado de contratos electrónicos.

- Bolivia

Los estudios respecto al impacto que recibe el ordenamiento jurídico Boliviano, y en particular la institución contractual por la irrupción de los medios electrónicos, son escasos.

Laguna (2005), en un artículo para la *Revista Informática Alfa Redi*, expone que la celebración de contratos virtuales o electrónicos no es una figura exclusiva del Derecho de Comercio, pues la celebración de “Contratos del Derecho Civil” también se realizan por los medios virtuales, como es el caso de la adquisición de bienes o de servicios para uso doméstico o personal. Continúa Laguna expresando que si bien el uso de la

telecomunicación no transforma el Derecho Civil, el adecuar la doctrina a este tipo de relación contractual implica, como elemento necesario, el “bosquejar” nuevos conceptos relativos al contrato virtual desde la perspectiva del Derecho Civil.

Para este efecto, el autor se centra en los principios de la LMCE tales como, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. Concluye Laguna destacando la necesidad de establecer un marco jurídico propio para Bolivia, con el cual se irradien de eficacia, eficiencia, oportunidad y economía las relaciones contractuales.

Por otra parte, Jijena (2006) estudia el contenido y alcance de un proyecto de Ley de Comunicación electrónica de datos, firmas electrónicas y comercio electrónico para Bolivia, con base en los trabajos preliminares del mismo, resumiendo sus objetivos de la siguiente forma: *i)* regular los documentos y/o mensajes soportados electrónicamente, tanto públicos como privados, que dejen constancia del otorgamiento o la celebración de actos o contratos de cualquier naturaleza; *ii)* el uso en ellos de mecanismos de firma electrónica; *iii)* el valor legal y probatorio de los documentos firmados electrónicamente; *iv)* los requisitos para su almacenamiento en repositorios, y *v)* los requisitos, obligaciones y responsabilidades de las entidades certificadoras privadas (empresas) o públicas (servicios) que autenticuen la identidad electrónica de los signatarios y, previa y obligatoriamente acreditadas ante una entidad fiscalizadora o por la ley —como ocurre con los servicios públicos—, presten servicios de certificación electrónica.

- Colombia

En el entorno colombiano se destaca el trabajo realizado por Rincón Cárdenas, que podemos ilustrar de la siguiente manera:

- En el artículo encabezado “Últimos retos para el derecho privado:

las nuevas tecnologías de la información” (2004), aborda algunos de los principios de la contratación electrónica en Colombia así como el estudio de la influencia de las TIC en algunos sectores, como el bancario. Igualmente, estudia las repercusiones en torno de la propiedad intelectual en el uso de medios electrónicos. Respecto del tema objeto de estudio en la investigación propuesta, propone “actualizar” los conceptos tradicionales que describen la validez de los contratos (entre ellos, la capacidad de los contratantes y la causa de los contratos) para “sintonizarlos” con las novedades que traen consigo las TIC. En particular, aboga por la concreción de normas comunitarias o internacionales aplicables a la contratación electrónica, que se adecúen a las reglas de la Organización Mundial del Comercio y, a su vez, a normas de propiedad intelectual y respeto a la privacidad y seguridad de las operaciones.

- El libro titulado *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet* (2006a) realiza un acercamiento a los conceptos y principios básicos de los negocios jurídicos realizados mediante canales o medios electrónicos. Aunque el texto no pretende sentar bases teóricas, constituye un referente de la concepción actual de la contratación electrónica en Colombia.
- Finalmente, Rincón dirigió la edición de un libro de varios autores denominado *Contratación Electrónica* (2006b), del cual se destacan los siguientes referentes:
 - a. Umaña (2006), en un capítulo denominado “Contratación elec-

trónica internacional”, sostiene, luego de estudiar algunos instrumentos internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, a la luz de la contratación electrónica, que los mecanismos tradicionales de regulación no son apropiados para la contratación por medios electrónicos. Por el contrario, se ha creado una *lex electrónica* como una “normativa” supranacional, compuesta por un conjunto de principios, que no poseen un origen estatal, cuya aplicación depende de la autonomía de las partes o de las prácticas internacionales³⁹. A este cuerpo normativo se integrarían, también, los usos y prácticas del comercio electrónico internacional. Así como las decisiones jurisprudenciales que sobre el mismo se profieran.

Concluye Umaña, resaltando que la autonomía de la voluntad privada es el mecanismo de regulación, que cuenta con los mejores elementos para enfrentarse a los retos que trae consigo la contratación por medios electrónicos.

- b. Rodríguez (2006) estudia diversos aspectos de la contratación electrónica en el ámbito bancario, principalmente en el estudio de los contratos que se pueden celebrar por medios electrónicos, algunos de los cuales también se pueden ejecutar por dichos medios.

Así mismo, recoge en tres grupos los riesgos de realizar operaciones

bancarias o comerciales por medios electrónicos, a saber: *i)* los *riesgos operacionales*, entendiéndose como los riesgos de seguridad interna y externa, el empleo inadecuado del sistema o la comisión de errores en el mismo; *ii)* los *riesgos de reputación*, referentes a la imagen o proyección de la entidad pues, al penetrar en el medio electrónico, encontrarán clientes más exigentes, para lo cual la entidad debe contar con un alto grado de conocimiento y confiabilidad, y *iii)* el *riesgo legal*, generado en el vacío o las lagunas de la actual regulación, dentro de las cuales resalta la compleja definición de la ubicación geográfica de las operaciones.

Ahora bien, Remolina (2006), investigador y director del Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI) de la Universidad de los Andes, al estudiar los aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica, concluye que el uso de las tecnologías no significa que los fundamentos tradicionales de la contratación hayan desaparecido sino que, por el contrario, los principios jurídicos que rigen la formación de los actos y contratos continúan teniendo aplicación en el contexto de la contratación a través de las TIC.

En ese sentido, los elementos esenciales del negocio jurídico no deben modificarse cuando el contrato se perfecciona por vía electrónica, ya que se trata sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial⁴⁰.

Como elemento característico del escrito, se destaca que Remolina (2006) incluye dentro

de los preceptos esenciales de la contratación electrónica algunos de los principios incorporados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT– (2004)⁴¹, algunos de los cuales se encuentran a su vez recogidos en el ordenamiento colombiano en el Código de Comercio y el Código Civil, tales como: *i)* Principio de libertad de contratación bajo el cual, las partes “son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido” (UNIDROIT, 2004, Art. 1.1; Código Civil, Art. 16 y 1602; Código de Comercio, Art. 4)⁴²; *ii)* Principio de libertad de forma o de consensualidad, según el cual, y salvo norma expresa en contrario, el contrato se puede probar por cualquier medio y para la realización de un acto, declaración o acuerdo no es necesario recurrir a una solemnidad particular (UNIDROIT, 2004, Art. 1.2; Código de Comercio, Art. 824)⁴³; *iii)* Principio de la buena fe, que impone a las partes la obligación de actuar de manera leal en la actividad comercial (UNIDROIT, 2004, Art. 1.7; Constitución política de Colombia, Art. 83; Código Civil, Art. 769; Código de Comercio, Art. 871)⁴⁴; *iv)* Principio de comportamiento incoherente, según el cual “una parte no puede actuar en incoherencia con una creencia que ella ha causado a la otra y según la cual esa otra parte ha actuado en su detrimento, fiándose razonablemente y en su desventaja” (UNIDROIT, 2004, Art. 1.8), y, finalmente, *v)* Principio de los usos y prácticas, que obliga a las partes a respetar cualquier uso en que hayan convenido o cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (UNIDROIT, 2004, Art. 1.9).

Finalmente, Espinosa (2007) analiza la incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano, argumentando que la Ley 527 de 1999 no deroga ni modifica los presupuestos de existencia de los contratos (Código de Comercio, Art. 898), estas son las solemnidades sustanciales y los elementos esenciales.

Para el autor, la ley cumplió la función de “ampliar el elenco de oportunidades, medios

o alternativas de proposición y conclusión de contratos mercantiles”. Así mismo, expone que el sistema jurídico colombiano se orienta al entendimiento del contrato como manifestación relevante de la voluntad de las partes, dando pleno respaldo a sus declaraciones, así como a su libertad de acogerse o no al uso de los medios electrónicos como vehículo de expresión de las mismas.

Concluye, afirmando que en las declaraciones negociales, la ley opta por “presumir” que las partes, si acceden al uso de medios electrónicos, tácitamente han convalidado dichos medios ya que las releva de hacer cualquier clase de declaración previa sobre su empleo en dichas relaciones, por el contrario, lo que exige es manifestación o “acuerdo expreso entre las partes”, para que no intervenga en la formación del contrato el empleo de los medios electrónicos a que dicha ley se refiere.

El mismo autor publica un libro titulado: *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado* (2008), en el cual destaca que la forma y perfeccionamiento del contrato han sumado a sus elementos clásicos o tradicionales, aquellos que implica el haber incorporado a su sistema jurídico interno o local la LMCE.

A su vez, resalta que la exigencia del “papel” por la sola “cultura del papel” es un obstáculo jurídico destinado a la extinción o expulsión de los ordenamientos locales, para que se “oxigene” el esquema contractual con mecanismos de flexibilización mediante la incorporación de principios como el de la equivalencia funcional, el de la neutralidad tecnológica y con dispositivos como el de la firma electrónica reconocida, con el mismo valor de la firma manuscrita, y la extensión de ésta a escenarios como el de la función notarial, de tal suerte que el contrato, en su gestación,

cumplimiento o ejecución, pueda “respirar” en un entorno altamente tecnológico o digital.

Para Espinosa (2008), la construcción de los medios o instrumentos que permitan establecer las relaciones entre lo particular y lo global implican la búsqueda de valores universales o de categorías o proposiciones que acerquen dichos escenarios, como lo es el principio de libertad de forma de los contratos, sobre el cual pueden construirse marcos jurídicos que armonicen las normas locales con las normas supranacionales sobre formación contractual.

Continúa el autor exponiendo que es preciso realizar una labor armonizadora y unificadora como desafío de los sistemas jurídicos latinoamericanos, con el fin de adaptar sus ordenamientos internos a los modernos modelos de formación contractual a través de medios electrónicos, atacando los obstáculos formales de existencia de los contratos y documentos basados en el clásico soporte papel. Para Espinosa, es preciso encauzar los esfuerzos para conciliar las exigencias tradicionales frente a los equivalentes funcionales fundados en las técnicas electrónicas, pues el futuro:

“está en la integración regional a la actual sociedad global del conocimiento que incluye la inserción de la formación del contrato en un entorno digital, rompiendo la inseguridad en el régimen jurídico aplicable”.

El documento (Espinosa, 2008) realiza un amplio estudio en derecho comparado de la institución contractual colombiana en contraste con las normas de la Unión Europea, y especialmente con la normatividad española, en dicho campo, presentado un ejemplo valioso de armonización y unificación, que ha de ser tenido en cuenta en el caso andino.

Finalmente, desde el ámbito gubernamental es necesario resaltar el Plan Nacional

de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –PLANTIC–, desarrollado por el Departamento Nacional de Planeación (2008) en el cual se formulan una serie de políticas, acciones y proyectos en ocho ejes principales, cuatro transversales y cuatro verticales, a saber: *los ejes transversales* (se tratan de aspectos de alto impacto sobre los distintos sectores de la sociedad): 1) Comunidad, 2) Marco regulatorio, 3) Investigación, desarrollo e innovación, y 4) Gobierno en Línea. *Los ejes verticales* (son programas para la mejor aplicación de las TIC en sectores prioritarios) 1) Educación, 2) Salud, 3) Justicia, y 4) Competitividad empresarial.

El PLANTIC destaca la promulgación de una normatividad sobre comercio electrónico y certificación digital (Ley 527 de 1999 y Decreto 1747 de 2000), con la cual se ha buscado que estas herramientas se usen en estas unidades productivas, pero se muestra consciente que el comercio electrónico y los servicios financieros en línea no se encuentran tan desarrollados en el país.

En consecuencia, plantea como objetivo del PLANTIC el fomento del comercio electrónico en el país a través de incentivos y de la acción coordinada de entidades que lo fomentan, tanto públicas como privadas, que incluya, entre otros, la factura electrónica, la identidad digital y los certificados digitales.

- Perú

La Comisión Multisectorial para masificar el uso de Internet (2001) desarrolló un estudio con el fin de evaluar la situación del Perú respecto de la Sociedad de la Información y plantear líneas de acción que permitan un impulso eficaz del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. En lo atinente al comercio electrónico, expone que el Perú enfrenta dos problemas significativos, a saber: *i)* la falta de adaptación a nuevas tecnologías, y *ii)* la falta de capacidad instalada. Así mismo, explica que la situación económica recesiva del país ha

limitado o reducido el crecimiento del comercio electrónico. Por otra parte, la población presenta “reticencias” a realizar transacciones en línea, pues la preocupación por la seguridad de los medios de pago es generalizada.

En contraste de lo anterior, se planteó, además de diversos mecanismos de difusión de las ventajas del comercio electrónico, recurrir a las entidades certificadoras para que se divulguen los protocolos de seguridad electrónica, principalmente en los medios de pago, así como la implementación de la “Cámara de Compensación Electrónica”, con el fin de integrar el sistema financiero mediante una red interbancaria de tal manera que puedan efectuarse transferencias electrónicas de fondos entre diversas instituciones financieras y, finalmente, promover un marco jurídico que permita el empleo de documentos electrónicos con mayor eficiencia y validez, entre ellos los comprobantes de pago electrónicos, que deberán de ser reconocidos por la entidad tributaria.

Así mismo, la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (2005) desarrolló la estrategia nacional de gobierno electrónico, de la cual se resalta el objetivo de adecuar los procesos de la Administración Pública a los cambios tecnológicos que operan en la sociedad, con el fin de hacerlos más eficientes, transparentes y con enfoque al usuario, lo cual implica una interacción A2B y A2C, mediante la creación de normas y el desarrollo de proyectos que propicien la integración de sistemas de información del Estado, para mejorar la atención a los ciudadanos y ampliar su cobertura.

Finalmente, la mencionada Comisión Multisectorial para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (2005) publicó el “Plan de desarrollo de la sociedad de la información en el Perú” en el cual el país se propone “desarrollar el sector social del Perú garantizando el acceso a servicios sociales de calidad, promoviendo nuevas formas de trabajo digno, incentivando

la investigación científica e innovación tecnológica, así como asegurando la inclusión social y el ejercicio pleno de la ciudadanía”, por medio de la promoción y difusión de nuevas formas de generación de empleo mediante el uso de las TIC, tales como, el teletrabajo, el comercio electrónico, entre otras.

De lo anterior se evidencia el compromiso gubernamental de fomentar el acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, se extraña un pronunciamiento acerca de la relación normativa y comercial con los países miembros de la Comunidad Andina.

Conclusiones

El derecho, en su función reguladora de las relaciones sociales encaminada al mantenimiento de la convivencia dentro de la comunidad, es un elemento determinante dentro de la Sociedad de la Información. Sin embargo, la dinamicidad y especialidad de las manifestaciones que traen consigo las tecnologías de la información y las comunicaciones, obligan al operador jurídico a formular políticas y normas que contrarresten las inquietudes y vicisitudes que minan la seguridad jurídica de los ordenamientos jurídicos.

La labor de UNICTRAL, mediante la formulación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, ha sido fundamental en los últimos años. A nivel andino, los países han declarado abiertamente su compromiso de constituir como objetivos comunes el garantizar el acceso de la población a los servicios de telecomunicaciones y establecer normas que doten de seguridad las diferentes fases de las operaciones comerciales que utilizan recursos electrónicos.

Sin embargo, la situación comunitaria no es alentadora. En primer lugar, a pesar de que la mayoría de los países miembros poseen reglamentación vigente sobre el tema (la Ley

aprobada para tal fin en Bolivia está, a la fecha, pendiente de sanción y promulgación), las tendencias, orientaciones y disposiciones son divergentes, creando la existencia de una “inseguridad jurídica” en el tema.

Por otra parte, tal y como se puede comprobar en los estudios nacionales, la regulación estatal acusa el problema de establecer un sistema de *normas* que atienda una necesidad particular e individual, una necesidad nacional, bajo un esquema de espacio-tiempo limitado, dejando de lado la internacionalidad, como elemento sustancial y característica inherente al comercio electrónico.

De acuerdo con lo anterior, el carácter internacional conduce a formular un tratamiento jurídico más conveniente, que elimine la disparidad de los ordenamientos nacionales a través de la armonización o la unificación normativa, en el entendido que este nuevo marco jurídico reconocerá la vocación internacional y lo cambiante de las situaciones particulares propias del comercio electrónico.

Así mismo, las dificultades y obstáculos, en términos de comercio electrónico en la región incluyen temas políticos, técnicos y jurídicos, sin embargo, para efectos de la investigación propuesta se abordarán, con mayor profundidad, los problemas legales, dentro de los cuales se evidencia la necesidad de establecer un marco jurídico armónico, claro, sencillo y compatible con las normas vigentes a escala internacional, siguiendo el ejemplo de la Unión Europea, caracterizado por proponer herramientas de protección al consumidor, de seguridad en las transacciones, no discriminatorio, que fomente la expansión del acceso a las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, en pocas palabras, un derecho y una jurisdicción aplicable de forma unificada.

Ahora bien, la cuestión del derecho aplicable a las diferentes relaciones jurídicas en el entorno electrónico no es nueva, es

más, presenta ya diferentes teorías o posturas que oscilan entre la *no regulación* y la *estatización del derecho electrónico*, pasando por tendencias como la *autorregulación*, y la *internacionalización de las normas*, siendo estas últimas dos las más sustentadas.

Respecto de la autorregulación, como mecanismo de normalización del comercio electrónico, se plantea la dificultad de lograr una forma generalizada en un marco tan heterogéneo, además porque no “combate” la desconfianza, la falta de seguridad y protección al consumidor como dificultades inherentes al *e-commerce* en el ambiente comunitario.

Pero no todos los postulados de quienes defienden la *autorregulación* son criticables, por el contrario, no queda más que destacar y reiterar que las instituciones legales, especialmente en el ámbito mercantil, encuentran su origen en los usos y prácticas de los comerciantes, el legislador debe concentrarse en dotar de estabilidad, certeza y generalidad las bases dictadas por la praxis social.

La “búsqueda” de una normatividad andina común, respecto de la contratación por medios electrónicos, parece haberse quedado en pronunciamientos, políticas, objetivos o finalidades, pues a pesar del esfuerzo que, desde la Conferencia Especializada Internacional sobre Derecho Internacional Privado –CIDIP–, ha realizado la Organización de Estados Americanos, y algunas misiones permanentes para este organismo, el incipiente estado de desarrollo tecnológico en América Latina y el Caribe obliga a las políticas estatales a decaer u ocuparse en los problemas básicos de infraestructura, en oposición al debate que, principalmente en Europa y Estados Unidos, se ha centrado en temas avanzados como la privacidad y confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales.

Por otra parte, diversos autores resaltan la necesidad de armonizar o unificar la

normativa respecto del entorno digital, de establecer principios y medidas que permitan dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones electrónicas, en otras palabras, es preciso encauzar los esfuerzos para conciliar las exigencias tradicionales frente a los equivalentes funcionales fundados en las técnicas electrónicas, porque el futuro está en la “integración regional” al amparo de la actual sociedad global del conocimiento.

Sin embargo, es evidente que no se han determinado los *elementos normativos* que posibiliten la unificación a nivel de la Comunidad Andina, como un mecanismo de competitividad al interior de la comunidad económica mundial.

La necesidad actual de América Latina, obviamente, no se restringe a los cuatro países miembros de la CAN, por lo que es preciso ser conscientes de una eventual globalización jurídica, razón por la cual el diseño de *normas* tiene que realizarse dentro de parámetros y principios que permitan su posterior compatibilización, de tal forma que, en el futuro, se pueda contar con una regulación *suramericana* (con la unión de la CAN y el Mercosur) del comercio electrónico con base en la convergencia normativa de estos dos procesos de integración.

Notas

¹ Para Gómez Segade, caracterizar al comercio electrónico como la realización electrónica de transacciones comerciales no representa novedad y mucho menos modernidad, pues desde hace ya más de 25 años las entidades financieras realizan intercambios de información por medios electrónicos, en lo que el autor denomina el comercio electrónico embrionario (limitado a las relaciones B2B, esto es entre empresarios). Continúa Gómez argumentando que lo característico del comercio electrónico moderno es la existencia de una infraestructura mundial de tecnologías

que permite la vinculación a la red de múltiples actores, lo que permite un ambiente fluido y altamente variado, pues permite tanto la realización de transacciones comerciales, como el desarrollo de actividades anteriores o posteriores al negocio jurídico, tales como la publicidad, la búsqueda de información, la oferta, la atención posventa, entre otras. (Gómez, 2001, págs. 25 a 28). Por otra parte, el literal b) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, la cual publicada el 21 de agosto de 1999 en el Diario Oficial N.º 43.673, expone que el comercio electrónico comprende las “cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar”. Sobre la noción y antecedentes del concepto de “comercio electrónico” ver también: (Sandoval, 2003, págs. 15 a 20; Lorenzetti, 2003, págs. 68 a 69).

² Para Galgano (2005, págs. 105 a 112), las concepciones clásicas del derecho no ubican al contrato entre las fuentes normativas. Sin embargo, continuar concibiendo el contrato como mera aplicación del derecho, y no como una fuente del nuevo derecho, implica no comprender de qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo. “Las diversas autodisciplinas contractuales, a las que la ley hace referencia cada vez con mayor frecuencia, defienden una serie importante de intereses generales. Éste es el caso de los códigos de comportamiento, o deontológicos, redactados por asociaciones de categorías o por sociedades de gestión de mercados reglamentados, receptados por el nuevo artículo 2387 del código civil (italiano)”.

El artículo 2387 del nuevo Código Civil Italiano, en su parte pertinente, expresa que los estatutos (de la sociedad anónima) podrán formular las exigencias de honorabilidad, profesionalidad y la independencia del

administrador para la celebración de contratos, también, con referencia a estos requisitos, podrá resguardarse en los códigos de conducta elaborados por asociaciones comerciales o por las sociedades de gestión de los mercados regulados. “*Lo statuto può subordinare l’assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati*”.

³ Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement (URGETS).

⁴ Para los efectos de este trabajo, las expresiones *e-business* y *e-commerce* son equivalentes al término ‘comercio electrónico’.

⁵ Sobre la seguridad jurídica, se han planteado diversas definiciones que se encuentran altamente ligadas a la línea de pensamiento de cada autor o filósofo del Derecho. Por ejemplo, para Radbruch (1947, pág. 40), la seguridad jurídica es conferida por el Derecho mismo, al garantizar la vida y bienes de las personas, siempre que se sujete a cuatro condiciones a saber: *i*) que el Derecho se halle estatuido en leyes; *ii*) que el Derecho se base en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez; *iii*) que los hechos en que se basa el Derecho sean practicables, y *iv*) finalmente, el Derecho no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes. Es evidente que la definición de ‘seguridad jurídica’, formulada por el autor reseñado, está relacionada con una tendencia marcadamente formalista del Derecho.

Para Kelsen (1995, pág. 260), el principio de seguridad jurídica deriva en la previsibilidad de las decisiones de los tribunales, que sirve a los destinatarios del derecho para orientar su comportamiento. En este mismo sentido, Corte Constitucional (Cifuentes, Martínez y Naranjo, 1995, A.V. C-194 Mag).

Ahora bien, para la Corte Constitucional Colombiana, el principio de seguridad jurídica implica, entre otras, formas o efectos, la confianza del conglomerado social en lo resuelto, sin que surjan nuevas acciones que provoquen la indefinida reanudación de procesos. Ver: Corte Constitucional (1992, C-543; 2001, SU-014).

⁶ El concepto de “*lex retialis*” es apropiado de Olivera (2008, pág. 8) quien lo utiliza como recurso metodológico para hacer referencia al nuevo derecho de carácter global (“ley de la red”) que, al estilo de la *lex mercatoria*, busca el ordenamiento de la Sociedad de la Información.

⁷ El Grupo de trabajo IV de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), encargado específicamente de los aspectos relativos al comercio electrónico, ha realizado diversas sesiones de trabajo, de las cuales han publicado diferentes evidencias y documentos de estudio disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working-groups/4/Electronic_Commerce.html

⁸ En este punto se hace referencia a la Ley del Estado de Utah sobre Firma Digital (“Utah Digital Signature Act”, del 1 de mayo de 1995), la cual está estrechamente vinculada con la Guía de Firma Digital (Digital Signature Guidelines), publicada en octubre de 1995 por The American Bar Association’s Information Security Committee (Comité de la ABA Science and Technology section).

⁹ El Centro de Promoción Bolivia (CEPROBOL), institución que adelanta el Programa Boliviano de Comercio Electrónico, presta asesoría a las empresas para la implementación de medios electrónicos en el desarrollo de su objeto social propio, así como un seguimiento a la normatividad sobre la materia, en donde se constata que, a la fecha de presentación de este documento, existe normatividad *aprobada* por el H. Congreso

Nacional de Bolivia, más no hay registro de haber sido sancionada o promulgada. El proyecto se denominó: “Ley de documentos, firmas y comercio electrónico” (Proyecto de Ley N.º 080 de 2007). De acuerdo con lo anterior, y dados los procedimientos para la expedición de leyes, es válido afirmar que a la fecha de este documento el proyecto se encuentra en trámite. La última consulta a CEPROBOL se realizó el día 25 de enero de 2009, y la última actualización existente respecto del proyecto de ley en mención es del mes de marzo de 2008. Así mismo, se consultó la página web del H. Congreso Nacional de Bolivia (www.congreso.gov.bo) y no se encontró registro sobre el mismo.

La normatividad Boliviana sobre el descriptor “comercio electrónico” hace referencia a la creación de la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia (ADSIB) en el año 2002 (Decreto Supremo 26553), así como a la regulación de los nombres de dominio (Decreto Supremo 26624) del mismo año.

¹⁰ Sobre el nuevo concepto de documento desde la perspectiva de los medios electrónicos: Vid. Espinosa Quintero (2008).

¹¹ Siguiendo lo expresado por Bulla Quintana (2008, pág. 232), investigar es la actividad encaminada al descubrimiento de conocimientos nuevos en el campo de las ciencias, de las artes y de las letras. La actividad investigativa es el trabajo que se realiza para descubrir algo que no se conocía. Considera la investigación en un doble sentido: *i*) amplio, cuando se dirige a realidades ya conocidas, ya sea para conocerlas mejor o para interpretarlas u organizarlas en una forma novedosa; *ii*) estricto, cuando descubre realidades, relaciones o procesos nuevos.

¹² A la fecha, la Comunidad Andina está conformada, únicamente, por cuatro países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), cinco países asociados (Argentina,

Chile, Brasil, Paraguay y Uruguay) y dos países observadores (México y Panamá). La calidad de país asociado se determina mediante Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y concede al país beneficiario la posibilidad de intervenir en las reuniones de los órganos comunitarios y, en el caso de Chile, establecer comisiones de trabajo conjunto en temas de mutuo interés para lograr acuerdos de normatividad común.

Venezuela denunció oficialmente el Tratado de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena) el 22 de abril de 2006.

¹³ Para Illescas y Perales (2003, pág. 28), la corriente de internacionalización logra la conformación de un Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), entendido como un conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas. Así mismo, señalan que existen otras denominaciones no tan acertadas para este conjunto de normas como derecho mercantil internacional, derecho comercial internacional, derecho del comercio internacional o *lex mercatoria*. Ver también: (Fernández, 2007, págs. 45 a 49; Oviedo, 2001)

¹⁴ Para Bulla Quintana (2008, págs. 248 a 250) la comprobación mediante procedimientos inductivos acarrea cuatro etapas a saber: *i*) la observación de los hechos y fenómenos particulares; *ii*) la hipótesis o explicación provisional de un hecho; *iii*) la experimentación o verificación de la hipótesis; y *iv*) la generalización de la hipótesis comprobada.

¹⁵ La presente investigación se vale de la razón, mas no de la experimentación, y pretende la formulación de conclusiones dependientes de un análisis lógico-racional.

¹⁶ Los argumentos de autoridad, en oposición al método científico, se fundan en el valor intelectual o moral de quien algo sostiene.

¹⁷ El método de investigación, o heurístico, propende buscar, inventar o hallar lo que se desconoce.

¹⁸ Herrera (2006) explica que las fuentes de conocimiento son todo el material que puede ser objeto del análisis y del cual se puede extraer información jurídicamente relevante desde el punto de vista científico. Son materiales que entregan al investigador información sobre hechos jurídicos relevantes. En particular enuncia las siguientes: normas jurídicas, sentencias, opiniones de la doctrina, conductas, formas de lenguaje, estadísticas, registros, mapas, fórmulas, documentos, etc.

¹⁹ La crítica externa de las fuentes está encaminada a verificar la autenticidad o validez de los documentos, es un examen formal de la fuente de contenido. Por su parte, la crítica interna de las fuentes se orienta a determinar el significado y la confiabilidad de los datos que contiene el documento, es un estudio sustancial o material de la información.

²⁰ La interdisciplinariedad nace como reacción ante la excesiva especialización de las ciencias, y se inspira en la articulación de las disciplinas particulares y de los diversos sectores de afinidad, para que en una síntesis conciliatoria se articulen las disposiciones curriculares y los esfuerzos de investigación de tal forma que se formulen mejores y más armónicas soluciones a los problemas que se plantean en el mundo moderno.

Sobre el análisis de la palabra ‘interdisciplinariedad’, así como sus modalidades: Vid. Borrero (1984, págs. 68 a 72) y Torres (1994, pág. 65).

En este estudio, Borrero expone que el concepto de interdisciplinariedad da cuenta de dos “formas falsas” de presentación, estas son: *i*) la multidisciplinariedad (definida como la yuxtaposición, sin articulación ni relación, de diversas disciplinas), y *ii*) la pluridisciplinariedad (entendida como una forma de multidisciplinariedad, que se

caracteriza porque una disciplina sobresale entre las demás).

De lo anterior se puede colegir que, el concepto de interdisciplinariedad, no se limita a una yuxtaposición de ciencias, sino que por el contrario requiere, inevitablemente, la relación armónica de contenidos, métodos y conclusiones de las demás ciencias.

²¹ Sobre la importancia de la empresa en el mundo globalizado: Vid. Galgano (2005, pág. 35), Fernández Rozas (2007, pág. 28), Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología (2008).

²² El término ventajas cooperativas se extracta de la propuesta de Vessuri (2008, pág. 80 a 84), quien, respecto de las Tendencias de la Educación Superior, afirma que debido a la digitalización, las nuevas tecnologías, la globalización, ha surgido la investigación y la innovación en cooperación, que ya genera, organiza y usa el conocimiento en una cantidad de formas nuevas. Continúa Vessuri afirmando que las ventajas cooperativas se están convirtiendo en un componente fundamental en un mundo que cada vez está más interconectado.

Por su parte, Zarur Miranda (2008, pág. 231), expone que para las personas que trabajan en el ámbito académico, educativo y universitario es claro que la mejor manera de actuar es mediante la creación de redes, pues es preciso juntar las fortalezas de cada institución para superar las debilidades.

²³ Vid. Moncayo (2004, pág. 132) y Galgano (2005, pág. 35)

²⁴ La Ley 527 del 21 de agosto de 1999 se publicó en el *Diario Oficial* No. 43.673 del 21 de agosto de 1999.

²⁵ El Decreto 1747 del 11 de septiembre de 2000 se publicó en el *Diario Oficial* No. 44.160 del 14 de septiembre de 2000.

²⁶ Esta ley se publicó en el *Registro Oficial* Suplemento No. 557 del 17 de abril del 2002.

²⁷ Este decreto se publicó en el *Registro Oficial* Suplemento No. 735 del 31 de diciembre del 2002.

²⁸ La Ley No. 27269 publicada en el diario oficial *El Peruano* del día 28 de mayo de 2000.

²⁹ La modificación al Código Civil incorpora la posibilidad de realizar manifestaciones de voluntad expresa mediante un medio electrónico o cualquier otro análogo. Así mismo, se consagra que cualquier exigencia legal de formalidad puede satisfacerse a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

La Ley No. 27291, publicada en el diario oficial *El Peruano* del día 17 de junio de 2000.

³⁰ La *Revista de la Contratación Electrónica*, publicada por la Editorial EDICIP (Madrid, España) posee como materia de estudio la contratación informática y el comercio electrónico. Disponible en: [http://v2.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente_59].

³¹ La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) es un organismo de integración económica intergubernamental de América Latina, creado mediante el Tratado de Montevideo suscrito el día 12 de agosto de 1980, y al cual pertenecen Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Más información: [<http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/inicio2004>].

³² El documento estudia, entre otros, los siguientes bloques de integración regional: NAFTA (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México), CAFTA-DR (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana), CARICOM (Comunidad del Caribe), CAN (Comunidad Andina), MERCOSUR (Mercado Común del Sur), UE (Unión Europea), ECOWAS (Comunidad Económica de Estados de África Occidental), ASEAN (Asociación de Naciones del Sureste Asiático).

³³ El estudio (ALADI, 2007) resalta la necesidad de implementar programas de promoción en el uso de TIC en los siguientes sectores: empresarial, educación y gubernamental. Así mismo, se recomienda la creación de Agendas de Conectividad comunes con el fin de lograr la integración de los países en el sector telecomunicaciones.

³⁴ La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado son convocadas por la Organización de Estados Americanos (OEA) por medio de la Secretaría de Asuntos Jurídicos con el fin de ayudar y apoyar la armonización y codificación del Derecho Internacional Privado en el Hemisferio Occidental. Más información: [http://www.oas.org/DIL/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm].

³⁵ Según lo planteado por Dreyzin (2005), la autorregulación es defendida por aquellos que consideran que la red debería estar gobernada por los propios usuarios. Sobre este particular, continúa la autora afirmando que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco tan heterogéneo, más aún si se tiene en cuenta que la desconfianza y la falta de seguridad y protección al consumidor son dificultades generalizadas en el ámbito del *e-commerce*.

³⁶ En la actualidad, el comercio electrónico no se restringe a tratos entre comerciantes sino que, por el contrario, se extiende a una gran variedad de relaciones jurídicas. La forma tradicional de clasificar el comercio electrónico, según los agentes que intervienen en el mismo, implica asignar letras a cada una de las partes (Administración –A–, las empresas –B– y los consumidores –C–), extractando una amplia gama de posibilidades, a saber: A2A, A2B, A2C, B2B, C2C.

³⁷ La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una organización empresarial con

personalidad jurídica propia y naturaleza asociativa, que representa mundialmente los intereses empresariales, se constituyó en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa. Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, así mismo, defiende la globalización de la economía como una fuerza para el crecimiento económico, la creación de trabajo y la prosperidad, en tanto las economías nacionales son cada vez más interdependientes, y por ello, las decisiones gubernamentales tienen repercusiones internacionales más fuertes que en el pasado. Más información en: <http://www.iccwbo.org/>

³⁸ Los *e-terms* publicados por la CCI en el año 2004 poseen el siguiente tenor:

A. Article 1 - E-commerce agreement

The parties agree:

1.1 that the use of electronic messages shall create valid and enforceable rights and obligations between them; and

1.2 that to the extent permitted under the applicable law, electronic messages shall be admissible as evidence, provided that such electronic messages are sent to addresses and in formats, if any, designated either expressly or implicitly by the addressee; and

1.3 not to challenge the validity of any communication or agreement between them solely on the ground of the use of electronic means, whether or not such use was reviewed by any natural person.

A. Article 2 - Dispatch and Receipt

2.1 An electronic message is deemed to be:

(a) dispatched or sent when it enters an information system outside the control of the sender; and

(b) received at the time when it enters an information system designated by the addressee.

2.2 When an electronic message is sent to an information system other than that designated by the addressee, the electronic message is deemed to be received at the time when the addressee becomes aware of the message.

2.3 For the purpose of this contract, an electronic message is deemed to be dispatched or sent at the place where the sender has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business”.

³⁹ Es evidente que Umaña manifiesta una clara tendencia autorregulatoria, en términos similares a los señalados por Dreyzin (2005) para esta teoría.

⁴⁰ En ese mismo sentido: Menéndez (2005).

⁴¹ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, creada con el objetivo de estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar las legislaciones privadas y, en particular, el derecho comercial entre los Estados y grupos de Estados, con el fin de lograr una normatividad de derecho privado uniforme. En Colombia los estatutos de la UNIDROIT se incorporaron a su sistema jurídico mediante la Ley 32 de 1992.

⁴² Sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual: Oviedo (2008, págs. 93-94; 2005, pág. 28); Espinosa (2008, pág. 204); Gual (2008, págs. 218-222); De Miguel (2007, pág. 247); Pájaro (2006, págs. 52-53); Castellanos (2006, págs. 56-57); López (2006, págs. 119-122); Galgano (2005, págs. 64-81); Chuliá (2005, págs. 79-80); Fernández (2003, pág. 11); Noguera (2002, pág. 217); Ravassa (2002, pág. 276); Emiliani (2001, pág. 59); Corte Constitucional (2000, C-529); Bobbio (1997, pág. 69); Reale (1982, pág. 137)

⁴³ Respecto del principio de consensualidad, Ver: Espinosa (2008, pág. 215); Emiliani (2001, pág. 61); Corte Suprema de Justicia (2000, sala de casación civil, Ex pág. 5397; 1981, sala de casación civil, GJ N. ° 2407).

⁴⁴ Sobre el principio de buena fe contractual: Solarte (2008, pág. 114); Estigarribia (2008, pág. 211); Industria y Comercio (2003); Valencia (1981, pág. 196); Suescún Melo, J. (1996, pág. 18); Corte Constitucional (1994, C-544; 1995, C-540; 2002, C-423; 1996, C-253).

⁴⁵ Sobre este particular, se rescata que el Decreto 1929 de 2007 faculta a los empresarios a expedir la factura electrónica como un documento equivalente a la factura física, que soporta transacciones de venta de bienes y que para efectos fiscales debe ser expedida, entregada, aceptada y conservada por y en medios y formatos electrónicos. Así mismo, el 17 de junio de 2008 el legislador colombiano, mediante la Ley 1231 de julio de 2008, desarrolla un marco normativo para la factura como título valor, incluida la factura electrónica, para lo cual delega en el Gobierno su reglamentación. Más información ver: Ríos (2007).

Referencias

- Araoz M. & Van Ginhoven, S. (2001) *Preparación de los países andinos para integrar las redes de tecnologías de la información*. Universidad del Pacífico. [Disponible en: http://74.125.47.132/search?q=cache:SKWlwa4ySKAJ:www.cid.harvard.edu/archive/andes+documents/workingpapers/it/it_peru.pdf+Preparacion+de+los+países+andinos+para+integrar+las+redes+de+tecnologías+de+la+información&hl=es&ct=clnk&cd=3&gl=co].
- Asociación Latinoamericana de Integración (2001). *Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en la región*. [Disponible en: <http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/ceb8a0c5450bdab803256a79004f67cc/4ea21444af6077b103256a790050e7ad?OpenDocument>].
- Asociación Latinoamericana de Integración (2007). *Estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en otros esquemas de integración regional*. [Disponible en: <http://www.aladi.org/nsfaladi/integracion.nsf/eeeed45bc6cbdcf7032574fd00627b37/a700424971590eed032574b900470f5f?OpenDocument>].
- Bobbio, N. (1997) *Teoría general del Derecho*. Temis.
- Borrero, A. (1984). La interdisciplinariedad. *Simposio Permanente sobre la Universidad - Segundo Seminario General*. Asociación Nacional de Universidades (ASCUN) e Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).
- Bulla Quintana, R. (2008). *Nociones preliminares de lógica*. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda.
- Calderón Rodríguez, C. (2000). “El Comercio electrónico: Nueva Lex mercatoria del Comercio Internacional”. *Revista de Derecho Informático Alfa Redi* [Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=553>].
- Cárdenas Zorro, M.J. (2000). E-comercio andino. *Portafolio*. [Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm>].
- Castellanos Ruiz, E. (2005). Autonomía conflictual y contratos internacionales. In (cap. *Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional*). Colex.
- Castellanos Ruiz, E. (2006). Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales. In (cap. *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*). Ibáñez.

- Cibertribunal Peruano, (2008). [Disponible en: <http://www.cibertribunalperuano.org/portalcibertribunal/Principal.aspx>].
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI— (1996). *Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. [Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf].
- Comisión Multisectorial para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (2005). *Plan de desarrollo para la Sociedad de la Información en el Perú*. Agenda digital peruana. Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática. Presidencia del Consejo de Ministros. Perú. [Disponible en: <http://www.peru.gob.pe>].
- Comisión Multisectorial para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (2001) *E-Perú: Propuestas para un plan de acción para el acceso democrático a la sociedad global de la información y el conocimiento*. Ministerio de Transportes, Comunicaciones y Vivienda. [Disponible en: <http://www.colombiadigital.net/informacion/docs/eperu.pdf>].
- Comunidad Andina (2000). *Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información*. Comunidad Andina .
- Corte Constitucional (1992). *Sentencia C-543*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional (1993). *Sentencia C-486*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-544*. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional (1995). *Sentencia C-540*. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional (1995). *Aclaración de Voto Sentencia C-194*. Mags. Cifuentes Muñoz, E.; Martínez Caballero, A. y Naranjo Mesa, V.
- Corte Constitucional (1996). *Sentencia C-253*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional (2000). *Sentencia C-529*. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional (2001). *Sentencia SU-014*. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.
- Corte Constitucional (2002) *Sentencia C-423*. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Suprema de Justicia (1981). Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial N. ° 2407.
- Corte Suprema de Justicia (2000). Sala de Casación Civil. Exp. 5397.
- Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (2004). *Declaración de principios*. Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información [Disponible en: <http://www.itu.int/wsis/geneva/index-es.html>].
- Chuliá, F. (2005). *Introducción al Derecho mercantil*. Tirant lo Blanch.
- De Miguel Asensio, P.A. (2007). *Contratación Comercial Internacional*. In (cap. *Derecho de los negocios internacionales*). Iustel.
- Departamento Nacional de Planeación (2006). *Visión Colombia II Centenario: 2019*. República de Colombia. [Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/PolíticasdeEstado/VisiónColombia2019/Documentos2019/tabid/775/Default.aspx>].
- Dreyzin de Klor, A. (2005) *Derecho aplicable al comercio electrónico*. In (cap. *Nueva lex mercatoria y contratación*). Globalización y Derecho privado (Col.). [Disponible en: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/derecho%20aplicable.pdf>].

- Emiliani Román, R. (2001) *Curso Razonado de las obligaciones*. Universidad Sergio Arboleda.
- Espinosa Quintero, L. (2007). Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano. *Revista Civilizar*. Universidad Sergio Arboleda. [Disponible en: http://www.usa.edu.co/civilizar/incidencia_medios.htm]
- Espinosa Quintero, L. (2008). La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado. Universidad Sergio Arboleda.
- Estigarribia Bieber, M.L. (2008). La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales. (In cap. *Derecho privado y globalización. Tomo III. Contratos*). Ibáñez.
- Fernández Rozas, J.C. (2000). El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Revista del colegio de Notarios del Estado de México*.
- Fernández Rozas, J.C. (2004). *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Consejo General del Notariado.
- Fernández Rozas, J.C. (2007). Derecho de los Negocios internacionales. In (cap. *Derecho de los negocios internacionales*). Iustel.
- Galgano, F. (2005) *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culcioni.
- Gómez Segade, J.A. (2001). Comercio Electrónico en Internet. In (chap. *El comercio electrónico en la sociedad de la información*). Marcial Pons.
- Gorena Belling, L.F. (2004) *La legislación del comercio electrónico de los servicios profesionales en la Comunidad Andina*. Biblioteca Digital Andina. Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia. [Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/BO-INT-0002.pdf>].
- Gual Acosta, J, M. (2008) *Clausulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Ibáñez.
- Herrera, E. (2006). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Astrea.
- Hilbert, M.; Bustos, S. y Ferrat, J.C. (2003). *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL– [Disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/13815/Estrategias.pdf>].
- Illescas Ortiz, R.; Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Universidad Carlos III de Madrid. Ramón Areces.
- Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología –Colciencias– (2008). *Colombia Construye y Siembra Futuro*. [Disponible en: <http://www.colciencias.gov.co/portaicol/downloads/archivosContenido/632.pdf>].
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado —UNIDROIT— (2004) *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. [Disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>].
- Iriarte Ahon, E. (2003). Informe sobre Comercio electrónico en América Latina. *Monitor de políticas TIC en América*

- Latina y el Caribe*. [Disponible en: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico.doc].
- Iriarte Ahon, E. (2005). Sociedad de la Información: Políticas y Regulación en América Latina y el Caribe ¿hacia donde vamos los profesionales en Derecho y Nuevas Tecnologías?. *Revista de derecho informatico Alfa-Redi*. [Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3917>].
- Iriarte Ahon, E. (2006). Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas. *Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe*. [Disponible en: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico-1.pdf].
- Jijena Leiva, R.J. (2006). Documentos, Firmas Electrónicas y Entidades Certificadoras: Contenido y Alcances de un Proyecto de Ley para Bolivia. *Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. [Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6506>].
- Katz, J.M. & Hilbert, M. (2003). *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe —CEPAL—. [Disponible en: <http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/9/12899/lcg2195e2.pdf>].
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del Derecho*. Porrúa.
- Laguna Quiroz, R. (2005). El trabajo en la era digital: análisis de la relación contractual. *Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. [Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=986>].
- López Rodríguez, A.M. (2006). Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica. In (cap. *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*). Globalización y derecho (Col.). Ibáñez.
- Lorenzetti, R.L. (2003). Comercio Electrónico. In (chap. *El comercio electrónico. La teoría general*). Temis y ARA Ediciones.
- Menéndez Mato, J.C. (2005) *El contrato vía Internet*. Bosch.
- Ministerio de Comunicaciones (2008). *Plan Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. República de Colombia. [Disponible en: http://www.colombiaplantic.org/docs/Plan_tics.htm].
- Misión Permanente de Estados Unidos de América ante la Organización de Estados Americanos (2002). Proyecto de Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas. *Sexta Conferencia Especializada Internacional sobre Derecho Internacional Privado*.
- Misión Permanente de Estados Unidos de América ante la Organización de Estados Americanos (2004). Selección de temas para la agenda de la séptima conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado. Séptima Conferencia Especializada Internacional sobre Derecho Internacional Privado.
- Moncayo, V. M. (2004). El leviatán derrotado. Norma.
- Noguera Laborde, R. (2002). Introducción General al Derecho. Universidad Sergio Arboleda.
- Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática. (2005) Estrategia nacional de gobierno electrónico e informática. Presidencia del Consejo de Ministros. Perú. [Disponible en: <http://www.peru.gob.pe/propuestasongei/09%2EstrategiaNacioaldeGobiernoElectronicoeInformatica.pdf>].

- Olivera, N. (febrero de 2008). En busca de la *lex retialis*. *Revista de derecho informático Alfa-Redi*. [Disponible en: [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml? x=10130](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10130)].
- Oviedo Albán, J. (2001). *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compra-venta Internacional de Mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. [Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html#7>].
- Oviedo Albán, J. (2004). *Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes, estructura y fuentes*. Ibáñez.
- Pájaro Moreno, N. (2006). *Autonomía Privada y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Radbruch, G. (1947). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de cultura económica. [Disponible en: http://books.google.es/books?id=ySRP_YTemq4_C&pg=PA40&sig=ACfU3U3HfKM3jXjiwhwb].
- Ravassa Moreno, G.J. (2002). *Derecho Mercantil Internacional. Principios y normas*. Ibáñez. Universidad Santo Tomás.
- Reale, M. (1982). *Introducción al Derecho*. Ediciones Pirámide.
- Remolina Angarita, N. (2006). *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Universidad de los Andes. [Disponible en: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf>].
- Reusser Monsálvez, C. P. (2003). ¿Qué es la Sociedad de la Información? *Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. [Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1307>].
- Rincón Cárdenas, E. (2004). Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. *Revista de Estudios socio-jurídicos*. [Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360215>].
- Rincón Cárdenas, E. (2006a). *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Universidad del Rosario.
- Rincón Cárdenas, E. (2006b). *Contratación electrónica*. Universidad del Rosario.
- Ríos Ruiz, W.R. (2007). Escenario y Marco Legal de la Factura Electrónica en Colombia. In (*Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*). Universidad de los Andes. [Disponible en: <http://derechoytics.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=3&idarticulos=23&tipos=Ensayos>].
- Rodríguez Azuero, S. (2006). *Referencias a la contratación bancaria electrónica en Colombia*. In (cap. Contratos Electrónicos). Universidad del Rosario.
- Sánchez Sánchez, E.R. (2001). El comercio electrónico en el Perú. *Revista Punto de Equilibrio*. Universidad del pacífico.
- Sandoval López, R. (2003). *Derecho del comercio electrónico*. Editorial jurídica de Chile.
- Sergio Arboleda, U. (2008). Documento dirigido al Ministerio de Educación Nacional en respuesta al auto expedido por el Viceministerio de Educación Superior el día 18 de junio de 2008 respecto de la Solicitud de Registro Calificado del programa de Especialización en Derecho de los Contratos con Énfasis

- en Contratación Internacional de la Universidad Sergio Arboleda en la ciudad de Bogotá D.C., metodología presencial.
- Silveira, M. (2001). Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable. *Revista de la contratación electrónica*. [Disponible en: <http://europa.sim.ucm.es/compludocAA?a=Silveira%2c+Marina+C%2e&donde=castellano&zfr=0>].
- Solarte Rodríguez, A. (2008) *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta* (In chap. Derecho privado y globalización. Tomo III. Contratos). Ibáñez.
- Suescún Melo, J. (1996). *Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad de Los Andes. Bogotá.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2003). Concepto 02117239 del 13 de Febrero de 2003. [Disponible en: <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2003/Febrero/02117239.php>].
- Torres, J. (1994). *Globalización e Interdisciplinariedad*. Morata. Disponible en: http://books.google.com.co/books?hl=es&idA3hUd70u0wAC&dq=interdisciplinariado&printsec=frontcover&source=web&ots=XJbhqOAuvU&sig=B6mE4xwYmDiSoFKZDJLCJ0psMwM&sa=X&oi=book_result&resnum=8&ct=result#PPA54,M1
- Umaña Chau, A.F. (2006). *Contratación electrónica internacional*. In (cap. Contratación Electrónica). Universidad del Rosario.
- Valencia Zea, A. (1981). *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Novena Edición. Temis.
- Vessuri, H. (2008). *Tendencias de la Educación Superior en América Latina y el Caribe*. In (cap. El Futuro nos alcanza: Mutaciones previsibles de la ciencia y la tecnología). Instituto Internacional de la Unesco para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC).
- Zarur Miranda, X. (2008). *Tendencias de la Educación Superior en América Latina y el Caribe*. In (cap. Integración Regional e Internacionalización de la Educación Superior en América Latina y el Caribe). Instituto Internacional de la Unesco para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC).

Asuntos teóricos y metodológicos de la cultura organizacional*

Theoretical and methodological matters of organizational culture

Recibido: 12 de febrero de 2009 - Revisado: 27 de febrero de 2009 - Aceptado: 03 de julio de 2009

Claudia Eugenia Toca Torres** - Jesús Carrillo Rodríguez***

Resumen

Este documento recoge algunos elementos constitutivos de la Cultura Organizacional (CO), reflexionando sobre métodos relevantes para su estudio. Destaca que la importancia de caracterizarla y medirla radica en su impacto tanto en los resultados directos y la eficiencia de una organización, como en la salud, el entusiasmo, el compromiso y la flexibilidad de sus miembros. Advierte, finalmente, que la responsabilidad no termina con su medición, sino que exige complementariamente la dirección y el moldeamiento de acuerdo con las circunstancias del entorno.

Palabras clave

Cultura Organizacional, eficiencia organizacional, acción colectiva

Abstract

This paper is concerned with Organizational Culture (OC), its components and the main techniques to study it. It states that measuring and establishing its impacts related with results, efficiency, healthy and welfare of employees are important issues for any manager —public or private. But measure culture is not enough, we need to be engage with both manage and shape it according to the organizational context.

Key words

Organizational Culture, organizational efficiency, class action

* Artículo resultado de Investigación.

** Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, Maestra en Administración y Especialista en Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Profesor Asociado de Carrera de la Facultad de Administración de la Universidad del Rosario.

Correo electrónico:
claudia.toca@urosario.edu.co.

*** Doctor en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO Sede México, Docente Facultad de Ciencia Política de la Universidad Javeriana.

Correo electrónico:
jesus.carrillo@javeriana.edu.co.

Introducción

Los teóricos sociales han estudiado, de tiempo atrás, la acción colectiva y sus problemas, intentando determinar las formas adecuadas para organizar la actividad humana y así alcanzar determinadas metas sociales. De este legado conviene reseñar el estrecho vínculo y la indisoluble relación entre organización y acción colectiva, pues cada vez que se persiguen propósitos comunes, estos demandarán de un conjunto de personas que colaboren entre sí para alcanzar aquello que individualmente resultaría imposible. La organización, en consecuencia, constituye una premisa de todo emprendimiento colectivo.

Son muchas las acepciones encontradas cuando se estudia la organización. Efectivamente, la organización puede considerarse indistintamente como un sistema, una jerarquía o un mecanismo de propósitos; o bien como centros de elección y decisión para tratar problemas comunes. Como institución, la organización explica la interacción humana y el desempeño en sus dimensiones social, política o económica¹. Así, uno de los más destacados institucionalistas, Douglas North (1994), destaca el papel de las organizaciones en el cambio institucional e invoca la necesidad de estudiar las estructuras de gobernación y las capacidades para explicar el éxito de las sociedades a lo largo del tiempo.

Los países latinoamericanos han entendido esta necesidad y han emprendido sendas reformas institucionales en las últimas décadas, sin embargo un atributo permanentemente ignorado en estos esfuerzos reformistas es la Cultura Organizacional (CO). Se aprecia, por ejemplo, que las iniciativas para alcanzar modelos posburocráticos en el sector público han sido insensibles a las consideraciones culturales de la organización, y en consecuencia, el desempeño nunca reflejará avances sustanciales y sostenidos. Es por ello que la “transformación cultural” es exigida como un medio para introducir mejoras en la calidad y el desempeño gubernamental,

ubicando al conjunto de referentes culturales como determinante del éxito en la provisión de bienes y servicios públicos. Las organizaciones oficiales presentan las mismas características básicas de otras, sin embargo revelan algunas especificidades (apego a las reglas y rutinas, supervaloración de la jerarquía, paternalismo en las relaciones y adhesión al poder) que resultan importantes para la definición de elementos y procesos internos (Pires *et al.* 2006. pág. 12).

Originados en la antropología social, hoy los estudios de la CO resultan de interés para otras disciplinas como la psicología, la sociología, la administración y la ciencia política. Actualmente, constituye un campo de investigación que genera muchos debates por esta confluencia disciplinaria y cuyas diferencias se centran fundamentalmente en los aspectos ontológicos, epistemológicos, metodológicos y de perspectiva, generalmente utilizados para enriquecer la discusión de tan promisoriosa línea de investigación. La cultura ha sido tratada como variable desde la perspectiva racionalista y funcionalista, el interés se ha centrado en determinar la función que cumple en la organización, y como metáfora desde la óptica simbólica con el propósito de establecer el significado de la organización para sus miembros (Alvesson 1993; Schultz 1995 en Rowlinson *et al.* 1999. pág. 1).

En esta línea, este documento aborda uno de los asuntos más difíciles de ponderar en las organizaciones: su cultura. En un primer momento resalta algunas diferencias entre las distintas propuestas conceptuales de CO, posteriormente reflexiona sobre sus dimensiones, componentes y tipologías, y por último, centra su atención en las técnicas disponibles para su medición. Presenta de manera sucinta los asuntos básicos en el análisis cultural de las organizaciones, sirviendo como punto de partida para aquellos interesados en mejorar la acción colectiva o el desempeño social, definiendo la cultura organizacional como una variable independiente y multidimensional.

1. Significado de la cultura organizacional

Organizaciones formales e informales se rigen por valores, normas, convenciones y tradiciones, que cambian con el tiempo pero condicionan la actuación de los individuos. En la literatura, las normas en las organizaciones son conocidas como cultura (Fitzgerald. 2002. pág. 103).

La cultura en términos generales se concibe como un sistema de significados que genera algún tipo de identidad compartida (Geertz, 1989), una especie de código que orienta las prácticas sociales de personas pertenecientes a varios grupos y categorías sociales dentro de una sociedad (Vaitsman, 2000. pág. 848).

A partir de la génesis del concepto de cultura se establecen cuatro categorías fundamentales: 1) Cognitiva, en la que la cultura se vuelve inteligible como un estado mental general, soportando la idea de la perfección, del logro individual o de la emancipación. 2) Colectiva, que invoca un estado de desarrollo intelectual o moral en la sociedad, vinculando la cultura con la idea de la civilización. 3) Concreta y descriptiva, ve la cultura como un cuerpo de destrezas y trabajos intelectuales dentro de cualquier sociedad, como el campo de simbolismos producidos y sedimentados de una sociedad. 4) Social, relaciona la cultura con la forma integral de vida, en un sentido plural y potencialmente democrático (Jenks, 1993. págs. 11-12).

Bajo ninguna circunstancia, la concentración geográfica de las organizaciones garantiza la homogeneidad en sus culturas internas. Por el contrario, en ocasiones las diferencias son tan marcadas como las que podrían existir entre instituciones de distintas localidades, regiones o países. Si a esto se agregan las diferencias propias de los sectores en los cuales se encuentran inmersas, el resultado final será una diversidad en la Cultura Organizacional, CO. A este respecto, autores como Herbert (2000: 148)

concluyen que la principal influencia de la CO es la idiosincrasia nacional o regional del país donde opera, en tanto la industria o sector que enmarca sus actividades ayuda a moldear sus valores culturales.

El desarrollo de la cultura es lo que distingue la sociedad humana de las sociedades de otras especies, la diferencia radica en las formas de actuar, pensar y sentir transmitidas de una generación a otra a través del aprendizaje (Albrow, 1999. pág. 6). A su vez, la cultura en una organización está relacionada con la forma como los miembros comparten un marco de referencia común y enfrentan los cambios. Frente a culturas dispersas, la gente tendrá diferentes percepciones e interpretaciones de los cambios organizacionales y, por consiguiente, esquemas diversos sobre el cambio (Lau and Woodman, 1995 en Lau *et al.* 2002. pág. 539).

Derivado de la cantidad de disciplinas que han estudiado la cultura para explicar fenómenos concretos, un sinnúmero de definiciones complejas y divergentes aparecen en la bibliografía especializada. Al interior de las Ciencias Sociales por ejemplo –especialmente en estudios de antropología social, de sociología, de psicología social y organizacional–, existe poco consenso en torno al significado del concepto, dadas las diferentes representaciones que intervienen en la formación del mismo. Los estudios organizacionales y gerenciales, por ejemplo, han atribuido de manera entusiasta el concepto de cultura a fuentes antropológicas y sociológicas. Desde el referente de la antropología social la cultura se considera como un conjunto compartido de valores sobre asuntos de relevancia societal, tales como la vida, la muerte, las relaciones de consanguinidad, la religión y la etnia de sus miembros; desde la perspectiva sociológica, como el agregado de relaciones que sirven y corresponden a las necesidades de la estructura social en los agrupamientos de trabajo².

La cultura organizacional nace, se materializa y se institucionaliza en conductas

y acciones. Concretamente, ha sido definida como el conjunto de normas o mandatos aprendidos por los nuevos miembros, gracias a la conciencia que toman de lo que significa una conducta aceptable o una inaceptable. Esta consideración descarta la imposición mediante la formalización de reglas escritas, por lo que resulta difícil encontrarla consignada en algún tipo de documento —manual, código o prontuario—, en su lugar, es transmitida de manera casual. Es así como muchas organizaciones del mundo han demostrado que el éxito se ha derivado de las reglas no escritas y los entendimientos compartidos alrededor del balance entre autonomía y control, sin centrarse en procedimientos formalizados o jerarquías rígidas. Central para los propósitos de este escrito, a continuación se profundizará en dicho concepto.

Sin lugar a dudas, el autor más destacado es Edgar H. Schein, quien define la CO como un modelo de supuestos básicos compartidos —inventados, descubiertos o desarrollados por un grupo determinado, al ir aprendiendo a enfrentar sus problemas de adaptación externa e integración interna— que hayan ejercido la suficiente influencia como para ser considerados válidos y, en consecuencia, ser enseñados a los nuevos miembros como el modo correcto de percibir, pensar y sentir esos problemas (1988: 25). Por su parte, y de modo sencillo, George Herbert la caracteriza como el pegamento que mantiene unida la organización y que incorpora valores, normas de conducta, políticas y procedimientos (2000: 148).

La cultura fue pensada en términos de un entendimiento social compartido, producto de supuestos y visiones comunes entre los miembros de una organización. Desarrollada en una colectividad a través de experiencias compartidas, por lo regular, durante largos periodos de tiempo permitiéndoles a sus miembros coordinar actividades sin tener que lograr acuerdos explícitos en cada instancia (Wilkins and Ouchi, 1983; Schall, 1983;

Rousseau, 1990; Schein, 1983, en Weber *et al.* 2003. pág. 402).

Paralelamente, autores como Kennedy y Deal la consideran un modelo integrado de conducta humana que incluye, además del habla y la acción, ciertos artefactos, destacando la capacidad del hombre para obtener y transmitir conocimiento y para heredarlo a otras generaciones (1982: 5). Finalmente, para Stanley Truskie constituye un conjunto de valores y prácticas compartidos a través de todos los grupos, una fuerza poderosa para moldear la conducta del empleado y factor significativo para promover e inhibir el desempeño organizacional (1999: 5).

A partir de los anteriores autores y para efectos de una propuesta conceptual, es posible definir la CO como el *conjunto de instituciones informales compartidas que gobiernan y legitiman la conducta de una colectividad organizacional*. En esta concepción, el carácter informal pone distancia a los mecanismos manifiestos u oficiales como pueden ser los reglamentos, las políticas, los manuales o los mandatos. Son los estudios sociológicos los que se han concentrado en las normas informales, definidas como reglas de un grupo o comunidad que pueden o no ser explícitamente establecidas y que dependen de mecanismos de monitoreo tales como la aprobación o desaprobación social. Las normas que gobiernan las relaciones interpersonales limitan y permiten conductas mediante la definición de estructuras de incentivos (Brinton *et al.* 2001. pág. 19). Los analistas organizacionales por su parte, distinguen entre la arquitectura formal y las características culturales informales. La primera referida a las especificaciones oficiales de una organización y sus formas de gobernación. La cultura, por su parte, establece de manera informal cómo deber ser realizado el trabajo, cómo interactúan los miembros, cómo se toman las decisiones, cuáles unidades difieren de otras, etc. La noción de cultura incluye el conocimiento tácito y el conocimiento generado fuera de la organización y las normas

que codifican los entendimientos y prácticas informales de interacción, autoridad y demás (Hannan *et al.* 2003. pág. 401).

La cultura organizacional proporciona las reglas de gobierno de los asuntos cognitivos y afectivos en una organización, así como los medios para ser moldeados y expresados (Kunda, 1992 en Alvesson, 2002. pág. 3). Las reglas de actuación de origen cultural –formales e informales– adquieren racionalidad a través de los procesos de interacción entre los distintos agentes, hasta que alcanzan un nivel de consolidación o institucionalización que determina la configuración de sus percepciones, sus intereses y el tipo de interrelaciones que se producen entre ellos. La percepción del mundo que tienen los individuos está determinada por la cultura institucional en la que se desempeñan. Individuos y organizaciones sólo pueden actuar a partir de los valores y del conocimiento que les proporciona su marco institucional (Zurbriggen, 2006. pág. 71).

Ha sido aceptada la idea de que la cultura está constituida por elementos y procesos reflejados en las acciones de la organización y es transmitida y asimilada por sus miembros a través del diario compartir (Woida *et al.* 2006. pág. 48). La CO puede ser considerada como un activo o como una obligación, según las circunstancias. Cuando toma la forma de activo genera altos niveles de cooperación, dada la existencia de unas creencias y valores compartidos. Como obligación, demanda obediencia y subordinación, impidiendo una adecuada alineación de creencias y valores organizacionales con los personales (Frew, 1996: 2).

2. Dimensiones y componentes de la cultura organizacional

A pesar de los avances registrados en su estudio, el tema de la cultura organizacional resulta complejo y en ocasiones hasta difuso. Se encuentran propuestas, críticas e intentos realizados por los estudiosos para esclarecer y definir el término, como también en las cuestiones ontológicas (del ser) y metodológicas

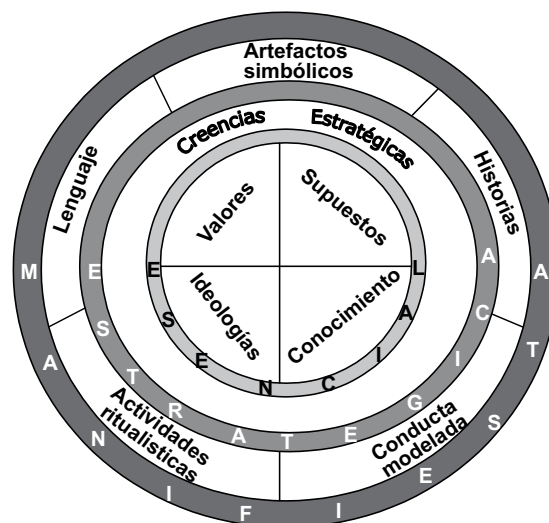
del estudio de las organizaciones y su cultura³. Interesa registrar tales asuntos, especialmente en sus dimensiones y componentes.

Debido a que la cultura involucra fenómenos sociales que ayudan a definir el carácter y las normas de la organización, el rango de componentes es amplio y variado. Para facilitar la labor de identificación, Schein (1985) y Lundberg (1990) han establecido un marco de tres capas o dimensiones básicas que encuadran sus distintos elementos. En consonancia –y a partir de la conceptualización de Schein–, otros estudiosos han asimilado las capas de la cultura a las de una cebolla (ver figura 1), donde la capa externa comprende aspectos observables, mientras que las internas encarnan lo invisible o idealizado (National Research Council Staff, 1997: 68).

2.1 Dimensión esencial

Aquella definida como el conjunto de premisas o preceptos que impactan vigorosamente la gran mayoría de pensamientos y acciones organizacionales. Es considerada la capa más profunda y está constituida por cuatro componentes: los valores, los supuestos, las ideologías y el conocimiento (Lundberg, 2000: 701).

Figura 1
Dimensiones de la cultura organizacional



Fuente: Elaboración propia

Los valores enmarcan las ideas abstractas compartidas por los miembros de una colectividad, que proporcionan un sentido de dirección común sobre lo que es deseable y correcto, definen un carácter y una actitud distintiva. Los supuestos representan las premisas, percepciones, pensamientos y sentimientos compartidos, en los que se fundamentan las visiones del mundo, refieren de igual modo aspectos básicos como la naturaleza de las relaciones humanas, de la verdad, del tiempo y de la actividad humana. Las ideologías se consideran como un sistema coherente de credos compartidos e interrelacionados que dan explicaciones generales convincentes –en algunas ocasiones míticas– sobre la realidad social, exhortando a la acción colectiva y a la comunicación e interpretación de los acontecimientos de cada día. Por último, se establece que el conocimiento es la manifestación perceptual de valores y es referido a las representaciones, juicios, explicaciones y entendimiento, establecidos como racionales para la acción y que evidencian la habilidad de los miembros para interpretar hechos con base en el acceso a información y a marcos cognitivos.

2.2 Dimensión estratégica

Las creencias estratégicas son el único componente de este nivel intermedio y no tienen que ver con planes a largo plazo o pronunciamientos de los voceros organizacionales, sino más bien con convicciones y certezas de sus líderes. Esto en virtud a que buscan emplear todos los elementos del poder para lograr los objetivos. Las creencias culturales son las ideas y pensamientos comunes a diversos individuos que gobiernan su interacción, difieren del conocimiento ya que no son descubiertas empíricamente ni analíticamente probadas. Por lo general son conocidas mediante procesos de socialización por los que la cultura es unificada, mantenida y comunicada (Brinton *et al.* 2001. pág. 78). Existen cuatro tipos básicos (Lundberg, 2000: 701): *Creencias sobre la visión*, referidas a lo que la organización puede llegar a ser y lo que nunca debería intentar; *Creencias sobre las expectativas del mercado de capital*, convicciones sobre lo que se necesita para

mantener a acreedores e inversionistas satisfechos; *Creencias sobre la competencia en el mercado*, entendimiento de cómo y por qué se puede triunfar en el entorno, industria o sector; y *Creencias sobre la dirección interna*, prácticas operativas adecuadas que sustentan los tres tipos anteriores. La dimensión estratégica refleja, por un lado, cierta esencia cultural y por otro, acondiciona de manera activa los elementos manifiestos, es decir, los más superficiales o visibles.

2.3 Dimensión manifiesta

Los elementos de esta dimensión externa son relativamente visibles y llevan a que los miembros identifiquen de forma similar los problemas y experimenten de manera semejante eventos, actividades y situaciones organizacionales, dentro de los límites considerados como aceptables y hacia propósitos comunes. Este nivel enmarca el “*know how*”, es decir todo tipo de prácticas institucionales, como los artefactos simbólicos, el lenguaje, las historias, las actividades ritualistas y la conducta modelada (Lundberg, 2000: 705). Los símbolos y manifestaciones producidas por un grupo se reconocen como artefactos, considerando entre ellos los espacios físicos –instalaciones, mobiliario– y la capacidad tecnológica –mecanización, sistematización, saber hacer. (Schein, 1988: 31). El lenguaje en la organización incluye el vocabulario único o jerga, los dichos, metáforas, eslóganes, léxicos, glosarios, acrónimos, expresiones particulares y argot propio de la industria o sector. De igual modo considera el lenguaje no verbal o actitudinal como gestos, señales, expresiones corporales y posturas. Las historias son relatos verdaderos o elaborados sobre eventos que incitan a los individuos a adherirse a valores o acciones, resultando comunes los mitos (ficción) y los héroes –personificación de valores. (Allaire, 1992: 17).

Los rituales o rutinas sistemáticas y programas de la vida diaria indican y reafirman lo que es importante para la organización, así como el tipo de conducta esperado de sus miembros. Dentro de los rituales más conocidos

se encuentran los sociales, como llamarse por el título; los laborales, como las formas de realizar trabajos; los directivos, como las reuniones para tomar decisiones, y los de reconocimiento, como la entrega de premios y distinciones. La conducta modelada incluye estándares, convenciones y costumbres que indican a los miembros la conducta más apropiada y el estilo de relación preferido —estándares idiomáticos, decoro público, trato y relaciones de amistad (Kennedy *et al.*, 1982: 63-77).

En función de la visibilidad y la conciencia han sido establecidas tres capas de la cultura organizacional (Cardoso, 2008. págs. 105-106): 1) Superficial y consciente (artefactos), en el que se encuentran todos los fenómenos vivibles, tangibles y audibles que ocurren como manifestación de los niveles más profundos; 2) Intermedio entre el consciente y el inconsciente (valores), formado por los conjuntos de principios que definen los artefactos; y 3) Invisible e inconsciente (supuestos), que determina las razones por las que un grupo percibe, piensa y siente de la manera como lo hace.

Otros estudiosos como Marcoulides y Heck (1993) identifican como dimensiones interrelacionadas de la CO: un sistema sociocultural del funcionamiento percibido de las estrategias y prácticas de la organización; un sistema de valor organizacional y las creencias colectivas de los empleados de la organización (en Yahyagil, 2006, pág. 209).

Como se dijo inicialmente, son múltiples los elementos culturales identificados, pero que en últimas subyacen a las dimensiones descritas anteriormente, entre otros se pueden mencionar: sistema de recompensas, decisiones de contratación, estructura gerencial, estrategia frente al riesgo, códigos, estereotipos, legados, leyendas, tradiciones, uniformes y modos de subversión. Otros autores incluso consideran el entorno o contexto, argumentando que es un factor que determina en buena medida lo que debe hacer la organización para ser exitosa.

Lo importante no es realizar un inventario de los distintos componentes, sino determinar su contribución en la construcción de un tipo particular de cultura.

3. Tipos de cultura organizacional

Aunque la clasificación en cualquier actividad social es un ejercicio riesgoso, conviene intentarlo desde el punto de vista analítico como única vía para comprender la complejidad de las dimensiones tratadas. De manera general, es importante señalar que los elementos positivos que operan en una organización y que originan una cultura integrada y compartida tienen sus raíces en cuatro agrupamientos institucionales básicos: la familia, las instituciones sociales, la comunidad científica y las instancias militares y legales (Truskie, 1999: 9-13). Estas instituciones enmarcan los cuatro modelos de CO —relaciones humanas, sistema abierto, proceso interno y racional—, dando nacimiento a la siguiente tipología (Cameron and Quinn, 1999; Zammuto and Krakower 1991)⁴.

3.1 Cultura grupal o de clan

Inspirada en la institución familiar y también denominada *cultura de la cooperación*. En ella, los miembros están comprometidos a colaborar y obtener resultados colectivos positivos, a observar los mandatos organizacionales basando su actuación en la confianza, la preocupación por los demás, la ayuda y un compartir permanente. Entre sus principales rasgos destacan la toma de decisiones participativa y la implementación a través de la construcción del consenso, así como la cohesión, el compromiso mutuo, la lealtad, la afiliación, la pertenencia, la cooperación, la calidez, la preocupación, la tradición, la moral y la equidad. El líder que guía esta cultura es un mentor involucrado y facilitador.

3.2 Cultura adhocrática o de desarrollo

Conocida también como *cultura de la inspiración*, emana fundamentalmente de las

instituciones sociales. Los miembros creen fervientemente en los valores del humanismo, la responsabilidad social y el potencial individual, se motivan por la importancia de la tarea o por su apariencia ideológica. Caracterizada por su dinamismo y espíritu emprendedor, propensión al riesgo, innovación y desarrollo, crecimiento individual, recompensas intrínsecas, libre flujo de ideas e iniciativas, flexibilidad e individualidad, autocontrol, autogestión y empoderamiento. Sus líderes se distinguen por ser igualmente emprendedores, innovadores, creativos y arriesgados.

3.3 Cultura jerárquica o burocrática

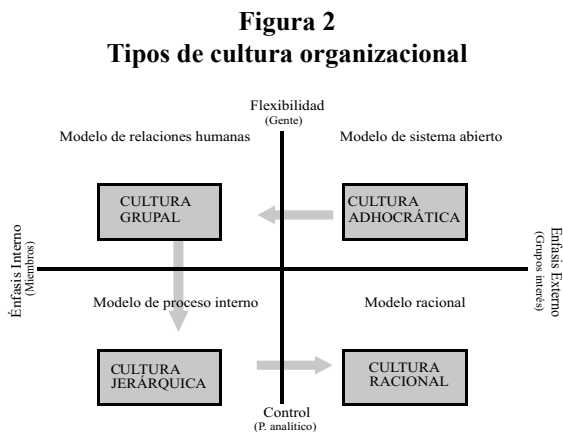
Deriva principalmente de las organizaciones militares o de Policía y es denominada *cultura consistente*. En este tipo, se establecen pasos detallados, se programan los resultados esperados y se distribuyen los recursos necesarios para su cumplimiento. Existe una estandarización y rutinización de actividades, la información fluye verticalmente y las funciones se encuentran definidas de manera clara. Los individuos cumplen con mandatos organizacionales cuando los roles son formalmente asignados a través de reglas y regulaciones. Además de una inclinación hacia la medición, priman aspectos como las políticas, las estructuras formales, las recompensas basadas en rangos, la gestión de la información, la definición de roles, la estabilidad y la seguridad laboral. El líder jerárquico se diferencia por ser coordinador, organizador, conservador y precavido.

3.4 Cultura racional u orientada al mercado

Basada en los valores de la comunidad científica y ampliamente relacionada con la *cultura del logro*. Para garantizar el cumplimiento de sus propósitos fundamentales –productividad y eficiencia–, promueve a los individuos con base en las habilidades que demuestren para avanzar hacia nuevas teorías y tecnologías. Su aspiración central consiste en ganar clientes y consumidores ofreciendo productos, servicios, procesos y tecnologías

acordes con las demandas del mercado. La colectividad que opera bajo este modelo se orienta hacia la producción, la competencia, el logro de metas y tareas, la investigación, el conocimiento y la información. Los líderes en esta cultura son netamente productores, directivos y enfocados hacia las metas.

A pesar de sus cualidades, los distintos modelos de cultura pueden coexistir en una misma organización, de hecho aquellas en las que domina un tipo particular son consideradas como disfuncionales. Sin embargo, en ocasiones las características y dinámicas de un sector o industria particular hacen que domine o prevalezca un tipo. Con base en el modelo de Cameron y Quinn (1999) es posible diseñar la figura 2 que esquematiza los tipos de CO en función de dos ejes básicos: el énfasis y la flexibilidad.



Fuente: Elaborado con información de Lisa Bradley *et al.*, Bob Frew; Raymond F. Zammuto *et al.*

Mientras que el énfasis interno indica una marcada tendencia hacia el corto plazo, las actividades estables y la integración de unidades, para el externo el marco temporal es el largo plazo y su prioridad las actividades centradas en el logro, la diferenciación y la rivalidad. Por su parte, el eje superior señala la flexibilidad, la individualidad y la espontaneidad y el inferior la estabilidad, el control y la predictibilidad. Un análisis de los cuadrantes laterales permite observar que la cultura grupal y la jerárquica

se inclinan hacia sus miembros y el presente, en tanto la adhocrática y la racional hacia los grupos de interés externos y el futuro. En este sentido, un movimiento hacia la derecha desde la cultura grupal o la jerárquica hacia la adhocrática o la racional representa mejoras en cuanto a la satisfacción del cliente, en tanto un desplazamiento hacia la izquierda implica una mayor preocupación por el empleado. Analizando los cuadrantes superiores e inferiores se advierte que la cultura grupal y la adhocrática presentan un marcado interés por la gente, mientras que a la jerárquica y a la racional incumbe el pensamiento analítico.

Según los estudios realizados, el tipo de cultura varía en función del tamaño de la organización –grande o pequeña–, del estado de su industria –madura o joven– y del sector en el que operen –público o privado–. A manera de ejemplo se tiene que por lo general las empresas pequeñas presentan una cultura grupal, aquellas pertenecientes a una industria madura tienen una racional, las que actúan en industrias jóvenes una adhocrática y las entidades gubernamentales por naturaleza presentan una jerárquica⁵. Es de anotar que estos resultados han sido observados en países como Estados Unidos, Inglaterra, Australia y España, por citar algunos, quedando pendiente entonces determinar si lo mismo ocurre en países en desarrollo, especialmente latinoamericanos, donde las condiciones en cuanto a tamaño y evolución de las industrias presentan marcadas diferencias.

Una preocupación permanente se ha centrado en identificar los rasgos idóneos que contribuyan al buen funcionamiento organizacional. Para los expertos resulta difícil precisar y prescribir el tipo perfecto de CO, sin embargo, han avanzado en la determinación de cinco requisitos mínimos que garantizan no sólo la salud de la organización sino también la de sus miembros, ellos son: 1) desarrollar un sentido del *accountability* –rendición de cuentas– entre el personal y los directivos; 2) transmitir con coherencia los

aspectos culturales; 3) pensar y actuar local y consistentemente; 4) estar sincronizados con los requerimientos competitivos del mercado mundial, y 5) adaptarse a las nuevas condiciones del mercado (Herbert, 2000: 151). De lo que se trata es de garantizar los atributos que puedan optimizar las probabilidades de éxito en un entorno competitivo.

Por último, frente al acentuado énfasis sobre los tipos de CO y sobre las posibilidades de que en una organización confluyan varios de ellos, surgen dos interrogantes ¿Qué modelos coexisten o dominan? ¿En qué proporción se presentan? Para dar solución a estos cuestionamientos se deben conocer y explorar de antemano las distintas metodologías disponibles para la medición de la CO.

4. ¿Es posible medir la cultura organizacional?

Si bien los estudios de CO emergen de una combinación de la psicología organizacional, la psicología social y la antropología social, durante los últimos tiempos han cobrado mayor significado para otras disciplinas, dados los efectos de la cultura sobre todo tipo de acción colectiva. Esto ha generado otro debate importante: la metodología para estudiarla. Frente a la supuesta dificultad para cuantificar factores como valores, creencias y prácticas institucionales, los esfuerzos se han centrado en los diagnósticos para identificar las distintas dimensiones culturales.

Para precisar el modelo de CO se dispone de dos enfoques fundamentales, el cualitativo y el cuantitativo. Estas dos alternativas, además de tener diferentes orientaciones, proporcionan variados puntos de influencia para el entendimiento de la CO. Por ello, la decisión sobre el tipo de estudio dependerá de su efectividad para: determinar la magnitud en que las organizaciones exhiben culturas fuertes; predecir relaciones entre el tipo cultural y otros fenómenos; y mapear perfiles culturales

(Zammuto y Krakower, 1991: 84-87). En últimas, la elección de un enfoque cuantitativo o cualitativo dependerá en buena medida de los objetivos planteados en el estudio.

La caracterización cualitativa de la CO, por lo regular, ofrece como resultado una distinción binaria: 1) una cultura fuerte, diferenciada porque proporciona un claro sentido de identidad con el personal y porque todos conocen las metas organizacionales y trabajan por ellas, y 2) una cultura débil, es decir, carente de valores y prácticas bien definidas y con poca influencia en la conducta del empleado, por lo que en últimas prefieren abandonarla. Una valoración de este tipo, desde luego, ofrece una visión sobre la CO, no obstante, es imposible determinar la magnitud de una condición específica, resultando un tanto ambigua y poco confiable en el caso de demandar algún tipo de intervención⁶.

Dentro de la gran cantidad de estudios cualitativos realizados, destacan los etnográficos, cuyo fin primordial es descubrir la manera como los actores dan un significado a los acontecimientos y a las acciones del mundo organizacional. El trabajo etnográfico implica una relación participativa entre el individuo que trata de comprender (investigador) y los sujetos del estudio (miembros), su estrategia central es el diálogo y no la observación (Abravanel, 1988: 134).

Los estudios etnográficos, al igual que otros cualitativos, permiten una profundización en el estudio de la cultura en la medida que se obtienen percepciones estructuradas de los propios sujetos y sobre la forma en que se adaptan a los cambios internos. Privilegian, de igual modo, el conocimiento de intereses, vivencias, motivaciones y elementos encubiertos e invisibles. Dentro de los estudios cualitativos más utilizados se identifican: el Focus Group, desarrollado para descubrir tanto los motivadores de los distintos colectivos así como los insatisfactores; la Percepción de Valores y

Filosofías, que mediante la aplicación de una encuesta estructurada facilita el entendimiento de los principales valores percibidos; los Juegos Proyectivos, que a través del desarrollo de actividades lúdicas identifica el perfil de cultura organizacional; las Entrevistas a Profundidad, que permiten obtener información para elaborar un diagnóstico acerca de los procesos desarrollados; y, por último, el Intercambio de Roles, que identifica mediante dinámicas las dificultades o facilidades de los miembros de una organización para entender las necesidades y expectativas de grupos de interés externos⁷.

En algunos países como Brasil, los estudiosos de la cultura han optado por crear instrumentos cualitativos ajustados a su propio contexto. En la categoría de instrumentos para la validación de cultura organizacional se encuentran las escalas desarrolladas por Gomide Jr. E Martins (1997) a partir de los cuatro tipos de cultura de Handy (club, función, tarea y existencial). Tamayo y Godim (1996) construyeron una escala con la intención de verificar una estructura de 38 valores de las organizaciones, distribuidos en cinco factores o dimensiones relacionados con la eficacia y la eficiencia organizacional (Ferreira, 2002. págs. 4-5).

Actualmente, algunos académicos y varios *policymakers* muestran especial inclinación por la medición cuantitativa de la cultura, dado su interés en determinar la relación de esta con el desempeño y la calidad en las organizaciones. Es así como, durante las últimas dos décadas, una gran cantidad de herramientas han sido diseñadas para medir la CO, especialmente en ámbitos como el gubernamental, el educativo y el hospitalario. Estos instrumentos dan cumplimiento a tres requisitos que han sido establecidos como básicos para garantizar un rigor en la investigación y una solidez en los hallazgos, ellos son: 1) ser cuantitativo de preferencia o semicualitativo; 2) denotar eficacia para evaluar un amplio rango de dimensiones culturales, y 3) ofrecer posibilidades válidas y confiables para el procesamiento estadístico de los datos (Scott, 2003: 2).

Las herramientas para la medición de la CO se clasifican de acuerdo con cinco aspectos fundamentales a saber: 1) el enfoque, que puede ser *tipológico*, cuyo propósito es evaluar y obtener como resultado uno o más tipos de cultura o *dimensional*, que describe una cultura por su posición frente a cierto número de variables continuas; 2) la fundamentación, sea esta *teórica* con una fuerte derivación conceptual o *pragmática* en la que el investigador se sumerge en la cultura a través de una observación profunda; 3) el alcance de la evaluación, que puede ser en torno a *una dimensión* específica de la CO o a un *rango de dimensiones*; 4) el potencial para explorar con relación al *clima organizacional* –percepciones y opiniones del personal sobre su ambiente de trabajo–, o a la *cultura organizacional* –manifestaciones profundas como los valores y las creencias–, y 5) la magnitud de su uso en estudios empíricos, que varía en función del grado de validez y confiabilidad, así como de los métodos usados para evaluar sus propiedades científicas (2003: 3).

Dentro de los instrumentos cuantitativos más usados se pueden citar: el Cuestionario de la Ideología Organizacional de Harrison (*Harrison's Organization Ideology Questionnaire, 1972*), el Modelo de Valores en Competencia (*Competing Values Framework, 1981*), el Inventario de Cultura Organizacional (*Organizational Culture Inventory, 1987*), el

Cuestionario de Cultura Hospitalaria (*Hospital Culture Questionnaire 1993*), el Cuestionario de Cultura de MacKenzie (*MacKenzie's Culture Questionnaire, 1995*), la Encuesta de Calidad de la Cultura y Clima Organizacional (*Quality Culture and Organizational Climate Survey*), el Cuestionario de Prácticas Culturales (*Practice Culture Questionnaire, 2000*) y el Cuestionario de Cultura Corporativa (*Corporate Culture Questionnaire*). Se ha demostrado de manera contundente que estas herramientas han sido y pueden ser ajustadas, de acuerdo con las demandas y necesidades de los investigadores. Así mismo que la selección de una de ellas depende principalmente del propósito de la investigación, del uso pretendido de los resultados y de la disponibilidad de recursos.

La mayoría de herramientas utilizadas en los estudios sobre CO se basan –dada su validez, confiabilidad y eficacia– en el Modelo de Valores en Competencia (MVC), desarrollado originalmente por Cameron y Quinn a partir de los Arquetipos Psicológicos de Jung. Este modelo permite explorar estructuras profundas de la CO, en torno a aspectos como las características dominantes, el liderazgo organizacional, la gerencia del personal, los valores, el énfasis estratégico y los criterios del éxito. Los rasgos de cada uno de los tipos de CO en función del MVC pueden apreciarse en la tabla 1.

Tabla 1
Modelo de los valores en competencia

ASPECTOS	CULTURA GRUPAL	CULTURA ADHOCRÁTICA	CULTURA JERÁRQUICA	CULTURA RACIONAL
Características dominantes Organización	Lugar personal y familiar	Muy dinámica y emprendedora	Jerarquizada, controlada y estructurada	Orientada hacia los resultados
Gente	Comparten mucho con los demás	Dispuesta a apostar por sus ideas y a asumir riesgos	Gobernada por procedimientos y normas formales	Competitiva, orientada al logro de objetivos
Liderazgo organizacional	Tutor, consejero y padre de todos en la familia	Emprendedor nato, innovador y tomador de riesgos	Coordinador, organizador y defensor de la eficiencia	Ejecutivo agresivo, competitivo, clara orientación hacia los resultados

Estilo gerencial	Promueve el trabajo en equipo, consenso, participación	Promueve la iniciativa del individuo, la adopción de riesgos, la innovación, la libertad y la singularidad	Promueve la seguridad del empleo, la estabilidad y predicción	Competitividad agresiva, logro de objetivos ambiciosos
Valores organizacionales	Lealtad, compromiso organizacional, confianza mutua	Compromiso con la innovación y cambio continuo	Respeto por normas y políticas formales, cumplimiento con la jerarquía, coordinación	Agresividad, espíritu ganador, consecución de objetivos
Énfasis estratégico	Desarrollo humano de los miembros, confianza, mentalidad abierta	Dinamismo y predisposición a aceptar nuevos retos; experimentar nuevas cosas; aprender de los errores	Permanencia y estabilidad de sus miembros, eficiencia, control y funcionamiento fluido	Acciones competitivas, vencer a la competencia
Criterios del éxito	Desarrollo humano, trabajo en equipo, compromiso e interés por los trabajadores	Desarrollo de productos únicos y novedosos	Eficiencia, confiabilidad en el servicio, adecuada programación de la producción, costos bajos	Penetración y liderazgo en el mercado

Fuente: Tomado de Cameron y Quinn (1999)

Algunos estudios –especialmente en el sector educativo– han considerado la aplicación de dos instrumentos, uno para caracterizar el modelo de cultura y otro para identificar el tipo de cultura ideal de acuerdo con la percepción de los miembros de la organización. La imagen de la cultura ideal es valorada mediante un instrumento secundario denominado Imágenes de las Escuelas a través de la Metáfora (*Images of Schools Through Metaphor ISM*) que formula dos imágenes en función de metáforas, de modo tal que el personal proyecta tanto la situación actual como la ideal. Los datos de la Encuesta de Desempeño Institucional (*Institutional Performance Survey IPS*) y de las ISM apoyan la formulación de estrategias orientadas a cambiar y/o reforzar la cultura existente (Frew, 1996: 4-10).

Cuando los estudios tienen considerada una etapa de intervención, es recomendable la aplicación de dos o más instrumentos que ofrezcan el nivel de detalle requerido. Frente a esto resulta conveniente una triangulación de

herramientas –enfoque multimetódico–, de este modo, un cuestionario cuantitativo que examina valores y creencias puede ser complementado con técnicas cualitativas como la observación para explorar manifestaciones superficiales o la entrevista para indagar a profundidad supuestos implícitos. Si bien es cierto que la mayoría de instrumentos han sido aplicados en el campo de la educación, de la salud y de las actividades gubernamentales, es responsabilidad de los investigadores identificar y ajustar aquellos que presenten algún potencial para ser usados en otros ámbitos.

Finalmente, cabe señalar que los estudios cuantitativos de la CO resultan útiles para examinar las relaciones de tipo cultural y su fortaleza con otros fenómenos tales como la efectividad de la organización y su adaptación a las condiciones cambiantes del entorno. Si bien las investigaciones cualitativas proporcionan una visión sobre estas relaciones, es un tanto difícil y arriesgado generalizar resultados (Zammuto y Krakower, 1991: 110).

5. El impacto de la cultura en el desempeño organizacional

A pesar de que siempre está presente, la cultura es fácilmente ignorada desconociendo así su impacto en la efectividad organizacional. Tradicionalmente, la efectividad fue definida en torno al logro de las metas, enfoque que dominaron por décadas los estudios organizacionales. Por fortuna, en la actualidad se cuenta con una serie de enfoques alternativos que van más allá del logro de las metas y consideran aspectos cruciales como los recursos, los procesos internos, los *stakeholders* y los valores en competencia. La efectividad organizacional ha sido entendida como la satisfacción neta de todos los *stakeholders* en el proceso de transformación de insumos en productos de manera eficiente, la utilidad debe ser para todas las partes involucradas (Zammuto, 1984 en Kowalski *et al.*, 2005. pág. 252).

Las medidas del desempeño pueden dividirse en dos grupos: las financieras, que carecen de flexibilidad e ignoran las demandas de los clientes (utilidades, retorno de la inversión, variación de precios y productividad), y las no financieras (Saad *et al.* 2006. pág. 40). Los criterios para medir la efectividad pueden ser generales y amplios –supervivencia y utilidad– o estrechos y basados en funciones particulares –niveles jerárquicos, roles, procesos–. Campbell (1977) por ejemplo, ha identificado cerca de 30 criterios para medir la efectividad, que van desde la satisfacción laboral hasta el crecimiento y la productividad. Como ya se mencionó en el MVC, a cada cultura corresponden unos criterios propios de efectividad, de modo tal que para la tipología grupal cuenta el compromiso, la cohesión y la moral; para la adhocrática, la adaptabilidad y proactividad; para la jerárquica, la estabilidad y la continuidad; y para la racional, la productividad y la eficiencia. Es así como se reconoce esta herramienta como apropiada para determinar el impacto de la cultura en la actuación de las organizaciones, pues

combina diversos indicadores de efectividad y desempeño (Grant, 2003: 6).

No cabe duda de que la CO ostenta la clave para entender el desempeño pasado y para predecir la productividad futura (Joyner, 2001: 26). Por tanto, no se debe desconocer su contribución al éxito de las organizaciones, independientemente de que se pueda determinar en qué medida lo hace⁸. La noción de éxito varía en función del contexto económico, social y cultural de los países. En Japón, por ejemplo, el atributo más notable es la preocupación por las necesidades sociales y ambientales; en Italia lo es la efectividad del enfoque de administración y gerencia: en México lo es la estabilidad y la rentabilidad (Herbert, 2000: 151).

La productividad, por su parte, también constituye uno de los referentes para medir el éxito, especialmente en nuestros países. En consonancia, la solución para aumentar la productividad no es copiar modelos, teorías o enfoques administrativos y gerenciales, sino luchar por entender y fortalecer la CO. Muchos se preguntan acerca de la relación o vínculo existente entre la cultura y la productividad de una organización, la respuesta a este interrogante es sencilla. En la medida que se cuente con una cultura fuerte, sus miembros conocerán qué se espera exactamente de ellos, por lo que gastarán menos tiempo en decidir cómo actuar frente a una situación determinada. De igual modo, removerá en buena parte la incertidumbre del personal ya que proporciona además de una estructura, estándares y un sistema de valores para operar (Kennedy *et al.*, 1982: 15-16).

Algunos estudiosos han logrado identificar dos dimensiones básicas para determinar la relación de la cultura y el desempeño organizacional, ellas son: 1) las dimensiones de contenido o aspectos que capturan la esencia de la CO y reflejan lo que es la organización frente al enfoque –interno o externo–, a la velocidad, al riesgo, a la participación, a la claridad, al poder y al individualismo; y 2) las dimensiones modelo,

que ofrecen un resultado de las interrelaciones entre las anteriores en función de la fortaleza, la congruencia y el tipo culturales. Sobre esta última dimensión, autores como Nadler and Tushman (1980); Deal and Kennedy (1982), y Cameron and Ettington (1988), consideraron sus factores como fuertes predictores de la efectividad. La fortaleza se refiere al dominio o preeminencia de ciertos aspectos de la cultura que afectan todo lo que pasa internamente. La congruencia concierne al grado en el que la cultura de una parte de la organización es similar y consistente con la reflejada en otra parte. El tipo enfatiza el patrón específico de cultura manifiesto, es decir, la medida en que ciertos atributos culturales o dimensiones de contenido dominan otros (National Research Council Staff, 1997: 73-74).

Algunas corrientes de investigación se han dado a la tarea de desarrollar modelos explícitos de cultura organizacional y efectividad, así como métodos para su medición, basados en cuatro rasgos culturales de efectividad de las organizaciones. Fey y Denison (2003: 688) compilan la caracterización de estos atributos como sigue: 1) Involucramiento: las organizaciones efectivas facultan a la gente, organizan equipos y desarrollan capacidades humanas (Becker, 1964; Lwler, 1996; Likert, 1961). La gente está comprometida y siente un fuerte sentido de pertenencia, participan en las decisiones y conectan sus metas individuales con las de la organización (Katzenbach, 1993; Spreitzer, 1995). 2) Consistencia: las organizaciones efectivas cuentan con normas del comportamiento cimentadas en valores esenciales y con líderes y seguidores capaces de lograr acuerdos (Block, 1991). La consistencia es una fuente de estabilidad e integración interna, producto de formas de pensar comunes. 3) Adaptabilidad: las organizaciones integradas son a menudo las menos sensibles (Kanter, 1983). En este sentido, la integración interna y la adaptación externa pueden estar en desacuerdo. Las organizaciones adaptables son conducidas por sus clientes, toman riesgos y aprenden de sus errores, tienen la capacidad y experiencia en generar el

cambio (Nadler, 1998; Senge, 1990; Stalk, 1988). 4) Misión: las organizaciones efectivas tienen un claro sentido del propósito y dirección, definen metas y objetivos estratégicos y expresan una visión del futuro (Mintzberg, 1987, 1994; Ohmae, 1982; Hamel y Parlad, 1994).

Los autores demostraron que los anteriores atributos estaban relacionados con diversos criterios de efectividad, encontrando que rentabilidad estaba altamente correlacionada con misión y consistencia, innovación con involucramiento y adaptabilidad y crecimiento en ventas con adaptabilidad y misión. Las organizaciones efectivas serán aquellas capaces de resolver las contradicciones entre integración interna y adaptabilidad externa (Fey y Denison 2003: 688).

La cultura es un determinante del desempeño ya que impacta no sólo los resultados directos y la eficiencia de una organización, sino también la salud, el entusiasmo, el compromiso y la flexibilidad de su personal. Bajo estas circunstancias entenderla, darle la atención necesaria y administrarla, facultará a los líderes para maximizar el capital intelectual, actitudinal y conductual de su gente (Darcey-Lymm *et al.*, 2003). No se puede dejar de considerar que así como el líder incide directamente en la cultura, la cultura de una organización también es responsable de definir el perfil del líder, es decir al tiempo que moldea es moldeado (Woida *et al.* 2006. pág. 48). La CO, pues, establece el escenario para la determinación de la estrategia y mejora los aspectos operacionales de la vida organizacional (pág. 37). Aparece como concepto básico para entender fenómenos sociales en las organizaciones y para explicar diferencias entre compañías, particularmente aquellas que operan en el mismo mercado (Salaman. 2000. p. 37).

Conclusiones

Revisados los asuntos atinentes a la cultura organizacional es difícil desconocer su importancia para la interpretación de la

vida, para el comportamiento organizacional, así como para la comprensión de la capacidad de adaptación de los individuos al cambio, aspectos centrales en los procesos de acción colectiva. La disonancia o incompatibilidad entre la cultura y el sistema socioestructural constituye, por tanto, un aspecto a considerar ya que explica, entre otras, la pérdida de efectividad y el deterioro en el funcionamiento de las colectividades. El presente trabajo pretendía conceptualizar en torno a la Cultura Organizacional CO, sus dimensiones y componentes, así como identificar los tipos y enfoques para su medición, para en última instancia determinar su impacto sobre el desempeño organizacional. Corresponde entonces destacar los desarrollos más importantes al interior de cada apartado.

Las definiciones de CO además de numerosas, resultan complejas y divergentes; todos saben qué es pero pocos son capaces de identificarla y explicarla. Más aún, muchos son los que la invocan, especialmente en el medio latinoamericano, y pocos quienes realizan propuestas concretas que permitan su caracterización y medición. Si bien las definiciones son variadas, todas reflejan unos elementos comunes como: mandatos aprendidos, reglas no escritas, supuestos compartidos, valores y prácticas compartidas, conducta aceptable, modo correcto y un moldear de la conducta humana. Conceptos que en conjunto evidencian la informalidad compartida que gobierna y legitima la conducta humana. En muchas organizaciones, incluidas las entidades gubernamentales, la preocupación actual se concentra en el personal, al considerarlo el activo más valioso, apreciación un tanto desfasada, por cuanto lo que verdaderamente define el carácter de toda organización es su cultura y no su gente.

Tres son las dimensiones que agrupan los diversos componentes de la CO, una considerada visible o manifiesta y otras dos invisibles, la estratégica y la esencial. La primera referida al conjunto de prácticas institucionales, la segunda

a las convicciones y certezas de los líderes y la última a las premisas y preceptos compartidos. La identificación e inventario de elementos de la CO no resultan suficientes, lo importante es determinar la contribución de cada uno al complejo cultural de la organización.

De igual manera, se han identificado cuatro agrupamientos que enmarcan los modelos de CO, son ellos la familia, las instituciones sociales, la comunidad científica y las instancias militares y legales. Modelos que dan origen a los tipos de cultura: *grupal* –de clan o de cooperación–, entre cuyos miembros prima el compromiso, la confianza y la solidaridad; *adhocrática* –de desarrollo o de inspiración–, en la que predominan los valores del humanismo y la responsabilidad social; *jerárquica* –burocrática o consistente–, caracterizada por la estandarización de actividades y la obediencia de mandatos organizacionales; y la *racional* –orientada al mercado o del logro–, en cuyo interior se reconocen habilidades y se privilegia la generación de conocimiento e información. Si bien son cuatro tipos de cultura, debe evitarse el encasillamiento de las organizaciones, ello es asimilar siempre a las empresas como una cultura racional, a las entidades gubernamentales como jerárquica, a las no gubernamentales como adhocrática y a las cooperativas como grupal, puesto que en cualquiera de ellas pueden coexistir los cuatro tipos y puede, incluso, dominar o prevalecer un tipo sobre los demás.

Para determinar el modelo de CO existen dos posibilidades, los enfoques cualitativos y los cuantitativos, la elección depende de los objetivos perseguidos, ello es caracterización, medición o intervención. Los estudios cualitativos más comunes son los etnográficos, aunque no se deben desconocer otros como el Focus Group, la Percepción de Valores y Filosofías, los Juegos Proyectivos, las Entrevistas a Profundidad y el Intercambio de Roles, por mencionar algunos. De otra parte, puede afirmarse que los *policymakers*

son precursores en la aplicación de enfoques cuantitativos para la medición de la CO. Muchos de ellos han validado instrumentos en el ámbito gubernamental —hospitalario y educativo—, usando como base fundamental el Modelo de los Valores en Competencia, de Cameron y Quinn.

Es innegable el impacto de la cultura en la efectividad de las organizaciones, entendida esta en términos de satisfacción, crecimiento, productividad, responsabilidad social y medioambiental, estabilidad, rentabilidad, cobertura, etc., dependiendo de sus actividades y ámbito de operación. Pero crear una cultura no es tarea fácil, requiere una inversión constante y sustancial de recursos, especialmente tiempo, sin embargo, puede traer enormes beneficios a través de la creación de relaciones a largo plazo tanto internas como externas. Muchas organizaciones crean culturas para sobrevivir y no para operar efectivamente, funcionan sobre la base de relaciones transitorias con sus *stakeholders* por lo que nunca podrán garantizar una verdadera confianza de sus miembros, sociedad y demás públicos de interés (Emmons, 2004: 2).

La cultura es la responsable de mantener la estructura social en la organización, además de generar la identidad de esta y la diferencia de otras. Sus distintas capas son mantenidas y transmitidas a través de procesos de socialización entre los empleados (Kwantes, 2007. pág. 98). A pesar de que al interior de las ciencias administrativas se ha hablado mucho de la cultura organizacional, quienes han realizado importantes aportes para la medición de la misma son los estudiosos de las ciencias sociales. El reto, por tanto, es para las primeras si desean dar el salto hacia la medición de la cultura en las unidades productivas o empresariales. Finalmente, es importante llamar la atención sobre la necesidad de estudiar los asuntos culturales del sector gubernamental en Latinoamérica, a partir de la realidad de sus países que a todas luces evidencia una demanda por un mejor desempeño de su función pública.

Indudablemente, la consideración de la cultura organizacional en el accionar gubernamental contribuirá al ya viejo propósito del buen gobierno.

Notas

¹ Aunque instituciones y organizaciones a menudo se presentan como sinónimos, conviene hacer la respectiva distinción. Mientras las primeras son reglas formales e informales capaces de moldear la conducta de individuos y organizaciones en una sociedad. Las organizaciones son entes compuestos por individuos que actúan colectivamente para lograr objetivos compartidos. De este modo, organizaciones e individuos persiguen sus intereses dentro de una estructura institucional definida por reglas formales (constituciones, leyes, regulaciones, contratos) e informales (ética, preceptos religiosos, códigos de conducta implícitos). Las organizaciones tienen reglas internas para restringir la conducta de sus miembros. Las instituciones representan la estructura que incentiva la conducta de organizaciones e individuos (Burki (1998) et al. pág. 16).

² Para ampliar respecto a la etimología y génesis del término cultura, remitirse a Chan (2001).

³ Una interesante presentación de los debates surgidos en torno al concepto de cultura organizacional es presentado por Dávila y Martínez (1999).

⁴ Ouchi (1981) y Wilkins y Ouchi (1983) caracterizaron la cultura organizacional en mercados, jerarquías y clanes cuyas formas de control son los mecanismos de precios, las relaciones de autoridad y los valores y creencias compartidos, respectivamente (Wilkins y Ouchi, 1983; Ouchi, 1979, 1980, 1981, en Bates et al, 1995. pág. 1.568).

⁵ Para estos efectos se recomienda una revisión completa de las conclusiones del estudio de Zammuto y Krakower (1991).

⁶ Muchos son los calificativos usados para caracterizar la cultura, por lo que es común oír hablar en términos positivos de una cultura rica, coherente, cohesiva, significativa, vibrante, centrada, integrada o balanceada; en términos negativos de una fragmentada, pobre, poco entendida, depredadora, congelada, caótica, confusa, fría, malsana y difusa, entre otros. Sin importar el calificativo, el éxito en una organización dependerá de la lectura adecuada de la cultura y de la habilidad para perfeccionarla y moldearla de acuerdo con las circunstancias cambiantes del entorno.

⁷ Para ampliar en torno a instrumentos cualitativos consultar Baraona B. (2005).

⁸ Las dificultades para determinar el impacto de la cultura en el desempeño de las organizaciones obedecen a que no se tiene una clara definición de lo que significa el éxito para cada una.

Referencias

- Abravanel, H. (1988), "En busca de los mitos organizacionales" en Abravanel, H. *et al. Cultura organizacional. Aspectos teóricos, prácticos y metodológicos*. Bogotá: Legis.
- Albrow, M. (1999). *Sociology: The Basics*. Londres: Routledge.
- Allaire, Y. & Michaela E. F. (1992). "Teorías sobre la cultura organizacional" en Abravanel *et al.*, *Cultura organizacional. Aspectos teóricos, prácticos y metodológicos*. Bogotá: Legis.
- Alvesson, M. (2002). *Understanding Organizational Culture*. Londres: Sage Publications.
- Barahona, R. (2005). *Diagnóstico de la cultura de empresa en la caja de ahorros de Guadalajara*. [Tesis doctoral]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Bates, K. A. *et al.* (1995, oct). "The Crucial Interrelationship between Manufacturing Strategy and Organizational Culture" en *Management Science*, Vol. 41, N. °. 10. págs. 1565-1580.
- Bradley, L. & Parker R. (2001), "Organisational culture in the public sector". Paper.
- Brinton, Mary C. & Nee V. (Edit.) (2001), *New Institutionalism in Sociology*. Palo Alto: Stanford University Press.
- Burlingham, B. (2001). "What's your culture worth", Inc. págs. 124-133.
- Burki, S. J. & Perry, G. E. (1998). *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*. Washington DC: World Bank.
- Cameron, K. S. & Quinn, R. E. (1999). *Diagnosing and changing organizational culture*. Nueva Jersey: Prentice-Hall.
- Cardoso, M. & Alves, P. (2008, feb.). "Uma reflexão sobre a cultura organizacional à luz da Psicanálise". *Revista Brasileira de Enfermagem*. 61(1): 103-108.
- Chan, A. (2001). *Toward a genealogy of organizational culture. The perspectives of Foucault*. Filadelfia: John Benjamins Publishing Co.
- Darcey-Lymm M. & S. Farbrother (2003, oct.). "Changing organization culture one face at a time" en *Public management*. V 85 i9 pág. 14(4).
- Dávila, A. & Martínez, N. (1999). "Un acercamiento crítico al concepto de cultura organizacional: implicaciones para su estudio en organizaciones latinas".

- En Anabella Dávila y Nora H. Martínez (Coord.), *Cultura en Organizaciones Latinas*. México: Siglo XXI editores.
- Emmons, P. (2004, julio). "Growing smart: achieving success with a well-defined corporate culture" en *Concrete construction*.
- Ferreira, M. C. (2002). "Desenvolvimento de um instrumento brasileiro para avaliação da cultura organizacional". En *Estudos de Psicologia. (Natal)*, Vol. 7, No. 2. págs. 271-280.
- Fey, C. F. & Denison, D. R. (2003). "Organizational Culture and Effectiveness: Can American Theory Be Applied in Russia?" en *Organization Science*, Vol. 14, No. 6, págs. 686-706.
- Fitzgerald, V. (Ed.) (2002). *Social Institutions and Economic Development. A Tribute to Kurt Martin*. Secaucus: Kluwer Academic Publishers.
- Frew, B. (1996). "The assessment of organizational culture at the Sidney Institute of Technology" [en línea] disponible en http://www.aare.edu.au/96pap/frew_96179.txt, recuperado: julio de 2007.
- Grant, G. (2003). *ERP & data warehousing in organizations: Issues and challenges*, Hershey: Igi Global.
- Gray, C. (1998). "The enterprise culture model of development" en *Enterprise*. Florence, KY, USA, Routledge.
- Hannan, M. T. et al. (2003, sept.). "The Fog of Change: Opacity and Asperity in Organizations", en *Administrative Science Quarterly*, Vol. 48, N. ° 3, págs. 399-432.
- Herbert, G. (2000) "Corporate culture. Great businesses turn on a little pin" en Mitchell Charles, *A short course in international business culture*. Novato: World Trade Press.
- Jenks, Ch. (1993). *Culture*. London: Routledge.
- Joyner, J. (2001). "Corporate culture defines success" en *Computing Canada*, V. 27 i11.
- Kennedy, A. A. & Deal T. E. (1982). *Corporate culture. The rites and rituals of corporate life*. USA: Addison-wesley publishing Co.
- Kowalski, K. B. & Swanson, J. A. (2005). "Critical success factors in developing teleworking programs", en *Benchmarking: An International Journal*. Vol. 12, núm. 3. págs. 236-249.
- Kwantes, C. T. (2007). "Organizational culture fit and outcomes in six national contexts: an organizational level analysis". En *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*, Vol. 11, No. 2. págs. 95-111.
- Lau, Chung-Ming, Tse, D. K. & Zhou, Nan. (2002, sept.-dic.). "Institutional Forces and Organizational Culture in China: Effects on Change Schemas, Firm Commitment and Job Satisfaction", en *Journal of International Business Studies*, Vol. 33, N. ° 3. págs. 533-550.
- Lundberg, C. (2000). "Knowing and surfacing organizational culture. A consultant's guide" en Robert T. Golembiewski (Edit.), *Handbook of organizational consultation*. Págs. 701-713. New York: Marcel Dekker Incorporated.
- National Research Council Staff (1997). *Enhancing organizational performance*. Washington: National Academies Press.

- North, D. C. (1993), *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rowlinson, M. & Procter, S. (Verano, 1999). "Organizational Culture and Business History", en *Organization Studies*. 26p.
- Pires, J. C. & Macedo, K. (2006) "Cultura organizacional em organizações públicas no Brasil", en *Revista de Administração Pública* [online]. Vol. 40, No. 1.
- Saad, M. & Patel, B. (2006). "An investigation of supply chain performance measurement in the Indian automotive sector", en *Benchmarking: An International Journal*. Vol. 13 No. 1/2. págs. 36-53.
- Salaman, Graeme (Ed.) (2000). *Understanding Business: Organisations*. London: Routledge.
- Scott, T. (2003). "The quantitative measurement of organizational culture in health care: A review of the available instruments—methods" en *Health Services Research*.
- Shepsle, K., (1999). "La economía Política de la Reforma Estatal: política hasta la medula" en Gandour, M. et al., *Hacia el rediseño del Estado. Análisis Institucional, reformas y resultados económicos*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Schein, E. H. (1988). *La cultura empresarial y el liderazgo*. España: Plaza & Janes.
- The Economist (2002), "When something is rotten; corporate culture (Creating a healthy corporate culture)".
- Truskie, S. D. (1999). "The L⁴ strategy: forming a performance-enhancing culture" en *Leadership in high-performance organizational cultures*. Wesport: Greenwood Publishing Group Incorporated.
- Urrea, F. (2000). *Innovación y cultura de las organizaciones en tres regiones de Colombia*. Bogotá: Colciencias y Corporación Calidad.
- Vaitsman, J. (2000). "Cultura de organizações públicas de saúde: notas sobre a construção de um objeto", en *Cadernos de Saúde Pública*, Vol. 16, No. 3, págs. 847-850.
- Want, Jerry. (2003). "When worlds collide: culture clash, corporate culture—illuminating the black hole" en *Journal of Business Strategy*. Vol. 24 i4. pág. 14(8).
- Weber, R. A. & Camerer, C. F. (2003, abril). "Cultural Conflict and Merger Failure: An Experimental Approach", en *Management Science*, Vol. 49, No. 4, págs. 400-415.
- Woida, L. M., Vieira, J. V. & Pomim, M. L. (2006, agosto). "Cultura e Conhecimento Corporativo". *Espacios*, Vol. 27, No. 2, pág. 35-49.
- Yahyagil, M. (2006). "The fit between the concepts of organizational culture and climate", en *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*.
- Zammuto, R. F & Krakower, J. Y. (1991), "Quantitative and qualitative studies of organizational culture" en Richard W. Woodman y William A. Pasmore, *Research in Organizational Change and Development*. Vol. 5. págs 83-114.
- Zurbriggen, C. (2006). "El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas", en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 26, No. 1, págs. 67-83.

Del individuo aislado a la comunidad cohesionada Los límites a la libertad en Rawls y Aron*

*La libertad no es fin, sino medio. Quien la toma
por fin no sabe qué hacer cuando la obtiene.*
Nicolás Gómez Dávila.

*Nuestra cultura combina la devoción por la libertad
individual con fuertes desacuerdos acerca de sus límites.*
Joseph Raz.

From the individual isolate to the cohesive community Limits on freedom on rawls and aron

Recibido: 15 de julio de 2009 - Revisado: 23 de julio de 2009 - Aceptado: 03 de septiembre de 2009

Iván Garzón Vallejo**

Resumen

El desarrollo teórico de John Rawls y Raymond Aron ponen de relieve un liberalismo que reconoce como punto de partida al individuo libre y aislado, el cual, en razón del influjo de los condicionantes internos y externos a las libertades individuales, va propiciando la construcción de una comunidad política cohesionada. Con tal perspectiva se pone en entredicho la versión moderna de la libertad como ausencia de coerción y, al mismo tiempo, se destaca la vigencia de la discusión acerca de los límites a la libertad en las sociedades contemporáneas. Este fenómeno puede describirse como el tránsito del liberalismo a la socialdemocracia, o como la revisión de la concepción negativa de las libertades individuales.

Palabras claves

Liberalismo, socialdemocracia, John Rawls, Raymond Aron, John Stuart Mill, libertad, libertades.

Abstract

The theoretical development of John Rawls and Raymond Aron highlights a liberalism that acknowledges as its starting point the individual being free and isolated, which, because of the influence of internal and external constraints on individual liberties, encourages the construction of a cohesive political community. With such a perspective challenges the modern version of liberty as an absence of coercion and, at the same time, highlights the validity of the discussion about the limits of liberty in contemporary societies. This phenomenon can be described as the transition from liberalism to social democracy, or as revision of the negative conception of individual liberties.

Key words

Liberalism, social democracy, John Rawls, Raymond Aron, John Stuart Mill, liberty, liberties.

* Artículo de reflexión, que se enmarca en la investigación "Las razones políticas del creyente. La admisibilidad pública de los argumentos filosóficos y religiosos en la sociedad contemporánea", correspondiente a la línea "Justicia constitucional y filosofía práctica", del Grupo de investigación "Justicia, Ámbito público y Derechos humanos", de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. La investigación es financiada y avalada por la Universidad de La Sabana.

Agradezco a los profesores Eugenio Kvaternik y Liliana Irizar los comentarios acerca del texto.

** Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, de Medellín. Candidato a Doctor en Ciencias Políticas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, de Buenos Aires. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.
Correo electrónico:
ivan.garzon1@unisabana.edu.co

1. Introducción

Tanto John Rawls como Raymond Aron, dos pensadores liberales del siglo XX, asumen como punto de partida de su planteamiento teórico la primacía política de las libertades individuales. Una libertad que, al modo de la modernidad, identifican en sus notas esenciales como ausencia de coerción. Sin embargo, la hipótesis que quiero sugerir consiste en que, teniendo como referencia la obra de estos dos autores, se puede apreciar cómo en la medida en que dicha libertad se confronta con la dinámica propia de la sociedad, la perspectiva liberal individualista va siendo superada por una concepción que integra las limitaciones a dicha libertad no sólo como necesarias, sino además como ineludibles, precisamente, de cara a la construcción de un proyecto político colectivo. En términos generales, este proceso se podría describir como el tránsito del liberalismo al socialismo, o mejor, a una socialdemocracia liberal. En el caso de Rawls, esta limitación se lleva a cabo en nombre de una sociedad justa y bien ordenada. En Aron adquiere relevancia por cuenta de la preservación colectiva de las propias libertades. Así, tanto Rawls como Aron ponen de relieve la versión de un liberalismo que, tomando como punto de partida al individuo aislado, por cuenta del influjo de los condicionantes (externos e internos) a su libertad individual, se va integrando paulatinamente a una comunidad política cohesionada.

Así las cosas, en este texto me propongo señalar cómo la versión moderna de John Stuart Mill, que concibe la libertad como una facultad del ser humano caracterizada por la ausencia de coerción, que a la postre se hace hegemónica en el liberalismo moderno, es el presupuesto que John Rawls y Raymond Aron asumen en principio. En un segundo momento sugeriré cómo, a partir de la obra de estos dos autores, las libertades ponen en evidencia que están transidas de limitaciones y condicionantes, para, finalmente, mostrar que dicha realidad inexorable se trasluce en planteamientos como

el de la libertad interior en Aron, así como el del consenso entrecruzado y el de la sociedad justa, bien ordenada o estable en Rawls. Estas categorías incorporan un importante componente de limitación a las libertades individuales que no suponen menoscabo de las mismas, sino, por el contrario, la integración de estas en un contexto social y político más adecuado y razonable.

2. El Liberalismo moderno, o la libertad como ausencia de limitación o coerción

Para Leo Strauss (2007, págs. 10, 25), “ser liberal en el sentido originario significa practicar la virtud de la liberalidad. De allí que, el hombre liberal genuino, es idéntico al hombre virtuoso genuino. Por ello, “en su origen, el hombre liberal era aquel cuya conducta era propia de un hombre libre, distinta de la de un esclavo”. No obstante, esta versión profundamente ética o moral del liberalismo no constituye la perspectiva dominante de la modernidad. Bobbio (2006, p. 21) hace notar que la acepción de libertad preponderante en la tradición liberal concibe la “libertad” y el “poder” como dos términos antitéticos. Ello explica porqué los mecanismos constitucionales que caracterizan el Estado de Derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos del poder, y también porqué, como señala Dworkin (1993, p. 49), los liberales insisten en sacralizar un buen número de derechos individuales a la libertad, las llamadas garantías individuales.

Filosóficamente, el liberalismo moderno concibe la libertad en forma ilimitada y desvinculada de un orden normativo de carácter natural (Messner, 1976, págs. 59-61). En suma, como la ausencia de impedimentos externos para el individuo (Hobbes, 2003, p. 106). Esta corriente política se remonta, entre otros, a John Stuart Mill, uno de los padres del liberalismo moderno, autor del opúsculo *On liberty*, considerado la obra clásica en pro de la libertad individual (Berlin, 2005, págs. 9-11). Allí, Mill

señala que el objeto de su ensayo es afirmar un principio destinado a regir las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control:

Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás (Mill, 2005, pág. 68).

Por tanto, la cuestión que inquieta a Mill (2005, pág. 62) no es principalmente, al modo del liberalismo antiguo, cómo hacer virtuoso al individuo, sino cómo definir el límite, el ajuste exacto entre la independencia individual y la intervención social, o, en otros términos, cómo precisar la naturaleza o los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo (Mill, 2005, pág. 57). Con la versión moderna del liberalismo se establece como conclusión que la restricción de la libertad es un mal (Hart, 2006, pág. 165), o que, en cualquier caso, debe ser acotada al máximo, en el entendido de que, “la única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta” (Mill, 2005, pág. 68). Afirmada como principio medular de la concepción política, Mill combina tal convicción con un presupuesto utilitarista de costo-beneficio, en el cual “la humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándolo a vivir a la manera de los demás” (Mill, 2005, pág. 72).

Como se puede entrever, aquí subyace una profunda desconfianza hacia el cuerpo

social, del cual se presume su carácter invasivo. Por consiguiente, la libertad es considerada ante todo como una conquista individual. Pero además, aparece una visión del individuo y de la comunidad compartimentada y antagónica, en la que “a la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad aquella en la que ella misma esté principalmente interesada” (Mill, 2005, pág. 152). En este marco, el abuso del poder y la tiranía no adquieren únicamente un carácter político. También social. Mill (2005, págs. 61-62) designa el “populismo moral” como una forma de abuso del poder de la mayoría democrática por medio de la opinión y el sentimiento prevalecientes. Ante ello, el filósofo inglés busca salvaguardar la libertad individual contra la tendencia de la sociedad a imponer sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a quienes disienten de ellas. En este contexto, en una democracia, el populismo moral o la tiranía de la mayoría, consiste en la tendencia a considerar que “la mayoría tiene un derecho moral a dictar cómo debería vivir todo el mundo” (Hart, 2006, pág. 162). Dado que la democracia se funda principalmente en el principio de la igualdad, la forma democrática supone cierta uniformización de las actitudes y los comportamientos. Con ello se insinúa el clásico conflicto entre la libertad y la igualdad trasladadas al ámbito político, dilema del que, como se verá, es representativo el pensamiento tanto de Aron como de Rawls.

Teóricamente, el ideal liberal conduce a una sociedad en la que la coerción se haga innecesaria. En este sentido, Dalmacio Negro (1975, pág. 166) hace notar que detrás de las doctrinas liberales modernas subyace el intento de sustituir la autoridad basada en la tradición por una autoridad racionalmente legitimada, que no tiene por qué apelar a ningún derecho divino, a ninguna revelación; y abriga la esperanza de que, una vez educada la colectividad, ni siquiera se haga necesario recurrir a la fuerza.

Ahora bien, la versión milliana del liberalismo parece constituir la matriz teórica

del liberalismo contemporáneo, difundida exitosamente con el concepto berliniano de la libertad negativa. En efecto, dentro de los cuatro conceptos que acuña Aron (1999, págs. 76-77) sobre la libertad, la segunda definición de la misma consiste en estar protegido contra la arbitrariedad de los que detentan el poder. Aron (2007, pág. 174) destaca la primacía que dicha tradición le asigna a la libertad sobre otros valores y principios. A su juicio, “el objetivo de una sociedad libre debe consistir en limitar en lo posible el gobierno de los hombres por los hombres, y aumentar el gobierno de los hombres por las leyes”. La ausencia de limitación de la libertad individual lleva a Aron (2007, pág. 174) a sugerir que el planteamiento de la misma desde la perspectiva de las libertades políticas es insuficiente, pues en último término, todo miembro de una sociedad no es libre en relación con innumerables actos (todos aquellos que prohíbe la ley), pero es libre de actos numerosos gracias a la ley que prohíbe a los otros el impedirle realizarlos (ir a la iglesia de mi elección, publicar mis opiniones, viajar fuera del país, entre otros).

Del mismo modo, para John Rawls, la libertad se resume en la no intervención de los demás en los propios asuntos: “La libertad [...] es un complejo de derechos y deberes definido por las instituciones. Las diferentes libertades especifican las cosas que podemos decidir hacer si lo deseamos, y con respecto a las cuales, cuando la naturaleza de la libertad lo hace apropiado, los demás tienen el deber de no intervenir” (Rawls, 2004a, pág. 225). Pero también hace notar que una libertad básica está caracterizada mediante una estructura de derechos y deberes, y que además, no sólo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen el deber jurídico de no obstaculizar (Rawls, 2004a, pág. 193). Al igual que Aron, el profesor de Harvard University concibe que “cualquier libertad puede ser explicada con referencia a tres cosas: los agentes que son libres, las restricciones o límites de los

que están libres y aquellos que tienen libertad de hacer o no hacer” (Rawls, 2004a, pág. 193). Sin embargo, de los tres aspectos señalados, el principal parece ser el segundo, puesto que, considerando la libertad de conciencia, según el filósofo norteamericano, “los individuos tienen esta libertad básica cuando están en libertad de promover sus intereses morales, filosóficos o religiosos, sin que existan restricciones legales que les exijan participar o no, en cualquier forma de prácticas religiosas o de otro tipo, y cuando los demás tienen un deber jurídico de no interferir” (Rawls, 2004a, pág. 193).

En síntesis, para el profesor estadounidense, la libertad implica ausencia de restricciones, no obstante, “la limitación de la libertad se justifica sólo cuando es necesaria para la libertad misma, para prevenir una invasión de la libertad que sería aún peor” (Rawls, 2004, pág. 204). En otros términos, la libertad no parece ser un medio, sino un fin.

3. Límites o condicionantes de las libertades

Una lectura de estos dos pensadores que concluya destacando la influencia de la moderna concepción liberal en sus obras estaría incompleta. Al fin y al cabo, ni Raymond Aron ni John Rawls se inscriben en la tendencia libertaria, es decir, no conciben la libertad únicamente como ausencia de coerción o limitantes. Por ello, si bien su filiación es liberal, aquél de la tradición francesa, y éste de la tradición anglosajona, los dos autores asumen que, en el ejercicio de la libertad en el contexto social, esta tiene unos limitantes y unos condicionantes, principalmente de carácter externo al sujeto.

Así, Aron destaca la importancia de los condicionantes materiales adecuados para el ejercicio de la libertad, y se pregunta: ¿es una libertad auténtica la libertad que el individuo no puede ejercer por falta de recursos? Sin embargo, el pensador francés apunta con

lucidez –y aquí hay un claro aporte a la tradición liberal contemporánea– que dichas condiciones no son únicamente externas, pues según él, la libertad como capacidad no sólo exige recursos exteriores –como el dinero– sino que también debe superar obstáculos interiores: la interiorización que hace cada quien de su propia condición, o una socialización difícilmente compatible con la adquisición de una cultura avanzada (Aron, 1997, pág. 250). De este modo, el autor reprocha “*la confusión en nuestra época de la no-libertad con la no-capacidad*” (Aron, 2007, pág. 179).

Este enfoque acerca del ejercicio de la libertad sugiere que el Estado y el poder político en general, no es el único potencial condicionante de las libertades personales. También lo es la sociedad. Y acá Aron (1997, pág. 262) devela su faceta como sociólogo: “La sociedad de consumo realiza, a cada instante, la hazaña diabólica de llevar a los individuos, innumerables y solitarios entre la muchedumbre, a hacer libremente lo que ella exige que hagan para que ella misma pueda prosperar”. Ello lleva a las libertades a una paradoja, y es que, por una parte, la extensión de la idea democrática a la sociedad civil, a la vida profesional o a ciertas instituciones intelectuales (universidades) ensancha el horizonte de la libertad humana. Pero, por otra parte, la búsqueda de una libertad fuera del trabajo y de la necesidad, contra la coacción sutil de la socialización inconsciente y de la manipulación la pone en entredicho (Aron, 1997, pág. 264). En este sentido, si se asume como punto de partida la definición de la libertad como capacidad de elegir por sí mismo los objetivos y los medios en función del contexto natural y legal, en rigor, “sólo podrían ser llamados libres los “independientes”, es decir, los productores agrícolas, los comerciantes, los empresarios o los miembros de las profesiones liberales” (Aron, 2007, pág. 165).

Ahora bien, en la integración que en su concepción lleva a cabo Aron entre las libertades de la política con la sociología y la filosofía,

se concluye que “si no hay hombre que pueda llamarse enteramente libre o enteramente no-libre, una sociedad puede llamarse más o menos libre en función de dos criterios tradicionales: la limitación del poder de los gobernantes y la no-dependencia en ciertas actividades de un gran número de individuos” (Aron, 2007, págs. 189-190).

En una orientación semejante, Rawls destaca también los condicionantes y limitantes de las libertades en el ámbito público. En efecto, la primera barrera rawlsiana de las libertades básicas consiste en determinar que éstas pueden limitarse cuando se oponen unas a otras. Por consiguiente, ninguna de ellas es absoluta (Rawls, 2006, pág. 275). No obstante, el autor aclara que el reconocimiento de la prioridad de la libertad implica, en la práctica, que una libertad básica puede limitarse o negarse únicamente a favor de una o más libertades básicas (Rawls, 2006, pág. 274).

Así las cosas, en Rawls, estamos ante una suerte de *liberalismo circular*, es decir, un liberalismo que condiciona las libertades básicas únicamente con el propósito de favorecer las demás libertades, no en razón de otros valores extra-liberales. Por ejemplo, para Rawls (2006, pág. 204), “la libertad religiosa y moral se deriva del principio de igualdad de la libertad; y suponiendo la prioridad de este principio, el único fundamento para negar las libertades equitativas es evitar una injusticia aún mayor, una pérdida aún mayor de libertad”. Sin embargo, en razón de su orientación política socialdemócrata, el profesor de Harvard matiza esta concepción y reconoce que la justicia, bajo el principio de la igualdad, puede ser un condicionante legítimo de las libertades. En este sentido, las libertades políticas de los ciudadanos deben ser aproximadamente iguales, o por lo menos suficientemente iguales, en el entendido de que cada cual tenga una justa oportunidad para ocupar un puesto público y para ejercer su influencia en el resultado de las decisiones políticas. Ello sin importar su

posición social o económica (Rawls, 2004a, págs. 301-302). Evidentemente, uno de los propósitos del liberalismo rawlsiano es, como veremos, conciliar la libertad y la igualdad de cara al ideal de una sociedad justa, bien ordenada y políticamente estable.

John Rawls coincide con Raymond Aron en la idea según la cual existen condiciones externas que condicionan el ejercicio de la libertad, o, dicho en otros términos, que las libertades individuales están situadas en un contexto social y político específico que las influye:

[...] las libertades básicas están especificadas por derechos y deberes institucionales que facultan a los ciudadanos para hacer varias cosas, si así lo desean, y que prohíben que otras cosas interfieran en la acción de los ciudadanos. Las libertades básicas constituyen un marco de oportunidades y vías de acción legalmente protegidas. Por supuesto, la ignorancia y la pobreza, además de la carencia de medios materiales, generalmente impiden a las personas ejercer sus derechos y beneficiarse con estas oportunidades abiertas para todos. Pero, en vez de tomar en cuenta estos y otros obstáculos semejantes como restricciones a la libertad de la persona, los tomamos en cuenta como factores que afectan el valor de la libertad, es decir, la utilidad que tengan sus libertades para las personas (Rawls, 2006, pág. 300).

Rawls sugiere la distinción fundamental entre las limitaciones o los condicionantes externos de las libertades por un lado, y las restricciones a la misma, por otro. Es decir, toda limitación a la libertad no implica una restricción, y menos aún, una vulneración de la misma. Sin embargo, dicha conclusión se

extrae luego de efectuar un juicio concreto, en el que se debe considerar la especificación de las libertades básicas, para determinar si una institución o una ley restringe realmente una libertad básica o meramente la regula (Rawls, 2004a, pág. 194).

4. La libertad interior o una libertad regulada en Aron

El deslinde tanto de Rawls como de Aron de una postura teórica libertaria es evidente. Y es que, el liberalismo no supone *de iure*, o al menos en todos los casos, una oposición al ejercicio del poder político, o una concepción que interpreta cualquier limitación o condicionante a la libertad como una restricción indeseable e incluso ilegítima, una versión que, en el contexto colombiano queda ejemplificada en la sentencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-239 de 1997) según la cual, ante la posibilidad de que la persona que padece una enfermedad terminal se cause su propia muerte (eutanasia), el tribunal expresa: “Si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral”. Contrario a tal tendencia anarquizante y hasta inhumana, Rawls asevera que es razonable suponer que, incluso en una sociedad bien ordenada y estable –ideal de su propuesta filosófica liberal–, los poderes coercitivos del gobierno y del Estado son necesarios para mantener la estabilidad de la cooperación social. La razón es patente: a pesar de que los hombres saben que comparten una idea común acerca de la justicia, y de que cada uno quiere adherirse a los acuerdos existentes, puede no obstante suceder que carezcan de confianza en los demás (Rawls, 2006, pág. 226).

Del mismo modo, Raymond Aron apunta cuatro definiciones de la libertad: una primera consiste en participar en la formación o en el

ejercicio del poder. Así, ser libre equivale a tener derecho al voto. Ser libre equivale a ser ciudadano. Una segunda definición consiste en estar protegido contra la arbitrariedad de los que detentan el poder. Una tercera definición es la libertad como capacidad, la libertad-plenitud de la persona, esto es, la posibilidad de realizarse en la vida social. La “imposibilidad de realizarse en la sociedad es algo imposible de definir con todo rigor, debido a sus múltiples gradaciones. No obstante, es una de las ideas que parece ligada a la libertad”. Por último, una cuarta definición es la libertad-autonomía, es decir, la capacidad por parte del individuo de no ser absorbido completamente por los grupos intermediarios o por la nación. La capacidad de poder escoger por sí mismo sus ideas, su manera de vivir, su partido político, su religión: un cierto grado de libertad-opción o de libertad-autonomía respecto a las obligaciones tanto de la sociedad como del Estado (Aron, 1999, págs. 76-77). Esta amplia categorización del tema de la libertad lleva a Aron, como a otros liberales (Dworkin, 2008, págs. 91-103) a concluir que se debe hablar, en rigor, de *libertades*, y no de libertad.

Evidentemente, la fundamentación filosófica de la libertad no fue una preocupación central en el pensamiento de Raymond Aron. Sin embargo, las “pinceladas” que dio de este asunto, resumido básicamente en su concepto de la libertad interior son muy sugerentes, de cara al objeto de estudio de este trabajo. Sobre todo teniendo en cuenta que, buena parte de la tradición liberal contemporánea —es el caso de John Rawls, por ejemplo—, omite de plano entrar en honduras filosóficas de jaez metafísica y antropológica, situándose exclusivamente en una perspectiva política (Rawls, 2006, págs. 113, 132). No obstante, para Aron, el concepto de libertad interior pretende superar una lectura meramente política del problema de la libertad. Su planteamiento se encuentra, entre otros lugares, en su crítica de la obra hayekiana. Allí, destacando la insuficiencia de la filosofía elaborada por Friedrich August Von Hayek,

Aron plantea que la razón última de tal oposición es su negativa a tomar en consideración el problema de la libertad interior. Para él, “Hayek, quien en tantos puntos se opone a las tendencias positivistas, que reprocha a Kelsen acordar la dignidad de ley a cualquier sistema de normas estatales, se dejó impresionar por una escuela actual de filosofía hasta el punto de creer que las controversias llamadas metafísicas sobre la libertad de la voluntad están desprovistas de sentido” (Aron, 1997, págs. 206-207).

Entretanto, Aron no sólo evita pasar del largo ante las cuestiones filosóficas, sino que además cuestiona la actitud de quienes menosprecian el valor de la reflexión metafísica. En efecto, le parece aventurado admitir que las grandes inteligencias han discutido apasionadamente y durante tantos siglos cuestiones sin importancia y hasta sin significación. En este orden de ideas, considera errónea esta afirmación: “*It appears that the assertion that the will is free has as little meaning as its denial and the whole issue is a phantom problem, a dispute about words in which the contestants have not made clear what an affirmative or a negative answer would imply*” (Aron, 1997, pág. 207).

Ante la concepción de Hayek según la cual la libertad se define como ausencia de coerción, Aron apunta el carácter ineludible de los mecanismos de socialización. De allí que asevere que el pensamiento de Hayek es perfectamente claro en el nivel en que se sitúa de ordinario, es decir, como doctrina de lo que debiera ser la sociedad moderna. En cambio, son frágiles los fundamentos filosóficos que quiso dar a este ideal social, pues define la libertad como falta de coacción, y ésta como una situación objetivamente reconocible. Sin embargo, a juicio de Aron, Hayek confunde el hecho de que todas las empresas colectivas hacen de ciertos individuos los instrumentos de sus jefes sin que, por ello, soldados y obreros se juzguen “oprimidos”. El autor austríaco plantea una diferencia radical entre la obediencia a personas y la sumisión a reglas, y pasa por alto,

o descuida el hecho de que las reglas generales pueden ser, asimismo, opresivas, y que en último análisis es la relación entre el *contenido* de las prohibiciones y de las obligaciones, por una parte, y las esperanzas legítimas de los individuos, por la otra, las que establecen la medida efectiva de la libertad en una sociedad determinada. Para Aron, se debe saber si, y en qué medida, la crítica de los fundamentos filosóficos entraña consecuencias en lo tocante a la propia doctrina económico-social (Aron, 1997, pág. 203). La respuesta afirmativa parece evidente.

Una concepción instrumental de la libertad, esto es, que no especifique contenidos sustantivos, le parece a Aron insuficiente, puesto que “una sociedad libre solo funcionará bien si los individuos son guiados, en cierta medida, por valores comunes. Y ve allí precisamente la explicación al hecho de que los filósofos a veces hayan definido la libertad como “la acción conforme a las leyes morales”. Para Aron, Hayek se equivoca al explicar así la equivalencia, establecida por muchos filósofos, entre moral –o racionalidad o universalidad– y libertad. Pues según esta concepción, basta oponer pasión y reflexión, o animalidad y conciencia, para que la libertad (interior) parezca el término del esfuerzo por el cual el animal humano llega a la humanidad. Definir la libertad por la moralidad de la conducta no deja de tener sus peligros: Aron (1997, pág. 208) hace notar que, en nombre de las exigencias de la educación, el que pretenda estar investido de una misión tratará de coaccionar a aquellos que piensen de otra manera. Por lo tanto, una concepción no instrumental de la libertad no equivale *per se* a una concepción moralista o comprensiva –en términos rawlsianos¹– de la misma.

4.1 Las prohibiciones como socialización

La libertad interior no es una realidad abstracta, de allí que para Aron (1997, pág. 211), “en cada época, en cada sociedad, el

sentimiento de la libertad depende, más que nada, de una circunstancia. Acaso dependa, incluso, de la eliminación de una cierta forma de opresión que ha resultado intolerable”. En esa concepción integradora entre una realidad interior del sujeto y la relación con el entorno se concluye que “ser libre de hacer una cosa y ser capaz de hacer una cosa son dos nociones radicalmente diferentes. La incapacidad se convierte en no-libertad (*unfreedom*), sólo en aquellas circunstancias en que se debe a la intervención ajena” (Aron, 2007, pág. 173).

Ahora bien, la relación del individuo con el entorno no es determinante o alienante, como quiera que, “el hombre libre no se define exclusiva y ni siquiera principalmente por las libertades que le otorga el medio; el hombre libre ha tomado conciencia de sus valores, y se ha encadenado a sí mismo para realizarlos” (Aron, 1997, pág. 269). Es decir, mediante un planteamiento de ecos rousseauianos, Aron considera que el hombre está ligado inevitablemente a la sociedad, y que al vincularse a ésta –el ginebrino señala que tal vínculo opera específicamente con la voluntad general– (Rousseau, 2005, págs. 77-82), salvaguarda su libertad individual. A diferencia de Jean Jacques Rousseau, Raymond Aron no va a concebir dicha ligazón dramáticamente –en razón de la contradicción entre una naturaleza bondadosa y una sociedad corrompida–, o de modo inexorable, sino de modo liberador y socializador. Así, el núcleo del concepto aroniano de libertad interior es la idea de que la libertad se complementa con las prohibiciones, en la medida en que estas sean justas, punto en el que nuevamente se armoniza su planteamiento con el de Rawls. Por consiguiente, aunque Aron propone como punto de partida una definición analítica u objetiva de las libertades, es decir, asume que el sujeto puede decir “soy libre de hacer esto o aquello, lo cual lleva a elegir mi conducta si los otros no me constriñen ni me impiden, por la fuerza, hacer lo uno o lo otro, sino me obligan a ello valiéndose de la amenaza de sanciones”, del mismo modo, esta

definición pone inmediatamente en relieve la complementariedad de *las* libertades con *las* prohibiciones” (Aron, 1997, pág. 234).

En esa línea, Aron aclara que la prohibición no equivale en todos los casos a coerción. De hecho, su concepto de éste fenómeno es más específico, menos vago y contradictorio, que aquel que expone una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (C-221 de 1994), en la que, a propósito del examen de la constitucionalidad de la prohibición legal del consumo de drogas, el tribunal señala: “Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori, soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme”. A diferencia de esta defensa a ultranza de la autonomía absoluta del individuo, para Aron (2007, pág. 108), “la esencia de la coerción es la amenaza de infligir a otro, si no se somete a nuestra voluntad, una sanción. El coercido pierde la capacidad de usar su inteligencia para elegir sus medios y sus fines y se convierte en instrumento de quien impone su voluntad”. Por consiguiente, no se trata de *cualquier* limitación a la libertad individual. Eso explica por qué, para el pensador francés, la socialización no sólo no es mala *per se*, como sugieren egregios autores del liberalismo moderno como John Stuart Mill, para quien las restricciones –aunque sean presentadas como socialización– constituyen básicamente una coacción de la libertad, sino que incluso es positiva y necesaria: “El ideal de una sociedad en que cada quien elegiría sus dioses o sus valores no puede difundirse antes de que los individuos se hayan educado en la vida colectiva [...] Para dejar a cada quien una esfera privada de decisión y de elección, todavía falta que todos o la mayoría quieran vivir juntos y reconozcan un mismo sistema de ideas como verdadero, una misma fórmula de legitimidad como válida. Antes de que la sociedad pueda ser libre, se necesita que sea sociedad”, enfatiza Aron (1997, pág. 208).

Nuevamente, si se traslada la concepción liberal aroniana al contexto teórico

norteamericano, habría que concluir que Aron está lejos de ser un libertario. Por el contrario, se sitúa en el ámbito plenamente liberal, aquel que no reniega de unos valores comunes característicos de la comunidad política, sin que desprenda de ellos el valor colectivo supremo e identitario para los ciudadanos. En este punto emerge un elemento a partir del cual se diferencia de los autores comunitaristas. No obstante, quizás Raymond Aron (2007, pág. 193) se puede catalogar como un liberal atípico o quizás, un liberal-conservador o un liberal socialdemócrata, puesto que, si bien reconoce un lugar central para la libertad, considera al mismo tiempo que, si se pasa del análisis sociológico a la reflexión filosófica, las libertades político-sociales no son un fin o un valor supremo, sino un medio necesario para alcanzar los más elevados valores. Es decir, las libertades están en función de la socialización del individuo, de su participación en la sociedad histórica a la que éste pertenece. O dicho brevemente, Aron es socialdemócrata porque es liberal, y con la ligazón de estas dos doctrinas tiende un puente hacia la tradición clásica, especialmente hacia el axioma aristotélico del hombre como *zoón politikón*, categoría que destaca la politicidad como una realidad natural de carácter metafísico y universal. Aunque algunos han creído ver en esta sentencia aristotélica la pretensión de afirmar *en general* el carácter social de los hombres, en realidad, el Estagirita quiere señalar la tendencia natural de éstos a congregarse en un tipo específico de comunidad, la *polis* (Correa, 2003, pág. 83).

Hay que tener en cuenta que, buena parte de la argumentación de Aron en el tema de las libertades tiene como interlocutor directo el pensamiento marxista, que en la segunda mitad del siglo XX aparece como un serio desafío intelectual, y a la vez es asumido como forma ideológica prácticamente por la mitad de Europa, China, la URSS y otras naciones del mundo. Esta ideología desdeña el valor de la libertad individual inscribiéndose en el colectivismo, así como en una lectura del

ser humano subordinado e instrumentalizado por la sociedad. De este modo, quizás contra el pensamiento marxista, Aron critica una lectura de las prohibiciones únicamente como mecanismos externos:

Ya sean estatales o sociales, las prohibiciones pueden ser consideradas exteriores porque la amenaza de sanción llega de fuera, y porque serían los otros hombres quienes ejecutarían el castigo. A otra categoría pertenecen las prohibiciones interiores, las que, en cada uno de nosotros, limitan nuestra libertad, so pena no de una sanción estatal o social, sino de una sanción que nos infligiríamos a nosotros mismos en forma de un sentimiento de vergüenza, de remordimiento, de culpabilidad. ¿Deberemos ver en esas prohibiciones interiores un límite o una condición de nuestra libertad (esta vez en singular y en su acepción filosófica)? Aún es demasiado temprano para dar una respuesta. Provisionalmente, contentémonos con recordar un hecho de la experiencia: esas prohibiciones interiores resultan, en su mayoría, de normas sociales interiorizadas (Aron, 1997, págs. 235-236).

Con este planteamiento, Aron no sólo introduce el concepto de interioridad en la reflexión política liberal, —expresándolo por lo demás en categorías antropológicas y metafísicas como vergüenza, remordimiento y culpabilidad—, sino que también pone en contacto esta tradición con la sensibilidad ética o moral.

5. Consenso entrecruzado y sociedad justa y bien ordenada en Rawls

Volviendo sobre el célebre autor de *Teoría de la Justicia*, voy a sugerir cómo, al igual que Raymond Aron, en éste también acaece el

tránsito desde una concepción liberal moderna en la que se tiene en cuenta básicamente al individuo aislado y autónomo, ante quien tanto el Estado, la sociedad como el poder público en general deben evitar interferir, a una concepción a medias socialista o socialdemócrata, en la que las libertades individuales pueden y deben ser limitadas en aras a la construcción de una sociedad cohesionada en torno a ciertos principios y valores fundamentales. De este modo, por ejemplo, “la libertad religiosa y moral se deriva del principio de igualdad de la libertad; y suponiendo la prioridad de este principio, el único fundamento para negar las libertades equitativas es evitar una injusticia aún mayor, una pérdida aún mayor de libertad” (Rawls, 2006, p. 204).

El punto de partida del liberalismo político rawlsiano es un dato de carácter sociológico: la diversidad de cosmovisiones o doctrinas comprensivas de carácter filosófico, religioso y moral en la sociedad contemporánea. Aunque las sociedades actuales no estén cohesionadas por una sola doctrina comprensiva, y el escenario de coexistencia de muchas de éstas, siempre y cuando sean razonables, es apreciado positivamente por la perspectiva pluralista, Rawls (2004a, pág. 35) sugiere que una sociedad bien ordenada requiere de un acuerdo fundamental, pero no acerca de una concepción del bien o de la vida buena —pues a su juicio esto es imposible y anacrónico—, sino de las cuestiones básicas de la justicia y de los elementos constitucionales esenciales. El profesor de Harvard University precisa que las cuestiones constitucionales esenciales se refieren a las preguntas acerca de qué derechos y libertades pueden ser incluidos razonablemente en una Constitución escrita, cuando la misma puede ser interpretada por un Tribunal Constitucional o un cuerpo semejante. Asimismo, las cuestiones de justicia básica se refieren a la estructura básica de la sociedad, y son de su competencia asuntos de economía y justicia social básicas y otras cosas no amparadas en la Constitución (Rawls, 2004b, pág. 110, nota 23).

Es precisamente en este punto donde se sitúa su propuesta del liberalismo político, la cual busca perfilar una concepción política de la justicia que pueda ganarse el apoyo de un consenso entrecruzado de las doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales sostenidas por los individuos. En suma, el problema central ante el que se propone su teoría normativa es:

¿Cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí? En otras palabras, ¿cómo es posible que unas doctrinas comprensivas profundamente opuestas entre sí, aunque razonables, puedan convivir y afirmen todas la concepción de un régimen constitucional? (Rawls, 2004a, pág. 13).

Lo sugerente del planteamiento del Rawls, para efectos de este trabajo, es que su punto de partida supone un acuerdo consensuado cuya *conditio sine qua non* es la limitación o el acotamiento de las diferentes perspectivas individuales, o en otros términos, una restricción y auto-limitación del alcance de las doctrinas morales, filosóficas y religiosas a las que adhieren los individuos. De allí que, Rawls se interrogue acerca de ¿cómo, exactamente, fijar las fronteras de las libertades básicas cuando entran en conflicto? “¿Cómo interpretar los requisitos de la justicia distributiva, aunque haya un acuerdo considerable sobre los principios generales para la estructura básica?”. Y su respuesta es que, “al soslayar las doctrinas comprensivas intentamos ir más allá de las más profundas controversias religiosas y filosóficas, de tal manera que podamos disponer de alguna esperanza de encontrar un fundamento para un consenso entrecruzado estable. Sin embargo, tales doctrinas no pierden relevancia. De hecho,

“al suscribir una concepción política de la justicia, quizá debamos afirmar, con el tiempo, al menos ciertos aspectos de nuestra propia doctrina comprensiva, religiosa o filosófica (no necesariamente del todo comprensiva)” (Rawls, 2006, pág. 153).

Así las cosas, para Rawls (2006, pág. 194) parece evidente que, si bien las libertades iguales para todos pueden y deben restringirse, estos límites están sujetos a determinados criterios expresados por el significado de libertad igual y los principios de la justicia, además del consenso entrecruzado, el cual busca fortalecer la adhesión de los ciudadanos a los principios básicos de justicia. En efecto, esta convicción inspira el diseño de la sociedad desde la misma posición original, estado hipotético desde el cual se establecen los principios de justicia. Por consiguiente,

al limitar la libertad en nombre del interés común en el orden y la seguridad públicas, el gobierno actúa conforme a un principio que sería escogido en la posición original, dado que en esta posición cada quien reconoce que la violación de estas condiciones es un peligro para la libertad de todos [...] Restringir la libertad de conciencia en los márgenes, con frecuencia inexactos, del interés estatal en el orden público es un límite derivado del principio del interés común, esto es, el interés del ciudadano igual representativo (Rawls, 2006, pág. 203).

La superación definitiva de la concepción liberal milliana, y moderna en general, por parte de Rawls (2006, págs. 238-239) proviene de su consideración de que los principios de la justicia afectan a todas las personas con planes de vida racionales, y estos principios representan las limitaciones apropiadas a la libertad. De acuerdo con esto, las limitaciones no se oponen *per se* a la libertad, por el contrario, le son esenciales,

sobre todo si se concibe al individuo inmerso en un determinado contexto social. Por ello, concluye Rawls, es posible decir que los límites impuestos a las concepciones sobre el bien son el resultado de una interpretación de la situación contractual que no establece restricciones previstas a los deseos de los hombres. Con dicho planteamiento, el filósofo político estadounidense pone de relieve que tales limitaciones no contradicen una postura política liberal, pues al fin y al cabo, como ciudadanos, tenemos razones para imponer a las asociaciones de la sociedad civil las restricciones especificadas por los principios políticos de la justicia. Y del mismo modo, como miembros de las asociaciones, “tenemos razones para limitar tales restricciones de tal suerte que permitan el libre florecimiento de la vida interna más adecuada para la asociación en cuestión” (Rawls, 2001, págs. 183-184). En esta formulación teórica aparece el intento de conciliación que el autor pretende llevar a cabo entre las libertades y el diseño de una sociedad justa, bien ordenada y estable.

Si se quiere indagar en las raíces filosóficas de tal propuesta, no se puede desconocer la evidente filiación kantiana de la filosofía política rawlsiana. En efecto, para él, el objetivo principal de Kant es profundizar y justificar la idea de Rousseau de que la libertad consiste en actuar de acuerdo con una ley que nos damos a nosotros mismos. Esto conlleva a una ética de mutuo respeto y autoestimación. En ese marco, Rawls postula la posición original como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico, en el marco del sistema de una teoría empírica, de carácter político y no metafísico (Rawls, 2006, págs. 240-241), aunque, como señalé anteriormente, en sus últimas obras –especialmente en *Liberalismo político*– reformula su propuesta para situarla como un liberalismo no comprensivo, sino tan sólo político.

Conclusiones

Salvo que se radicalice hacia el libertarismo, en el contexto contemporáneo, parece evidente que el liberalismo tiende inercialmente hacia la

socialdemocracia. Y ello por cuenta del influjo de las condiciones sociales y políticas en las que se desenvuelve la práctica de las libertades individuales. La explicación de ello se puede encontrar en el hiato entre la teoría y la praxis de las libertades concretas introducido por el liberalismo moderno. Al fin y al cabo, la tradición liberal moderna deviene en un conjunto de principios de orden especulativo que podían desconectarse de la realidad práctica sin el menor sentimiento de culpa por parte de quienes tuvieran que aplicarlos. De allí que, históricamente, y bajo la estela de la filosofía política de John Stuart Mill, el liberalismo se reduce al dogma de la libertad de pensamiento (Negro, 1975, pág. 243). En efecto, Mill reduce el liberalismo a una doctrina cuyo principio supremo es el de la libertad intelectual, con la paradoja que se sitúa al margen de las situaciones históricas concretas. Como racionalista, y en un contexto histórico en el que dicho credo tuvo un gran atractivo debido al impacto político y social de las revoluciones burguesas, Mill no resiste la tentación de convertir la libertad de pensamiento ante todo en una etiqueta y en una consigna. Pero además, en cuanto utilitarista, Mill considera la libertad de pensamiento exclusivamente como un bien subjetivo e individual, con lo cual, al desvincularse de una realidad objetiva y normativa, que no es otra que la verdad, este bien, entendido como facultad, queda sujeto a la manipulación. Con ello, descuida sus aspectos prácticos –que, sin embargo, son en general los que más le interesan– y no es capaz de recomponer un sistema ideológico inspirado por la libertad política práctica (Negro, 1975, pág. 244).

En este contexto, parte del drama histórico y filosófico del liberalismo es precisamente abstraer la cuestión de la libertad del contexto social. De este modo, el racionalismo liberal acaba por reducirse a un dogma, una etiqueta o un principio abstracto, dando por supuesto que la libertad política no consiste en una conquista histórica, sino en un instrumento natural (Negro, 1975, pág. 165). Tal enfoque le permite al liberalismo moderno ofrecer una perspectiva de la libertad individual muy

atrayerente, pero cuya concreción práctica es muy cuestionada. Pues al fin y al cabo, el ser humano vive en sociedad, está sometido a un poder político, y no parece razonable sostener que deja de ser libre si es coaccionado, o que se enajena y restringe su fuero interno por el hecho de que existan condicionantes externos al ejercicio de su libertad. O sencillamente, porque los gobernantes y el Estado ejercen su poder y autoridad legítimos.

En este contexto, el concepto de libertad interior de Raymond Aron es muy sugerente, pues propone una lectura de la socialización cuya razón de ser no está en pugna con la libertad. Por el contrario, la hace más plena. En una orientación semejante, John Rawls abandera una propuesta del liberalismo cuya raíz teórica es la renuncia voluntaria y “de buena gana” del individuo a todos los alcances de las doctrinas filosóficas, religiosas y morales que profesa. Ello con el loable propósito de establecer un acuerdo político acerca de las cuestiones básicas de la justicia y los elementos constitucionales esenciales, dos asuntos que, por lo demás, en el esquema rawlsiano, prometen mantener cohesionada a la sociedad, sugiriendo con ello la construcción de una verdadera comunidad política en clave pluralista y moderna, aunque el autor rechaza que su aspiración sea dicha comunidad.

Las sugerentes propuestas de Raymond Aron y John Rawls hacen patente el arcaísmo y el utopismo del liberalismo moderno, que sigue siendo en Occidente promulgado como fundamento teórico de trascendentes decisiones constitucionales y políticas y de modos de vida que, paradójicamente, aparecen como anacrónicos, y en todo caso, como libertarios. Pero Aron y Rawls, son, al mismo tiempo, testimonio de la vitalidad de la tradición liberal en el contexto contemporáneo. Inteligentes muestras de que dicha tradición parece estar dispuesta a reinventarse. El primer paso de este afán revisionista es poner en diálogo la libertad individual con el propósito de consolidar una

comunidad política cohesionada y justa, en la cual, “la persona será tanto más perfecta cuanto más capaz sea de vincularse, receptiva y activamente, con las demás personas” (Irizar, 2009, pág. 91) como propone el humanismo cívico, que, al no asumir prejuicios anti-metafísicos ni anti-antropológicos, sugiere un horizonte de reconciliación entre la dimensión individual y social del ser humano.

Nota

¹ Adscritas a la cultura de trasfondo (background culture) de la sociedad civil, para John Rawls, las doctrinas comprensivas son de carácter religioso, filosófico y moral. Son una característica permanente de la cultura pública de la democracia, que expresa el pluralismo ideológico de la modernidad (Rawls, 2004, págs. 38, 57).

Referencias

- Aristóteles. (1999). *Política*. Trad. de Manuela García Valdés. Madrid: Gredos.
- Aron, R. (1999). *Introducción a la filosofía política. Democracia y revolución*. Trad. de Radamés Molina y Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós.
- Aron, R. (1997). *Estudios políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Aron, R. (2007). *Ensayo sobre las libertades*. Madrid: Alianza.
- Bobbio, N. (2006). *Liberalismo y democracia*. Trad. de José F. Fernández, México: Fondo de Cultura Económica.
- Correa Motta, A. (2003). El hombre es un animal político por naturaleza. En: HOYOS, L. E. (ed.) *Lecciones de Filosofía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Nacional de Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá.
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Trad. de Antoni Domènech, Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Trad. de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós.
- Hart, H. L. A. (2006). *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Trad. de Miguel Ángel Ramiro Avilés. Madrid: Dykinson.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Irizar, L. (2009). *Humanismo cívico. Una invitación a repensar la democracia* (2ª ed.). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, Corporación Pensamiento Siglo XXI y Universidad Sergio Arboleda.
- Messner, J. (1976). *La cuestión social*. Trad. de Manuel Heredero Higuera. Madrid: Rialp.
- Mill, J. S. (2005). *Sobre la libertad*. Trad. de Pablo de Azcárate. Madrid: Alianza.
- Negro, D. (1975). *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*. Trad. de Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2004a). *Teoría de la justicia*. Trad. de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2004b). "Guía de lectura de *El liberalismo político*", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 23, pp. 93-112.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo político*. Trad. de Sergio René Madero. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. J. (2005). *El contrato social*. Trad. de Enrique Azcoaga. Madrid: Edaf.
- Strauss, L. (2007). *Liberalismo antiguo y moderno*. Trad. de Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz.

Ley natural y ética discursiva

La ley natural en Tomás de Aquino como gramática del discurso moral*

Natural Law and Discursive Ethics

Natural law in Thomas Aquinas as a grammar of moral discourse

Recibido: 15 de julio de 2009 - Revisado: 28 de julio de 2009 - Aceptado: 03 de septiembre de 2009

Luis Fernando Barzotto**

Traducción de Alfredo de J. Flores

Resumen

El presente artículo pretende mostrar que la ética tomista de la ley natural sea inteligible a un partidario de la ética discursiva de Apel y Habermas. Para ello, presenta la teoría de la ley natural de Tomás de Aquino como una gramática del discurso moral. La “traducción”, según la terminología contemporánea de la ética tomista, pretende establecer un debate con los partidarios de la ética discursiva, adelantando en la tesis según la cual, en su función de controlar el sentido de las proposiciones que integran el discurso moral, la ética tomista es superior a la ética discursiva.

Palabras claves

Ley natural, ética, Tomás de Aquino, ética discursiva, argumentación moral.

Abstract

The present article is an attempt to make the Thomist ethics of the natural law intelligible to a supporter of Apel and Habermas's discourse ethics. In order to do so, it presents Aquinas's theory of natural law as the moral discourse's grammar. This 'translation' of Thomist ethics into contemporary terminology aims at establishing a dialogue with those who uphold discourse ethics by advancing the thesis that, Thomist ethics is superior to discourse ethics in performing the function of controlling the sense of propositions that belong to the moral discourse.

Key words

Natural law, ethics, Thomas Aquinas, discursive ethics, moral argumentation.

* Artículo de reflexión, resultado de Investigación.

** Doctor en Derecho. Universidad Sao Pablo. Profesor de Filosofía del Derecho. Universidad Federal do Rio Grande.

Correo electrónico:
luis.barzotto@ufrgs.br

Preliminares

El objetivo de este artículo es presentar los primeros principios de la teoría de la ley natural de Tomás de Aquino como una gramática del discurso moral. Esa gramática es constituida por una sintaxis del deber (el primer principio de la razón práctica), una semántica del bien (los tres bienes básicos) y una pragmática de la alteridad (la regla de oro). Esa gramática establece las condiciones de sentido de los argumentos morales. Proposiciones que no están en conformidad con los primeros principios carecen de sentido moral. Por sentido moral se entiende aquí la capacidad de un enunciado de expresar los conceptos fundamentales de la realidad moral: deber, bien y alteridad¹.

Con ese modo de presentar la ley natural, se buscará iniciar un diálogo con las tendencias de la filosofía moral situadas en el denominado “paradigma lingüístico” de la filosofía. Esas tendencias recusan cualquier intento de fundamentar metafísicamente la moral, aceptando apenas el hecho del lenguaje como fundamento seguro de la reflexión ética. Ante ese escenario, cabe al tomista, fiel a la actitud de su maestro de buscar la verdad en la confrontación dialéctica con otras tradiciones, articular la doctrina de la ley natural en los términos que permitan el debate con propuestas éticas vinculadas al paradigma lingüístico, entre las cuales sobresale la denominada “ética discursiva”.

En esa senda, iniciamos la exposición por una breve descripción de la ética discursiva, teoría ética vinculada a los nombres de los filósofos alemanes Jürgen Habermas y Karl-Otto Apel, para, en la secuencia, mostrar de qué modo la doctrina de la ley natural puede ser traducida en términos comprensibles para la referida teoría y, al mismo tiempo, probar su superioridad como teoría del discurso moral.

1. La ética discursiva

Para la ética discursiva, el único modo plausible de fundamentar las normas morales es

el consenso de los propios destinatarios de la norma, acuerdo obtenido a través del discurso, una argumentación práctica realizada en conformidad con un procedimiento.

El procedimiento que preside el discurso consiste en un conjunto de reglas que son argumentativamente irrefutables. Todo hablante que venga a violar una de las reglas del discurso entra en contradicción performativa, la “contradicción entre el contenido proposicional de la sentencia y lo que en ella se presupone”². El ejemplo clásico es la sentencia “el gato está sobre el tapete, pero yo no creo en eso”. El acto de habla es autocontradictorio porque la proposición que afirma la existencia de un estado de cosas presupone la creencia del hablante en la existencia del estado de cosas.

La contradicción performativa en el discurso moral se sucede, por ejemplo, cuando un participante del discurso profiere la siguiente frase: “Los participantes del discurso son desiguales en derechos”. Ahora bien, lo presupuesto de todo discurso dirigido hacia la obtención de consenso es la igualdad en derechos de los participantes. Por eso, Apel formula la siguiente regla de argumentación: “Todos los participantes del discurso en principio son iguales”. Esa regla es inherente a la práctica del discurso. El consenso sólo es buscado entre iguales³. Entre desiguales, vale el poder o la autoridad. Por eso, el acto de habla que afirma la desigualdad de aquellos que son presupuestos como iguales es autocontradictorio.

De ese modo, se pretende haber encontrado un “fundamento último” para la moral: se explicita un conjunto de reglas que son inmanentes a todo discurso práctico y cuya negación lleva a la autocontradicción. De hecho, la exigencia de que todos los interlocutores, en la búsqueda del consenso, sigan de modo estricto todas esas reglas es asumidamente una idealización, pero esa idealización siempre está anticipada en todo discurso real. De esa manera, se encuentra un fundamento sobre el

que se puede edificar la práctica de justificar consensualmente las proposiciones morales.

2. Deber, ética discursiva y ley natural

La ética discursiva busca ser sucesora de la ética deontológica de Kant⁴, en la medida en que se limita a fundamentar normas, es decir, deberes, que son afirmados como independientes de cualquier concepción sobre el bien. Su principio fundamental de justificación de normas es: “Toda norma válida debe satisfacer la condición de que puedan ser aceptadas, con libertad por parte de todos los afectados, las consecuencias y efectos colaterales que previsiblemente resulten de su cumplimiento generalizado, para la satisfacción de los intereses de cada uno”⁵.

La norma o deber producidos por el consenso establecen la conexión entre una acción y el “interés de cada uno” o el “interés de todos”⁶. El deber tiene, de ese modo, un carácter sintáctico, conectando acción e interés. El deber no es autorreferente, como en Kant, pero posee un norte teleológico, el interés. Se puede decir que la realización del interés de todos es el bien último buscado por la práctica del discurso.

Tomás de Aquino tiene mayor claridad en lo que respecta al concepto de deber. El deber en su doctrina tiene explícitamente la función sintáctica de conectar la acción a un bien. Para Tomás, “que algo deba ser hecho, eso proviene de la necesidad de algún fin”⁷, y ese fin, para el agente, “tiene la razón de bien”⁸. Por eso, el primer principio de la razón práctica, “el bien debe ser hecho y buscado, y el mal, evitado”⁹, no puede ser negado en el contenido de un discurso práctico. Su negación es autocontradictoria, pues el propio acto de habla que busca negarlo pretende un bien, precisamente el de negar el primer principio de la razón práctica, que afirma que debemos buscar el bien. El acto de habla busca el bien de negar que se busque el bien. Para el Aquinate, el deber es la expresión de la necesidad racional de una conducta para la realización de un bien. De ese modo, la acción

debida sólo es inteligible a partir del bien que es el fin de la acción.

El primer principio de la razón práctica funciona como la condición sintáctica de uso del término ‘deber’ en las proposiciones morales. Una proposición como “realizar x es un deber porque fue establecido por consenso o por una autoridad” es una proposición que, al pretenderse completa, carece de sentido moral en la medida en que su formulación no indica el bien que constituye el fin de la acción debida.

3. Bien, ética discursiva y ley natural

Aunque Habermas rechaza una “ética de bienes”¹⁰, prefiriendo el término ‘interés’, que permitiría evitar la afirmación del estatuto objetivo del bien, a veces él mismo identifica el interés de todos con “las ideas básicas de la igualdad de trato y del bien común alrededor de las cuales giran todas las morales, también en las sociedades premodernas”¹¹. Con lo que podemos afirmar que el “interés de todos”, intento de subjetivar el bien común, no es mantenido de forma coherente por Habermas, ni podría, una vez que el interés de todos no es el resultado del discurso, sino un bien presupuesto por él. De todas formas, la tesis de Habermas es la de que el deber es el concepto primario y el bien el concepto secundario de la ética.

El tomismo, por otro lado, afirma el carácter primario del bien con relación al deber, e igualmente su carácter objetivo, por oposición al interés. Por esa razón, se constituye como una “ética de bienes”, bienes esos que por su condición de irrefutables en el interior del discurso pueden pretender objetividad y universalidad. Para el tomismo, el concepto de bien no es un concepto vacío a ser rellenado por el consenso o por el interés, sino que posee un contenido mínimo que controla semánticamente las afirmaciones sobre el bien.

La ley natural tomista identifica tres bienes como referentes necesarios del concepto

de bien: la *vida*, la *verdad* y la *comunidad*¹². La negación argumentativa del carácter de bienes de esos tres “básicos” implica autocontradicción¹³.

Iniciemos por el bien *vida*. Hagamos las siguientes observaciones absolutamente triviales. Todo aquel que ingresa en un discurso sólo lo hace porque está vivo. Igualmente, se puede decir que el discurso es el medio de resolución de conflictos adoptado por aquellos que no quieren recurrir al uso de la violencia, un medio que pondría su vida en riesgo. Por fin, el discurso tiene como objetivo garantizar el “interés de todos”, lo que presupone que los participantes desean mantenerse vivos para lograr provecho de los resultados del discurso, de donde la vida queda asumida como condición necesaria para todo y cualquier interés. O sea, la práctica del discurso presupone la vida como un bien, y por lo tanto ella no puede ser negada universalmente como bien. De ese modo, el acto de habla “la vida no es un bien” fracasa en su pretensión de inteligibilidad en el interior del discurso, una vez que instala una contradicción performativa entre la negación de la vida como un bien y la presuposición de que la vida es un bien.

El segundo bien que no puede ser negado en el interior del discurso es la *verdad*. “La verdad no es un bien” es una sentencia cuya autocontradicción no necesita mayores comentarios. Todo acto de habla asertórico posee una pretensión de verdad, de donde la verdad es el bien o el fin presupuesto por el enunciado asertórico. De ese modo, tener una pretensión implícita de decir la verdad es asumirla como un bien, o sea, como fin del acto de habla; simultáneamente, negarla explícitamente como bien es entrar en contradicción.

Por fin, el tercer y último bien básico que el tomista establece como contenido de todo uso discursivo del concepto de bien es la *comunidad*. Todo discurso moral es un emprendimiento de crear comunidad, que a su vez visa la manutención de la comunidad, pues tiene como fin la producción de normas

que permitan la convivencia adecuada de todos los participantes. La comunidad es el bien presupuesto por todo participante del discurso. De ese modo, la proposición “la comunidad no es un bien”, afirmada en el interior del discurso, que es a su vez una actividad que crea comunidad y que visa a la comunidad, es autocontradictoria.

De esa forma, es posible afirmar que una proposición como “el contenido del bien es determinado por el consenso” (o por una cultura o por una decisión política) es semánticamente incorrecta. Hay bienes que el discurso debe asumir como objetivos, es decir, independientes del discurso sobre el bien, y esos son los bienes básicos: vida, verdad y comunidad. Los tres bienes básicos funcionan como condiciones semánticas de sentido para todo uso del concepto de bien en las proposiciones morales.

4. Alteridad, ética discursiva y ley natural

La ética discursiva pretende ser una ética que toma la alteridad en serio. Según Habermas, los participantes del discurso no pueden dejar de considerar la perspectiva de los demás mientras evalúen cursos de acción y fundamentan normas: “Cada uno de nosotros tiene que poder ponerse en la situación de todos aquellos que resultarían afectados por la realización de una acción problemática o por la puesta en vigor de una norma controvertida”¹⁴. Eso porque el discurso, al involucrar al hablante en la búsqueda de una norma que lleve en cuenta el interés de todos, impone a cada uno la tarea de ponerse en la perspectiva de los demás. Entre tanto, para la ética discursiva, la perspectiva que incluye al otro sólo puede hacerse efectiva en el interior del discurso. Siguiendo aún en la visión de Habermas, la regla de oro u otro procedimiento monológico de universalización sigue relacionado a una visión egocéntrica de mundo. Solamente cuando la palabra viene efectivamente puesta a la disposición del otro es que se puede ampliar el propio horizonte para incluirlo¹⁵.

Ahora bien, el tomismo se articula como ética de la alteridad precisamente por intermedio del mandamiento del amor o la regla de oro¹⁶. Para fines de diálogo con la ética discursiva vamos a quedarnos en la regla de oro en la formulación que le ha dado Santo Tomás: “Todo lo que queréis que os hagan los hombres, hacédselo vosotros a ellos”¹⁷. La regla de oro exige, en el campo de las relaciones interpersonales, que se asuma la equivalencia entre el ‘yo’ y el ‘otro’. Esa equivalencia exige del ‘yo’ que él trascienda a la propia subjetividad para ponerse en la situación del ‘otro’.

Hablando en los términos de pragmática de la comunicación, la regla de oro impone una determinada actitud a los usuarios del lenguaje en cambio de mensajes. La condición del mutuo entendimiento es precisamente ponerse en la perspectiva del otro. El orador busca ser entendido adecuando el mensaje a la perspectiva del oyente y este entiende el mensaje situándolo en el horizonte de la perspectiva del orador. Cada participante del discurso es llevado por la dinámica de la comunicación a ponerse en el lugar del otro. De ese modo, lejos de ser una proyección individualista, la regla de oro es la superación del egocentrismo. Sin la adopción de esta norma, no hay argumentación.

Pero la regla de oro no tiene solamente una función pragmática general, sino que también una función específicamente moral. Analicemos el acto de habla que niega la regla de oro en el interior de un discurso moral: “La regla de oro no es una regla válida para la argumentación moral”. Con ese acto de habla, el orador pretende que aquello que vale moralmente para sí mismo no valga para los demás. Con eso, él se excluye del discurso moral, un discurso que presupone la universalidad. El enunciado que niega la regla de oro como regla moral es autocontradictorio: la equivalencia moral entre hablante y oyente, presupuesta por el acto de habla, es negada por el acto de habla. La regla de oro es moralmente irrefutable.

Como ejemplo de la utilización de la regla de oro en el campo del fundamento de los derechos humanos, podemos citar el caso del fundamento del derecho humano de asilo político, tal como es presentado en un texto de Ernst Tugendhat. Él inicia la exposición sobre ese tema afirmando que “el núcleo de la moral consiste (...) en la Regla de oro”¹⁸. Y que “con la ayuda de la Regla de oro podemos darnos cuenta con facilidad de que este derecho es, en realidad, un derecho fundamental (...). No necesitamos más que ponernos en el lugar de los refugiados políticos para reconocer de inmediato que, llegado el caso, no sólo querríamos ser admitidos, sino que contemplaríamos como un escarnio a nuestra propia dignidad humana el que se nos denegara la admisión solicitada”¹⁹.

No se puede afirmar argumentativamente un derecho humano para sí mismo y negarlo para los demás, porque toda proposición moral debe afirmar simultáneamente al hablante y al oyente como destinatarios de su contenido. Por tanto, el acto de habla que viole la regla de oro se excluye del campo moral, o sea carece de sentido moral, precisamente porque violó aquella que es la condición pragmática de sentido de toda proposición moral.

Conclusión

La moral, para la doctrina de la ley natural de Tomás de Aquino, no está fundada en el lenguaje, sino en la estructura ontológica de la persona humana. De ese modo, una etapa necesaria del debate con la ética discursiva sería demostrar que la gramática del discurso moral del tomismo posee su fundamento en la razón humana y en la naturaleza humana.

El tomista sabe que no puede haber sentido sin verdad, ni verdad sin el ser, y por eso él no separa metafísica y filosofía del lenguaje, esencia y gramática. Él sabe, como dice Wittgenstein, que “la esencia está expresada en la gramática”²⁰.

Notas

¹ La teoría de la ley natural de Tomás de Aquino esta considerada en el texto Una teoría sobre el discurso de fundamento de proposiciones morales. El discurso de aplicación de proposiciones morales es, en el tomismo, objeto de la teoría de la prudencia.

² Nedel. *Ética e discurso*, pág. 14.

³ Apel ápuđ Nedel. Op. cit., pág. 47.

⁴ Habermas ápuđ Nedel. Op. cit., pág. 37.

⁵ Habermas ápuđ Apel, K. La ética del discurso como ética de la responsabilidad, pág. 178.

⁶ Habermas. *Aclaraciones*, pág. 142.

⁷ S.T. I-II, q. 99, a. 1.

⁸ S.T. I-II, q. 94, a. 2.

⁹ S.T. I-II, q. 94, a. 2; q. 99, a. 1.

¹⁰ Habermas. Op. cit., págs. 187-190.

¹¹ *Ibidem*, pág. 162.

¹² S.T. I-II, q. 94, a. 2.

¹³ Cf. Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Capítulo 3.

¹⁴ Habermas. Op. cit., pág. 161.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 163.

¹⁶ S.T. I-II, q. 94, a. 4; q. 99, a. 1.; q. 100, a. 3; q. 100, a. 11.

¹⁷ S.T. I-II, q. 99, a. 1.

¹⁸ Tugendhat, Ernst. *Ética y política*, pág. 79.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 75.

²⁰ Wittgenstein. *Investigações filosóficas*. § 371.

Referencias

Apel, K.-O. (1998). "La ética del discurso como ética de la responsabilidad". En: Apel, K. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós.

Aquino (De), T. (2000). *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Navarra: Eunsa.

Aquino (De), T. (2005). "Tratado da Lei". En: Aquino. *Suma Teológica*. Vol. IV. São Paulo: Loyola.

Aquino (De), T. (2005). "Tratado da Justiça". En: Aquino. *Suma Teológica*. Vol. VI. São Paulo: Loyola.

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid. Centro de estudios constitucionales.

Finnis, J. (1998). *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Habermas, J. (1990). *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Habermas, J. (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta.

Habermas, J. (2000). *Teoría de la acción comunicativa*. 2 vols. Madrid: Taurus.

Kant, I. (1995). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa. Edições 70.

- Kant, I. (1999). *Crítica da razão prática*. Lisboa: Edições 70.
- Nedel, J. (2006). *Ética e discurso*. São Leopoldo: Nova Harmonia.
- Ricoeur, P. (2005). *Caminos del reconocimiento*. Madrid: Trotta.
- Ricoeur, P. (2006). *Sí mismo como otro*. México: Siglo XXI.
- Tugendhat, E. (1998). *Ética y política*. Madrid: Tecnos.
- Wittgenstein, L. (1991). *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural.

El sinsentido como problema hermenéutico en el fenómeno de las nuevas tecnologías*

The nonsense as a hermeneutical problem in the phenomenon of new technologies

Recibido: 20 de agosto de 2009 - Revisado: 23 de agosto de 2009 - Aceptado: 02 de noviembre de 2009

Andrea Cortés-Boussac**

Resumen

El propósito de este artículo es mostrar cómo el olvido del Ser (Seinsvergessenheit) del primer Heidegger se puede aplicar a su segunda fase en la que se cuestiona por el fenómeno de la técnica. Se mostrará el sinsentido en el mundo poscapitalista-globalizado como un olvido del Ser del hombre, partiendo de la propuesta hermenéutica heideggeriana. Al mismo tiempo se explicará el fenómeno de las nuevas tecnologías, partiendo de la pregunta por la técnica de Heidegger. En otras palabras, se intentará mostrar cómo el pensador alemán nos presenta el problema del sentido-sinsentido desde la hermenéutica y la fenomenología.

Palabras claves

Sentido, sinsentido, hermenéutica, fenomenología, comprender, nuevas tecnologías, fenómeno, mundo.

Abstract

This article shows how the concept of oblivion of Being (Seinsvergessenheit) developed in the first phase of Heidegger's work can be applied to its second phase in which he discusses the phenomenon of technique. The phenomenon of the new technologies will be discussed from Heidegger's perspective on the Question to Technology. In other words, it will attempt to show how the German thinker applies his hermeneutics to present the problem of the sense-nonsense in the phenomenon of technology.

Key words

Sense, nonsense, hermeneutic, phenomenology, understand, new technologies, world.

* El presente artículo es resultado de la investigación 'El "hombre" en las redes del pensamiento contemporáneo', avalado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda, Grupo de investigación LOGOS.

** Doctora en Filosofía (Ph.D) de la Freie Universität Berlin (Universidad Libre de Berlín, Alemania). Filosofía y Letras en la Universidad de los Andes, Bogotá. Miembro de la Sociedad heideggeriana, Friburgo, Alemania (Heidegger-Ge-sellschaft-Freiburg). Directora del grupo de investigación LOGOS, profesora asociada e investigadora de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.
Correo electrónico:
andrea.cortes@usa.edu.co

Problema de investigación método

El propósito de este artículo es mostrar cómo es posible aplicar la *Seinsvergessenheit* (olvido del Ser) del primer Heidegger en su segunda fase, en la que se preocupa por la cuestión de la técnica y se ocupa de ella. Se podría decir que desde su fase inicial, Heidegger trabaja el tema de la técnica, abordándola desde lo que sería el *Lebensphänomen* (fenómeno de la vida). Aquí, Heidegger interpreta al *Dasein* como ser viviente, ser que vive, existir viviendo, se diría más bien como un estar viviendo. Desde su fase inicial, Heidegger ya comienza a percibir el fenómeno de la técnica y a prever cómo éste influye en el Ser del hombre, en el *Dasein* y cómo afecta su estar-en-el-mundo. Sin embargo, bajo la perspectiva de muchos expertos o estudiosos de la obra de Heidegger, la cuestión de la técnica solamente sería abordada y trabajada en su segunda faceta, estrictamente, la de *La pregunta por la técnica*; contradiciendo estas perspectivas, es posible divisar la preocupación y ocupación de Heidegger por la cuestión de la técnica moderna en todas sus fases. Por consiguiente, se intentará encontrar un sentido o mostrar la dimensión del sentido en el sinsentido producido por el olvido del Ser (*Seinsvergessenheit*) y el olvido de la esencia de la técnica, entendiéndola como la *téchne* griega, desplazada en cierta forma por la técnica moderna. Algo que Heidegger expone en su segunda fase con las diferentes facetas de su concepción de lo *Ge-stell*. Un propósito más profundo será ver cómo en Heidegger estas dos fases confluyen, se encuentran y en ellas mismas se da el giro hermenéutico.

Para comenzar habría que subrayar que hay dos sinsentidos en lo concerniente al olvido del Ser: el primero sería la pérdida de sentido al olvidar al Ser, que en Heidegger tiene nombre propio: *Seinsvergessenheit* (olvido del Ser) en la historia de la metafísica de Occidente, denunciado en *Ser y Tiempo* y tema central de la obra de Heidegger. El segundo, el olvido del Ser al fundamentarlo, es pues la

propuesta heideggeriana de liberar al Ser de la fundamentación metafísica.

El pensador alemán plantea, por vez primera en la historia del pensamiento occidental, la cuestión de por qué en la metafísica de Occidente el Ser ha sido enmarcado en la fortaleza de lo absoluto y eterno, imponiendo como su única faceta la simple presencia, sin tener en cuenta sus otras dimensiones. ¿Qué sucede con las otras dimensiones del Ser? ¿Es acaso el Ser solamente fuerte?

La hermenéutica de Heidegger es precisamente la de hacer una revisión-crítica, “destruir”¹, en sentido heideggeriano, el lenguaje de la metafísica, volviendo a los griegos presocráticos para en su análisis etimológico mostrar los otros movimientos del Ser que han quedado desplazados por la fortaleza de la simple presencia. En otras palabras, es el análisis etimológico lo que hace posible una fundamentación hermenéutica. Este olvido del Ser en su fundamentación nos lo expone claramente Vattimo (1980) en su ensayo *Hacia una ontología del declinar*:

Pero el fundamentar sólo puede tener un sentido hermenéutico. Después de la *Kehre*, Heidegger recorre incesantemente los senderos de la historia de la metafísica, utilizando ese instrumento ‘arbitrario’ por excelencia, al menos desde el punto de vista de las exigencias de rigor fundacional de la metafísica, que es la etimología. Lo que sabemos de la fundamentación hermenéutica, en el fondo. Está todo aquí (Vattimo, 1992, pág. 58).

Habría que tener en cuenta que esta fundamentación es igualmente una desfundamentación. Desfundamentar al Ser tiene el sentido de liberarlo de la autonomía de la simple presencia, sería como desfigurarlo de la imagen totalizadora de la luz eterna, cuya presencia exacta e iluminada es la única que cuenta. Pero, siguiendo la naturaleza de la luz, ésta ilumina

y va declinando en un juego de claroscuros, no puede quedarse todo plasmado en la *flash* de la foto.

Sentido-sinsentido y comprender

Para poder exponer mejor el sentido-sinsentido del Ser en Heidegger es necesario recurrir al comprender, pues éste le da sentido al ser humano, igualmente, el sentido es el que da la posibilidad de comprender. La pregunta por aquello que comprende y por lo que se comprende va dirigida al hombre; desde la propuesta heideggeriana, al Ser del hombre. El sentido se da en la dirección en la que se pregunta por el Ser: “El Ser, como lo preguntado, exige un modo de referencia, que se diferencia esencialmente del descubrir del ente. Según esto, demandará también aquello que se pregunta (*das Erfragte*), el sentido del ser, que se destaca esencialmente de los conceptos, en los que el ente ha alcanzado su más significativa determinación”. (Heidegger, 1927, pág. 6)². En otras palabras, la diferencia entre las dos preguntas es que la pregunta por el Ser tiene ese sentido que se dirige al Ser, que más adelante, en el desarrollo de la propuesta, sería el comprenderse; es el sentido de preguntarse por el Ser, es buscar comprenderse, es darle sentido a su existir, o mejor, salir del simple existir, de estar presente en el mundo como un ente. Comprender al Ser del hombre es simplemente comprenderse. Lo *Erfragte*, aquello que se pregunta, es lo que busca un sentido, tiene sentido de ser y de buscar, es decir, de preguntar por su Ser.

No hay preguntar sin sentido, como no hay proyección sin dirección, sin sentido, siempre se tiene un sentido de lo que se pregunta, más aún, con la pregunta por el sentido del Ser, como dice el mismo Heidegger: “Nos movemos ya siempre en una comprensión de ser (*Seinsverständnis*). De ahí nace la pregunta expresa por el sentido del ser y la tendencia hacia este concepto. No sabemos lo que Ser quiera decir. Pero cuando preguntamos: ¿Qué

es ser? Estamos en una comprensión del ‘es’, sin que podamos fijar conceptualmente, lo que el ‘es’ significa” (1927, pág. 5). En otras palabras, tenemos cierta comprensión de Ser.

Habría que partir de que el *Dasein* es un encontrarse, como dice Heidegger: “El *Dasein* es en esencia *befindliches*, algo que se encuentra” (Heidegger, 1927, 1994, § 31, pág. 144), lo que en español se entendería más como un “estar siendo”, porque así cubre todas sus dimensiones, como la espacial y la temporal, es más, muestra su unión, pues al estar en un lugar, esa estadía es concebida por el tiempo. El *Dasein* no puede estar en un lugar indefinidamente, inclusive su estar en el mundo es temporal, aunque la dimensión ontológica de su estadía, su paso por el mundo, es decir, la historia y la obra de arte, marquen un aún “estar-siendo”. Lo que sigue siendo es el legado del *Dasein*, por ejemplo, el espíritu de la historia o la obra de arte que produjo. Estos reviven su estar, pero no un estar fáctico sino “transdimensionado”, que trasciende dimensiones gracias al continuo “siendo”. Lo que rescata de lo inmóvil y lleva a otras dimensiones es el continuo presente del Ser: el “siendo”. Heidegger nos dice: “Comprender es el ser existencial del propio poder ser del *Dasein* mismo, es decir, este Ser abre a sí mismo el ‘en donde’ del ser consigo mismo” (1927, pág. 144).

Vattimo nos explica lo dicho por Heidegger: “El *Dasein* está en el mundo ante todo como *comprensión* antes que como *afectividad*” (1995, pág. 32). Por esta razón es tan importante el donde, en donde se comprende y el sentido dado para la dirección a comprender, algo que más adelante se traduciría como el proyectarse. Ya Vattimo en su libro *Introducción a Heidegger* nos dice: “El *Dasein* está en el mundo en la forma de proyecto” (1995, pág. 34). En lo comprendido entra la noción de sentido, pues el intentar comprender es buscarle sentido a algo, cuando ya se ha comprendido algo se dice que tiene sentido, por eso Heidegger nos aclara: “Lo comprendido, estrictamente, no

es el sentido, sino el ente, el Ser. Sentido es aquello, en donde lo comprensible del algo se sostiene” (1927, pág. 151).

El sentido se da en-el-mundo, en el plexo de posibilidades del *Dasein*, por ello se proyecta en ellas para poder comprender a los otros *Dasein*, lo que está a la mano, los demás entes en el mundo y comprender su Ser: “Cuando el ser del ente es descubierto por el ser del *Dasein*, es decir, cuando ha venido a comprensión, decimos que tiene *sentido*” (Heidegger, 1927, pág. 151).

Se podría decir que en el mundo actual de las nuevas tecnologías el sentido se da en el fenómeno de la Internet y en las redes establecidas por los *mass media*, en los cuales el ser humano se refiere constantemente en-el-mundo. Esto es lo que encuentra el hombre en-el-mundo, como se manifiesta en él: “Sentido es pre-tener, pre-ver y pre-concebir, estructurados por la proyección, de la cual algo es comprensible como algo” (Heidegger, 1927, pág. 151).

Sin embargo, el hombre no trata solamente de comprender este fenómeno o de adaptarse a él, sino más bien queda subordinado por el bombardeo de imágenes-mensajes emitidos por estos medios. En la actualidad, el sentido tiene un enfoque visual en el que las imágenes enredan el plexo de posibilidades del mismo *Dasein* en-el-mundo, puesto que comienzan a dirigirse hacia estas referencias, que no son precisamente las suyas, las propias: “El ente, al que va su ser, se comporta a su ser como su única posibilidad... Y porque el *Dasein* es esencialmente su posibilidad, puede este ente en su ser escoger su posibilidad, ganar, puede perderse o puede solo aparentemente ganar... Estas dos formas de ser son la *Eigentlichkeit* (autenticidad) y la *Uneigentlichkeit* (inautenticidad)” (Heidegger, 1927, pág. 42). Para mostrar este fenómeno del bombardeo de imagen como sentido de existencia hay un ejemplo muy cercano que se da en nuestra

cotidianidad, es el de la publicidad; y para exaltarla mejor, está el del modelo estético de mujer actual, especialmente en América; aquí me refiero a Norte, Centro y Suramérica, que sigue un modelo apolíneo de belleza marcado por la forma y no por el contenido, y el avance de la cirugía plástica gracias a las nuevas tecnologías; cualquier mujer puede acceder a tener un cuerpo semejante al de la modelo de la imagen publicitaria expandida por la red. El sentido de estar-en-el-mundo es el tener esa figura, este sueño es realizado por medio de las implantaciones artificiales y reducciones de sus partes naturales hechas por los avances del láser y la cirugía de las nuevas tecnologías.

En su plexo de posibilidades el *Dasein* se proyecta en el mundo, Heidegger lo dice claramente: “El *Dasein* proyecta como comprender su ser sobre posibilidades. Este comprendido ser en posibilidades es el mismo a través de la repercusión de estas posibilidades como apertura en el *Dasein* un ‘poder ser’” (1927, pág. 148). Ese proyectarse se da en un contexto de referencias que van de un lugar a otro, a otros, pero no en línea recta sino en varias direcciones, que así mismo se dirigen a otras, dibujando así una red tridimensional, hasta multidimensional, en la que se da sentido en la comprensión. Las posibilidades del *Dasein* y las referencias en-el-mundo es lo que crea la multidimensionalidad.

Este proyectarse, que se puede dibujar como una multiplicidad de flechas en diferentes direcciones y dimensiones, se puede llamar la red de referencias, de sentidos-sinsentidos del *Dasein* en-el-mundo. Es más, estos sentidos-sinsentidos muestran la red. Para lograr este tejido de referencias hay que estar-en-el-mundo, y para no quedar plasmado en la simple presencia hay que recobrar las dimensiones temporales, las del ser, en un “siendo”; más exactamente, estar-siendo es lugar y ser al mismo tiempo. Pöggeler (1963) en su libro *Der Denkweg Martin Heideggers (El camino del pensar de Martin Heidegger)*, nos expone cómo

el “mundo” de la estructura ser o estar-en-el-mundo no es simplemente mundo sino entorno: “El mundo del *Dasein*, en su cotidianidad, es decir, el mundo ‘natural’ es su ‘entorno’. El ente, con el que nos encontramos diariamente, no es un ente que está en frente sino un ser que está a disposición, un útil, que sirve para algo; que se refiere a lo otro y tiene un significado. La totalidad de la referencia y la significatividad es el mundo como entorno” (pág. 53-54)³. Según esto, el entorno se podría interpretar como contexto de referencias y significados. Pöggeler (1963) prosigue con su explicación mostrándonos cómo el mundo en Heidegger no es solamente contexto de referencias y significados sino mundanidad, es decir, el mundo también tiene Ser; éste, asimismo, se manifiesta en el contexto de referencias y significados: “El mundo será experimentado como contexto de referencias y de significados, como es para la existencia, entonces puede ser pensado como el lugar de un ocurrir del sentido” (pág. 54).

El *Dasein* puede estar-en-el-mundo en un sentido auténtico, comprendiéndose en sus posibilidades propias o perdiéndose en las impropias, en las falsas, pero de todas maneras está-en-el-mundo. Cabe mencionar que el *Dasein* estando en la apertura del mundo busca el sentido, le da sentido a lo comprendido: “Al comprender, cómo la apertura del Ahí, le concierne siempre el todo del estar-en-el-mundo. En cada comprender de mundo está comprendida la existencia y viceversa” (Heidegger, 1927, pág. 152). Vattimo (1985) ayuda a esclarecer lo dicho por Heidegger mostrándonos cómo no es posible concebir al *Dasein* como un sujeto y al mundo como objeto y cómo la estructura del ser-en-el-mundo se da en la proyección y en la comprensión:

“El *Dasein* no es nunca algo cerrado de lo que se deba salir para ir al mundo; el *Dasein* es ya siempre y constitutivamente relación con el mundo, antes de toda artificiosa distinción entre sujeto-objeto. El conocimiento como interpretación

no es el desarrollo y articulación de las fantasías que el *Dasein* como sujeto individual pueda tener sobre el mundo, sino que es la elaboración de la constitutiva y originaria relación con el mundo que lo constituye” (pág. 35).

Cabe mencionar que el *Dasein* estando en esta apertura busca el sentido, le da sentido a lo comprendido, igualmente el *Dasein* puede estar-siendo-en-el-mundo con sentido o cerrarse, perderse en su sinsentido.

El sentido también juega en la contravía del sinsentido, algo que sale a relucir la pregunta por el sentido del ser, en la que se muestra este sentido-sinsentido:

“Y cuando nos preguntamos por el sentido del ser, entonces no será la investigación lo suficientemente profunda, ni intenta alcanzar, lo que está detrás del ser, sino preguntará por el ser mismo... El sentido del ser no puede contraponerse al ente o al ser en cuanto ‘fundamento’ sustentador del ente, porque el ‘fundamento’ sólo es accesible como sentido, aunque el mismo sólo fuese como el abismo del sinsentido” (Heidegger, 1927, pág. 152).

Heidegger nos muestra la “diferencia” o, más bien, la “realización”, darse, abrirse a otras referencias del comprender en el interpretar: “El proyectar del comprender tiene la posibilidad propia de formarse. La formación del comprender la llamamos Interpretación (*Auslegung*). En ella el comprender se apropia comprendiendo lo comprendido” (1927, pág. 148). El interpretar es darle sentido a lo que se está comprendiendo, lo interpretado es lo comprendido con sentido. Habría que tener en cuenta que solamente puede tener sentido algo ya comprendido: “La interpretación no es tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo, trabajo de las posibilidades proyectadas en el comprender” (Heidegger, 1927, pág. 148). Es el pensador alemán

mismo quien nos dice en el párrafo sobre *el enunciado en cuanto modo derivado de la interpretación* que “la interpretación se basa en el comprender” (1927, pág. 153).

Es en el contexto de referencias en donde se da el comprender que no se queda solamente en un punto estático que vuelve al sujeto, después de haberse dirigido al plano del objeto, sino que se abre en las posibilidades a las que el *Dasein* se proyecta y, asimismo, esas referencias se dirigen a otras en-el-mundo tejiendo una red. Aquí ya se habla de un círculo del comprender o un círculo hermenéutico. Cabe mencionar que el comprender en-el-mundo puede traer también incomprensión.

En el círculo sobresale el sentido, pues pertenece a su estructura, es más, se podría decir que el sentido es lo que lo dibuja y el interpretar es lo que da la posibilidad de no quedarse en un círculo vicioso porque se basa en la proyección hacia la comprensión: “El círculo en el comprender pertenece a la estructura del sentido, cuyo fenómeno en la Constitución existencial del *Dasein* está enraizado en el comprender interpretado. El ente que va a su Ser como ser-en-el-mundo, tiene una estructura ontológica del círculo” (Heidegger, 1927, pág.153). Es decir, algo ya comprendido nos ha llevado a otra referencia. Como el sentido se da en el plexo de referencias en-el-mundo, su misma estructura también se basa en el contexto de posibilidades, es como una red, que no va en una línea recta, como sería el sistema científico tradicional, sino que se abre en diferentes direcciones, se dilata en un contexto de referencias, es decir, en una red como se nos presenta el mundo actual. Por ello se habla del círculo hermenéutico, en el cual también se manifiesta la red. Un ejemplo de este mundo poscapitalista-tecnificado es la globalización que, debido a su expansión en la red, recogiendo y mostrando las culturas del globo, también se manifiesta como una globalización cultural. “Este círculo del comprender no es un círculo en el que gire un género cualquiera de conocimientos, sino que

es la expresión de la estructura existencial de prioridad del *Dasein* mismo” (Heidegger, 1927, pág.153). Vattimo (1985) nos explica el círculo hermenéutico de la siguiente manera: “La idea de conocimiento como articulación de una precomprensión originaria es la doctrina de aquello que Heidegger llama el círculo hermenéutico. Ese círculo puede parecer un círculo vicioso sólo desde el punto de vista de un ideal del conocer que conciba el ser como simple presencia” (pág. 35).

Una muestra de que el círculo hermenéutico propuesto por Heidegger no se queda en un círculo vicioso girando en lo esencial y eterno sino que, asimismo, va más allá abriéndose, desplegándose, o, en términos heideggerianos, proyectándose, lo podemos ver en los posestructuralistas y deconstructivistas franceses como Deleuze, Guattari y Derrida, que, de una u otra forma parten del pensador alemán. Ellos nos muestran esta comprensión-interpretación ya puesta en el mundo y en un área del saber, por ejemplo con el punto de fuga o desterritorialización: “Las multiplicidades se definen por el afuera: por la línea abstracta, línea de fuga o de desterritorialización según la cambian de naturaleza al conectarse con otras” (Deleuze y Guattari, 2005, pág. 21). Eso es lo que no deja que el círculo hermenéutico se convierta en un círculo vicioso, porque siempre hay un punto o, mejor, una interpretación que se proyecta en otro sentido, explorando, tal vez, una nueva dimensión. El sentido, al igual que el habla y el comprender, es una característica propia del *Dasein*⁴, del ser humano: “Sentido es un existencial del *Dasein*, no una cualidad, que esté adherida a los entes, se encuentre tras de ellos, flote como en un “reino intermedio” sin saber a dónde. Sentido ‘tiene’ solamente el *Dasein*, hasta que la apertura del estar-siendo-en-el-mundo puede ‘llenarse’ de los entes descubiertos en este estado. Por ello, solamente *Dasein* puede estar lleno de sentido o ser un sinsentido” (Heidegger, 1927, pág. 151). Por ello, el *Dasein* (ser humano) puede dar sentido, estar en su sentido o perderse en su sinsentido.

En *La pregunta por la técnica*, Heidegger (1954) denuncia otro olvido, el de la esencia de la técnica. Si se abarca la obra del pensador alemán desde una perspectiva global, es posible apreciar cómo ese sinsentido, dado por el olvido del Ser, se refleja en el olvido de la esencia de la técnica. Heidegger nos muestra la diferencia entre la técnica y la esencia de la técnica, para enfocar el olvido de la esencia: “La técnica no es lo mismo que la esencia de la técnica. Cuando buscamos la esencia del árbol, debemos tener en cuenta que lo propio que predomina en cada árbol como árbol no es a su vez un árbol que se pueda encontrar entre los árboles restantes” (pág. 9).

La noción común de técnica es la de su sentido instrumental, esta es precisamente la que Heidegger (1954) encasilla como un olvido de su esencia: “La representación ordinaria de la técnica, según la cual ella es un medio y un hacer del hombre, puede por ello llamarse la determinación instrumental y antropológica de la técnica” (pág. 10).

Habría que tener en cuenta que la noción de esencia de la técnica en Heidegger tiene una connotación diferente a la de la metafísica, puesto que ‘esencia’ acá tiene un sentido más bien “desfundamentador”, al contrario de la metafísica clásica que intenta fundamentar al Ser. Lo “desfundamentador” libera al Ser de la única raíz otorgada por la metafísica, dejándolo de esta manera en su movimiento natural. Este movimiento natural sería el de la técnica, que debe actuar en los espacios de la verdad, es decir, su función sería, pues, la de desocultar, desencubrir, en griego sería cómo la *téchne* tiende hacia la *aletheia*: “La técnica no es un medio, es una forma de desencubrir” (Heidegger, 1954, pág. 16).

Según la propuesta heideggeriana, la cuestión del olvido de la esencia de la técnica es un evento del olvido del Ser, pues la técnica moderna está en los tiempos de penuria, en la noche oscura del mundo, en la que los dioses

han huido: “¿Y para qué poetas en tiempos de penuria?... La palabra ‘tiempos’ se refiere aquí a la era a la que nosotros mismos pertenecemos todavía... Esa época de la noche del mundo es el tiempo de penuria, porque, efectivamente, cada vez se torna más indigente. De hecho es tan pobre que ya no es capaz de sentir la falta de dios como una falta” (Heidegger, 1996, págs. 241-242).

El Ser se oculta, pues no se le muestra a la técnica moderna, puesto que esta no respeta las leyes de la naturaleza y más bien trata de dominarla. Igualmente, la mirada de la técnica moderna no se dirige al Ser ni a sus dimensiones sino a los provechos que puede sacar de la naturaleza:

El desocultar que domina por completo a la técnica moderna tiene el carácter del poner, en el sentido de la provocación. Éste ocurre de la siguiente manera, la energía oculta en la Naturaleza es sacada a la luz, a lo sacado a la luz se lo transforma, lo transformado es almacenado, lo almacenado a su vez se reparte, y lo repartido es nuevamente cambiado. Sacar a la luz, transformar, almacenar, repartir, cambiar son maneras del desocultar. Sin embargo, esto no discurre de un modo simple. Tampoco se pierde en lo indeterminado. El desocultar desoculta para sí mismo sus propias vías (Heidegger, 1954, pág. 20).

Heidegger trae a cuento su propuesta de lo *Ge-stell*, por un lado para mostrar el imponer de la técnica moderna, que aleja y oculta al Ser y por el otro, como salida de salvación, es decir, que muestra cómo el Ser ocurre en otras dimensiones, que no son las de la metafísica tradicional. En otras palabras, sería lo que Vattimo, basándose en Heidegger, denomina *ontología del declinar*, en la que el Ser ocurre como evento en-el-mundo, donde la técnica actual nos permite implícitamente, en el sentido “positivo” de lo *Ge-stell*, percibir

este ocurrir (*Ereignis*), en el que el Ser nace, crece y muere, y no como un evento eterno iluminado en la presencia: “El *Ge-stell* deja relampaguear el *Ereignis* como lugar de oscilación, encaminándonos así a reencontrar el ser no en sus caracteres metafísicos, sino en su constitución ‘débil’, oscilante *in infinitum*” (Vattimo, 1992, pág. 65). Cabe mencionar que estas manifestaciones del Ser son percibidas y recogidas por la fundamentación-desfundamentación hermenéutica.

Por último, se hará una mención muy breve de la hermenéutica de la tecnología. Un tema que en la actualidad ya comienza a ser tema de investigación. Traigo a cuento el libro del alemán Thomas Wolf *Hermeneutik und Technik (Hermenéutica y Técnica)*, en el que el autor hace una revisión de la obra de Heidegger en lo concerniente a la técnica y a su uso hermenéutico, interpretándola como *téchne*, diferenciándola de la técnica moderna a través del *logos*, más exactamente de la *poiesis*: “El reconocer se sienta con ello de un original compendio de sentido, y en vez de ello un ser independiente de los objetos para reconocer. El trabajo técnico corresponde finalmente a un trabajo del lenguaje, en donde de una capacidad de sentido se reduce a una cosa conservada. Con ello se convierte también la comprensión humana de sí mismo y la relación de mundo, amenazando su propia esencia a extrañarla” (Wolf, 2005, pág. 255)⁵. El autor nos muestra desde el primer Heidegger cuando toca el tema en las últimas lecciones de Marburg en 1928, interpretando la técnica como dominio de la naturaleza. Luego expone cómo el pensador alemán hace una explicación en vez de una apropiación del problema de la técnica de Dilthey a Nietzsche. Concluyendo su estudio en el último Heidegger con su propuesta del nuevo comienzo. Aunque éste sea un estudio que ilustra la hermenéutica de la técnica en Heidegger como una revisión de la indagación del pensador alemán al respecto, hace falta una propuesta o interpretación clara sobre la técnica, precisamente en la interpretación de la *téchne*

como *poiesis* y salvación en estas dimensiones de la técnica moderna.

Conclusión

Heidegger en las diferentes fases de su obra nos muestra los olvidos de la historia de la humanidad, del pensamiento de Occidente; el primero, el olvido del Ser; el segundo, el olvido de la esencia de la técnica, y sin hablar directamente del fenómeno de la nuevas tecnologías sino de la técnica moderna, alcanza a recordar y denunciar estos olvidos. Por consiguiente, se podría concluir que el olvido del ser denunciado y trabajado en la primera fase de su obra es aplicable a su segunda fase, en la que plantea el olvido de la esencia de la técnica.

El fenómeno de las nuevas tecnologías resguarda en sus redes los mencionados olvidos, los cuales salen a relucir, en sus movimientos acróbatas, que van enredándose y desenredándose.

Notas

¹ Destruir tiene aquí el sentido de desmontar, dejar ver, remover obstáculos, despejar caminos. No tiene el significado tradicional de aniquilar, destrozar, acabar completamente con algo.

² He traducido directamente del original del alemán las citas de *Sein und Zeit* (Ser y Tiempo) y de *Die Frage nach der Technik* (La pregunta por la técnica).

³ Las citas de Pöggeler las he traducido directamente del alemán.

⁴ *Dasein* es la concepción heideggeriana para el ser del hombre, pero en primera instancia se podría tomar como hombre.

⁵ Esta cita se ha traducido directamente del original en alemán.

Referencias

- Deleuze, G & Guattari, F. (1976, 4 ed. 2005). *Rizoma*. Valencia: Pre-textos.
- Heidegger, M. (1927, 17 ed. 1993). *Sein und Zeit [Ser y Tiempo]* (§ 1-19. págs. 2-89). Tübingen: Max Niemeyer Verlag.
- Heidegger, M. (1954, 9 ed. 2000) *Die Frage nach der Technik in Vortrage und Aufsätze [La pregunta por la técnica en Conferencias y Artículos]* (págs. 9-41). Stuttgart: Verlag Günther Neske.
- Heidegger, M. (1995). “Y ¿para qué poetas?” en: *Caminos de Bosque* (págs. 241-290).
- Traducción Arturo Leyte y Helena Cortés. Madrid: Alianza Editorial. S.A.
- Pöggeler, O. (1963). *Der Denkweg Martin Heideggers [El camino del pensar de Martin Heidegger]*. Tübingen: Verlag Günther Neske.
- Vattimo, G. (1995). *Introducción a Heidegger*. Barcelona: Editorial Gedisa S. A.
- Vattimo, G. (1992). *Más allá del sujeto*. Barcelona: Ediciones Paidós S.A.
- Wolf, T. (2005). *Hermeneutik und Technik. [Hermenéutica y Técnica]*. Würzburg: Königshausen & Neumann.

La experiencia de la imaginación creadora como elemento primordial de la creación poética en la infancia*

The experience of the creative imagination as a primary element of poetic creation in childhood

Recibido: 30 de junio de 2009 - Revisado: 23 de julio de 2009 - Aceptado: 15 de septiembre de 2009

Mónica Lucía Suárez Beltrán**

Resumen

La conexión existente entre percepción, procesos de pensamiento y creación alude a una experiencia estética que proviene de la imaginación creadora como facultad del ser humano. Dicha conexión se perfila desde la infancia.

Este artículo abarca un breve recorrido por los presupuestos teóricos del concepto de imaginación hacia el planteamiento de una propuesta en que el proceso de la imaginación en la infancia, tal como lo alude Gaston Bachelard, es una experiencia estética que puede conducir a la creación poética.

Palabras claves

Imaginación creadora, experiencia estética, creación poética, infancia, humanismo.

Abstract

The connection between perception, thought processes and creation is an aesthetic experience that comes from creative imagination, a central faculty of the human mind. This connection develops since childhood. This article contains a brief review of the main theoretical approaches to the concept of imagination. I argue that the process of imagination in early childhood, as seen by Gaston Bachelard, is a poetic experience that can lead to poetic creation.

Key words

Creative imagination, aesthetic experience, poetic creation, children, humanism.

* Trabajo de investigación adscrito al grupo de Estudios Literarios y Culturales de la Universidad Sergio Arboleda. La metodología de la investigación ha sido analítica-documental.

**Profesional en Estudios Literarios de la Universidad Nacional de Colombia. Docente en el área de Lenguaje. Miembro del grupo de investigación "Literatura y Escuela" de la Universidad Nacional. Miembro del Grupo de Estudios Literarios y Culturales de la Universidad Sergio Arboleda.

Correo electrónico:
lukia12@hotmail.com

Introducción

*“En sus ensoñaciones, el niño realiza
la unidad de la poesía”
Gaston Bachelard*

El tema de la imaginación puede ser tan amplio como su propio significado. Esa palabra nos acompaña a todos a lo largo de nuestra vida y ocupa diversos espacios; en algunos casos, incluso, puede rezagarse en el más recóndito lugar de nuestra historia personal. En el presente artículo, la imaginación se aborda como una experiencia dado que roza la creación y que además se instaura desde la infancia. Entonces deja de tomar cualquier forma; adquiere la connotación de imaginación creadora y se convierte en la base de un proceso de creación poética.

Por ello precisamente, para entablar un diálogo real con el tema de la imaginación creadora en la infancia es necesario partir de las ideas que la anteceden: los principios sobre imaginación como tal y los planteamientos que la enmarcan como facultad creadora, y que se han desarrollado a lo largo del tiempo en campos como la filosofía, la psicología, la estética y la educación.

El estudio sobre la imaginación ha atraído al hombre desde la antigüedad. Ya desde Platón se venía gestando la relación sensibilidad-imaginación-intelecto bajo la explicación del paso de la sensibilidad al intelecto en el acto del conocer (Ferraris, 1999: 30). En sus *Diálogos de la vejez*, en los que aborda el lenguaje, la retórica y los conocimientos, el filósofo se refirió a las características de la imaginación “como un palomar lleno de pájaros que a veces pueden ser llamados y aparecen solos y otras veces en bandada” (Platón, citado por: Ferraris, 1999: 30). El palomar puede ser interpretado como el acto de la imaginación y nos da a entender la manera en que las imágenes que se asientan en nuestra mente, aquellas que llamamos al percibir un objeto, algunas veces están desligadas y otras, se asocian entre ellas.

Sin embargo, dicha relación entre sensibilidad, imaginación e intelecto se planteaba como la actuación de tres procesos separados y, por ende, la imaginación simplemente daba cuenta de un acto de percepción que no implicaba procesos de razonamiento o entendimiento. En este sentido, se puede aludir la existencia de una imaginación que recibe las imágenes observadas en la realidad y que idealiza o conserva la impresión de estas.

En el recorrido realizado por las diferentes concepciones sobre imaginación se pudo constatar que los preceptos de interés para el estudio de esta investigación surgen específicamente desde el humanismo promulgado en el siglo XVII, ya que en la búsqueda documental sobre el sentido de la imaginación creadora en la infancia se ha encontrado que antes de dicha época la imaginación era considerada como algo desligado de los procesos del pensamiento. Esta relación entre imaginación y pensamiento o, para decirlo mejor, esta inclusión de los procesos de pensamiento dentro de los procesos imaginativos ha variado en las diferentes propuestas de pensadores y escritores.

Las primeras conceptualizaciones humanistas sobre imaginación apuntan a verla como el grado de conocimiento más elemental. Spinoza (1632-1677), por ejemplo, considera la imagen como un aspecto disminuido del pensamiento “Imaginación y entendimiento no son absolutamente distintos ya que es posible partir del uno al otro por el desarrollo de las esencias contenidas en las imágenes” (citado por Sartre, 1984: 36); el autor plantea diferentes niveles en el acto de conocer, nombrado anteriormente en Platón, y la imaginación aparece como el más básico, pero a la vez como un grado constitutivo en potencia “el conocimiento imaginativo es también un conocimiento legítimo: la imaginación no es negación o carencia absoluta de verdad; aunque el filósofo acusa a la imaginación de ser la ignorancia misma —imaginar es desconocer

las causas de las cosas—, también le reserva un lugar destacado en cuanto que desde ella es posible observar un destello de verdad “ (Cristancho, 2005: 51).

Es importante también señalar que Spinoza ligó la experiencia dentro del conocimiento imaginativo; dicha experiencia tiene que ver con lo sensorial y uno de los propósitos claros en su estudio es ofrecer las herramientas necesarias para entender la imaginación y los instrumentos para comprender el conocimiento adecuado¹ “el conocimiento adecuado, teniendo una estructura y mecanismos propios enmarcados en la actividad de la razón (conocimiento reflexivo), lleva implícito el conocimiento adecuado de la imaginación y es desde la comprensión de ésta como el conocimiento adecuado adquiere un sentido liberador” (Cristancho, 2005: 53). Se puede decir, entonces, que el entendimiento sobre la imaginación en aras de una búsqueda de la razón, es a su vez, una herramienta hacia la autonomía del ser.

De otra parte, su visión permite percibir una crítica de las categorías que componen dicho conocimiento adecuado, que son denominadas auxiliares de la imaginación. Categorías como la definición o la explicación son cuestionadas por Spinoza, como por ejemplo el hecho de definir un concepto trascendental, ya que para él encubren el conocimiento adecuado bajo la apariencia de una verdad arbitraria que se generaliza y se marca por elementos sensibles “ante la incapacidad de comprender la infinitud y la eternidad en sí mismas, se las representa bajo la figura de la medida —el tiempo en el caso de la eternidad y la magnitud en el caso de la infinitud—” (Cristancho, 2005: 58). Quiere decir esto que para Spinoza el conocimiento imaginativo no tiene un alcance comprensivo de la realidad y por esto se conforma con brindar explicaciones relativamente aceptables de las cosas.

Esta visión crítica de la imaginación, si bien ha sido catalogada por algunos estudiosos como la propuesta de liberarnos de ella, para

este análisis se enfoca desde el hecho de poder transformar la realidad imaginativa con los recursos propios de la imaginación, mediante el ejercicio liberador de la razón.

Es Descartes quien plantea las ideas como objetos de la conciencia, la imagen como el límite de la exterioridad y la imaginación como conocimiento de la imagen que proviene del entendimiento. En sus *Meditaciones Metafísicas*² (1641) enmarca la imaginación como fuente del conocimiento y la nivela al término de *concepción* que pasa de la reproducción (cera) o memoria a la simulación de nuevas figuras (sello) para desembocar en la autonomía o *intelligere*. Se puede entender esto como el proceso que ocurre desde la percepción de las cosas a través de los sentidos, en la cual quedan guardadas las imágenes de lo observado, hasta la reproducción de nuevas imágenes de las cosas que percibimos. Este proceso nos lleva a la autonomía, ya que también es uno de los pasos para crear.

Desde la visión de percepción y reproducción nace una visión sobre las ideas como entes que residen en la naturaleza y en nosotros mismos. Es la imaginación quien permite expresar y comprender ideas. Ese poder combinador de la imaginación surge cuando se logra convocar adentro de la mente una imagen de manera significativa e inducir sentimientos profundos en su presencia. Así, la función de la imaginación se amplía: nos capacita para ver imágenes o formas individuales que poseen un significado particular y al mismo tiempo logra despertar alguna emoción, así como conservar la percepción de nuestra experiencia. Fue Schelling (1800) quien categorizó la imaginación como intuición productiva y como intuición poética. Planteó que la imaginación debe tratar de crear un pensamiento o una forma a partir de los elementos de lo experiencial.

De esta manera, se puede ir dilucidando que la vinculación entre la imaginación y el entendimiento fue generadora de unas posibles categorías de la primera, entabladas

por Coleridge (1817) frente a la imaginación empleada en la percepción (capacidades sensoriales), imaginación de imágenes percibidas en otro tiempo (recuerdos) e imaginación expresada por el artista o creador. Así, habría una imaginación primaria, que es el primer agente de la percepción y una secundaria, que coexiste con la voluntad, y es mediadora entre la razón y el entendimiento.

Las diferentes visiones sobre imaginación como tal, proveniente quizás de la percepción y la reproducción de imágenes, da paso a lo que podría ser una imaginación creadora, que es una mediación entre los procesos de la razón y la experiencia creativa.

La propuesta de este trabajo, que se centra en la imaginación creadora de la infancia, tiene interés en establecer una conexión entre percepción, procesos de pensamiento y creación, que alude a la experiencia estética, sobre la cual se hará referencia más adelante.

Imaginación como facultad creadora

“Ya estamos leyendo un poema o escribiéndolo, ya estamos contemplando un cuadro o pintándolo, nuestro concepto de la obra como objeto estético, completo o en proceso de completarse, exige que la veamos como poseedora de una finalidad de forma”
Kant

La experiencia de la imaginación dentro de la creación poética nace a partir de las ideas de pensadores que se han planteado preguntas frente a los procesos estéticos, no para aplicarlas en un ámbito escolar, pero sí para sentar unas bases conceptuales que a su vez permiten abordar de alguna manera el sentido de la imaginación, implícito en la experiencia creativa de los niños.

Se puede realizar ahora un recorrido por las concepciones que competen a la imaginación creadora. Hume, en el *Tratado de la naturaleza humana* (1740) explica el hecho de que las ideas, para él, son imágenes, y la imaginación, por su parte, una facultad creadora de las

palabras que desempeña un papel decisivo en nuestro pensamiento (Warnock, 1981).

También retoma las ideas de Descartes sobre el paso de la memoria –o reproducción– a la transposición o cambio en la imaginación “el fácil paso de la imaginación a lo largo de las ideas o percepciones semejantes nos hace atribuirles una identidad perfecta” (Libro 1, parte 1, sec. 3). Este apoyo de la imaginación en la memoria, además, permite que todas las ideas de los objetos percibidos sean individuales y específicas, pero puede usarse una idea particular para que vaya más allá de su naturaleza. Es allí donde actúa la imaginación. La existencia continuada de los objetos es posible gracias a nuestros sentidos, nuestra razón y nuestra imaginación.

Es necesario nombrar a Kant al entrar en una propuesta de la imaginación como facultad creadora, ya que establece una distinción clara entre imaginación empírica, que surge de un caso particular, e imaginación trascendental, como el poder para crear ficción y que varía de un hombre a otro. Desde allí, el hombre vincula los sentidos y el intelecto para experimentar el mundo. Kant, como sus antecesores, considera la función de la imaginación anterior al conocimiento, pero presenta a su vez una mediación, ya que para él nuestra experiencia del mundo no es del todo creadora, pero tampoco pasiva. “Es la imaginación la que surge como aquello que nos capacita a ir más allá de los escuetos datos de la sensación, y a colmar la brecha entre la mera sensación y el pensamiento inteligible” (citado por Warnock, 1981: 50).

Se puede abrir paso entonces a los presupuestos que han sustentado las relaciones entre imaginación y arte creador. Se inicia al deducir que Hume y Kant no muestran interés en la cuestión de qué hace de un hombre un poeta o un lector de poemas; ellos se centran en discernir sobre lo que hace que ese hombre piense en el objeto que observa de un modo

particular: como objeto de experiencia. Este es otro asunto importante para el presente estudio, ya que surge desde la propuesta de dar una visión sobre la experiencia estética en la infancia, particularmente en la creación de textos poéticos, que exige a su vez analizar los roles en cuanto a recepción y producción de poemas. Entonces la visión de la imaginación como facultad representativa y como facultad formadora de ideas, que nos permite reconocer los objetos del mundo y vincular sus conceptos con nuestra experiencia sensible, ha sido reconocida desde esos tiempos y nos permite sustentar mejor la propuesta de este trabajo.

Otro interés surge al rescatar lo que propuso Ribot (1907) respecto a la imaginación creadora como un análisis del mecanismo de la creación de imágenes nuevas. “Toda creación imaginativa exige un principio de unidad y parte de una disociación que se da por causas externas e internas” (citado por Sartre, 1984: 61). Estas causas son las que se pretenden analizar en los procesos creadores de la infancia, concretamente desde la imaginación como facultad creadora que exige un principio de unidad. Dentro de las causas internas, según Ribot, aparece un componente subjetivo que apunta hacia la selección con miras a la acción, las causas afectivas que gobiernan la atención y las razones intelectuales. Hay además causas externas, que son variaciones de la experiencia, y presentan al objeto con unas cualidades específicas. Esto quiere decir que a través de nuestra percepción seleccionamos elementos particulares de lo que observamos y los llevamos a nuestra atención para hacer de ellos una imagen. En este proceso también actúa nuestra experiencia con el entorno y ello nos permite dar unas características a esos elementos seleccionados.

La disociación de la que habla Ribot se da precisamente allí, cuando a partir de nuestra experiencia damos nuevas características, y libera nuevos elementos que permiten una asociación de imágenes, y es llamada

asociación creadora. En ella están involucrados un factor intelectual, que aplica para la facultad de pensar por analogía; un factor afectivo y un factor inconsciente, que puede ser sentimental o intelectual pero no es directamente accesible a la conciencia.

Para hablar de una imaginación creadora en la infancia, hay un interés por mencionar esa asociación creadora. Los factores involucrados pueden ser desarrollados en el análisis de las causas internas y externas propuestas. Por ello, todo lo anterior da paso a la búsqueda de una experiencia estética de la creación en la infancia, que proviene de las bases de los anteriores presupuestos.

Experiencia estética de la creación en la infancia

“La percepción infantil, gracias a su carácter inicial y a su totalidad sensorial, se convierte en la medida ideal de la experiencia estética”

Jauss

Para introducir un tema relacionado con procesos estéticos del lenguaje y que además trae consigo énfasis en la infancia es necesario abordar aspectos que atañen a su estructura básica conceptual en un enfoque que, al ser dirigido a los primeros años de escolaridad, no deja a un lado las propuestas teóricas de una visión de la experiencia estética, tratadas por autores como H.R. Jauss (1986) y Gaston Bachelard (2002). Esto quiere decir que por ser precisamente dirigido este estudio hacia la infancia, es necesario retomar las concepciones teóricas que abordan la temática de la creación poética a partir de una orientación que conlleva la experiencia estética como base de la experiencia creativa.

De esta manera, es relevante iniciar con unos conceptos claros, en las voces de quienes han aportado algo al respecto, que luego permitan enfocar la propuesta hacia la creación poética desde la infancia como tal. Se puede iniciar con el concepto de estética desde

la teoría filosófica del arte con Hegel (1996) sobre lo bello como irradiación espiritual de las ideas; ya que la propuesta pretende dilucidar ese camino que se recorre a partir de la experiencia estética hacia los procesos de creación de poemas. Desde allí, la estética se orienta en la función representativa del arte. Es importante por ello, centrarse de una vez en los procesos estéticos literarios en los cuales estaría implicada en primer lugar la praxis estética, y la relación de la experiencia estética con las esferas del entorno cotidiano.

También se plantea dentro de esa praxis estética a la *poiesis*, como ese aspecto productivo de la experiencia estética y la realización de la idea del hombre creador. En esta idea, el “construir” presupone un saber y asume una función cognoscitiva que lleva a una “lógica imaginativa” en el momento de producir textos.

Desde allí, Jauss (1986) nos habla de una curiosidad estética que, en la postura de esta investigación, se refiere a una nueva manera de ver qué tiene la obra, en este caso el poema. En este sentido, se tienen en cuenta los aspectos receptivo, comunicativo y creativo de la experiencia estética frente a la literatura; eso implica formar un juicio estético a partir de esas instancias de efecto y recepción. Otra preocupación se enfoca en una tercera instancia en particular: la creación. Es importante señalar que se afirma desde el presente trabajo analítico que se aprende a escribir textos literarios escribiendo y leyendo textos literarios, por más que suene redundante.

Esta es una consideración de la literatura y aun del arte en general como *producción*, tanto en el proceso creador como en el proceso lector. Así, el espacio textual se plantea como un “lugar” al que nosotros, pretendiendo reconstruir/descifrar la presencia del otro, otorgamos sentido. La distinción entre significado y sentido es pertinente para cualificar las distintas fases del proceso artístico: mientras

el *significado* aparece como algo estable a partir de la configuración que le ofrece un lenguaje, el *sentido* resulta de la proyección de esos significados estables sobre el complejo proceso de recepción individual, como consecuencia de un constante desarrollo enriquecido por la experiencia. Por tanto, no es posible captar significados sin que les ofrezcamos un peculiar sentido. En pocas palabras, no podemos conocer el “espacio textual” en sí, porque desde el mismo momento en que hayamos accedido a él se habrá transformado en “texto”, gracias a nuestro trabajo de lectura.

De este modo, tanto los procesos relacionados con la experiencia estética, como los que devienen de la recepción, nos dan paso a plantear algo más complejo aún, como lo es la creación en la infancia. No pretendemos analizar ese ámbito desde puntos de vista de etapas del desarrollo o perspectivas psicológicas, sino a través de una mirada al enfoque creativo. Por ello una base central de las propuestas creadoras de los niños, además de los planteamientos anteriores, es construida desde los presupuestos de la imaginación creadora, principalmente trabajada por Gaston Bachelard.

La imaginación creadora en la infancia: un principio de ensoñación

Desde el inicio de este estudio se ha manifestado claramente la importancia del tema de la imaginación creadora en los procesos poéticos y la pretensión de hacer un abordaje desde la infancia como momento esencial de su surgimiento. No sería posible tocar este aspecto sin acudir a las ideas planteadas por Bachelard, ya que no solamente se enfoca en la imaginación como ensoñación, sino en la infancia como centro de la misma.

Se pretende tomar en principio esa intencionalidad de la imaginación que permite que el niño, como el poeta, se encuentre con el texto poético. Bachelard (1993) sugiere que la poesía no se lee pensando en otra cosa, y

esta fenomenología de la imagen nos pide que activemos la imaginación creadora. Quizás puede ser el inicio del camino leer literatura con los niños sin pensar en otra cosa, sin que apele ante nosotros un sentir didactizante. Porque en la ensoñación se plantea que desde que la imagen poética muestre la riqueza de sus variaciones, podremos pasar con libertad de imagen a imagen, de un gran poeta a un poeta mayor y sentirnos libres. Pasar de un texto a otro, al mostrar en la lectura misma su riqueza literaria desde su propio ser creativo.

Bachelard representa un papel central en este estudio, ya que la imaginación en los niños, vista como ensoñación poética, es aquella que la poesía lleva a escribir. Para el autor, la ensoñación poética escucha y la conciencia poética registra, en la imaginación del niño o niña la imagen prevalece sobre todo y las experiencias vienen después. Si bien el autor alude a una infancia cósmica³, para este estudio se considera pertinente abordarlo desde la infancia real, ya que él mismo lo plantea como un inicio poético que deviene de la imaginación creadora. “La infancia ve el mundo ilustrado, el mundo con sus primeros colores verdaderos” (Bachelard, 1991: 180). Además se adentra en el espacio pedagógico:

Cuando somos niños nos muestran tantas cosas que perdemos el sentido profundo de ver. ¡De qué manera los adultos nos muestran el mundo que han perdido! Saben, creen que saben, dicen que saben. Demuestran al niño que la tierra es redonda, que gira alrededor del sol. Pobre niño soñador ¡qué cosas te toca escuchar! ¡Qué liberación para tu ensoñación cuando abandones la clase para subir a la colina, a tu colina! (Bachelard, 1993:194).

Al hablar de creación infantil, se enlazan directamente los procesos cognitivos que se hallan inmersos en la generación de un producto creativo. Puede ser una propuesta el trabajar la imaginación creativa en la infancia para la

búsqueda misma del conocimiento. Desde la enseñanza de la literatura a niños y niñas, podemos partir de ese *cogito* originario (acto mental de imaginar) como lo plantea Bachelard en su libro, ya que para él en cada uno de nosotros permanece callado y en silencio un “núcleo de la infancia” que es revivido por cada gran poeta y recuperado a través de su palabra por todos los hombres.

Muchos autores como Horderlin o Baudelaire nos han dicho que la patria del poeta es su infancia. Y Bachelard lo afirma en la *Poética de la ensoñación*:

Tendremos que despertar en nosotros, mediante la lectura de los poetas (...) un estado de nueva infancia que va más lejos de los recuerdos de nuestra infancia, como si el poeta nos hiciera continuar, terminar una infancia que no se realizó totalmente, que sin embargo era nuestra y que hemos soñado a menudo (Bachelard, 1993: 94).

El autor escribe sobre la idea de que la soledad del niño es más secreta que la soledad del hombre y el sueño del niño es ese soñar de la o imaginación cósmica que nos une al mundo. Es allí dónde surge la pregunta ¿qué podemos hacer para avivar ese *cogito* del niño, esa imaginación creativa desde la producción de textos poéticos?

El niño, como el soñador, puede aproximar las cosas poéticamente y ensoñarlas para luego darles el rango de “*compañeras de lo humano*”. ¿Por qué no pasar de la animación de los objetos, que tanto gusta a los niños, a su poética? Aquella alfombra mágica que de tapete de sala pasó a medio de transporte en la literatura es solo una muestra de lo que el niño o niña crea desde su imaginación en los juegos diarios. Como docentes, por ejemplo, podemos trasladarlos al aula y, partiendo del juego como creación de sentido, poner “en juego” un desarrollo del pensamiento desde la literatura

en que entren en conjugación todos los procesos que devienen de la ensoñación: simbolismos, significación, expresión y comunicación del lenguaje. El juego con la creación poética en el trabajo del aula establece una construcción de símbolos que más tarde, si es necesario, llevará a la construcción de ideas y procesos argumentativos. Ahí se da esa conjugación de la que habla Bachelard entre la razón y la creación, que han tratado todos los autores anteriores.

Para Bachelard, la imaginación es la manera como nos liberamos del peso de lo real, una des-realización de la imagen total que nos permite precisamente la novedad poética a medida que nos distancia de la realidad. Y eso logra una relación filial entre lo real y lo imaginario; el soñador des-realiza la naturaleza para poder transformarla en arte. Y en algún momento pregunta: “¿Pero existen todavía en nuestro siglo, profesores de retórica que analicen los poemas con ideas?” (Bachelard, 2002:240); y al respecto surge otra cuestión: para analizar poesía con los niños hay que leer poesía, y aún más, hay que generar la posibilidad de hacerla. Es decir, se puede llegar a comprender la poesía solamente con el hecho de interpretarla en la manera en que lo sugiere el poema leído, en sí mismo.

Pese a algunas concepciones pedagógicas sobre la producción textual de los niños y niñas de primaria, consideramos que la poesía nace allí mismo, en la relación que con ella se haga en la infancia, justo cuando logramos que los estudiantes en sus primeras etapas de escolaridad hallen la fuerza poética de la que habla Bachelard en donde una página que nos gusta puede hacernos vivir intensamente.

Expresión poética en la infancia

Otro de los autores que se interesa por la percepción frente al mundo desde la imaginación es Cassirer (1971), quien plantea cómo la mente forma conceptos al reunir en el pensamiento cierto número de objetos

que tienen propiedades similares, a partir de la percepción; en una concepción mítica, el autor deduce que las cosas no se toman por lo que significan indirectamente, sino por una apariencia inmediata. Las cosas, en este caso, son entendidas como representaciones puras que se inmiscuyen en la imaginación. La necesidad de jugar con el lenguaje hace que el niño sienta que la poesía que él mismo crea sea un lugar de expansión e interpretación de su visión del entorno, de sus sentimientos e ideas al respecto.

De esta forma, la imaginación poética en la infancia es a su vez el hallazgo de una idea e incluso su misma invención. Por ello, la expresividad y la creatividad serían conceptos que no se pueden disociar dentro del lenguaje; la intencionalidad de la imaginación creadora permite que ese lenguaje en el niño o la niña transforme la realidad mediante el acto de imaginación, al expresar esa transformación en un lenguaje poético o de ensoñación, aludiendo a Bachelard. Estos presupuestos nos llevan a pensar la imaginación creadora como un elemento central en el acto del educar. Sin entrar mucho en la idea de lo que puede ser educar a niños y niñas a través de la literatura, ni caer en lugares de discusión sobre lo que puede llegar a ser leer y escribir poesía en la escuela, es importante para el presente trabajo tocar de cerca el tema de la imaginación creadora desde una visión pedagógica, ya sea para tomarla en cuenta en el ámbito escolar o en otros espacios académicos informales.

Es indispensable acudir a un análisis de la actividad creadora en la infancia para pasar al tema central de la propuesta: la creación de poemas en este instante de la vida. Para ello, desde muy temprano, el niño o la niña generan procesos creadores que se observan en sus juegos, que si bien son producto en su mayoría de la imitación, no se limitan a ella o a la reproducción de experiencias que han vivido, sino las reelaboran y combinan creando nuevas realidades. Según Vigotsky (1990), en cada periodo de formación y desarrollo infantil

la imaginación actúa de manera distinta, “Los niños pueden imaginarse muchas menos cosas que los adultos, pero confían más en los frutos de su fantasía y la controlan menos, y por eso la imaginación en el sentido vulgar, corriente de la palabra, o sea, algo inexistente, soñado, es mayor en el niño que en el adulto”.

De los periodos de desarrollo que el autor enumera –infancia, adolescencia– es importante hablar de la edad escolar, y entrar también de paso por la creación literaria. Si bien se inicia en la etapa escolar con la creación por medio del dibujo, y podríamos decir que mucho antes de llegar allí, es decir, desde casa, la concentración del niño o niña en el dibujo no es casual, ya que esta actividad le permite expresarse con mayor facilidad. Luego, en la vida escolar, esta etapa de la primera infancia se suple de alguna manera con la creación literaria. A pesar de que algunos autores opinan que ese “arte literario” solamente se llega a hacer realidad en el periodo de madurez sexual del adolescente, ya que es allí donde se han logrado acumular algunas experiencias de vida y un criterio propio.

Se considera también que en la infancia, después de adquirido el código escrito, el camino inicial por la poesía no es “enseñar literatura” sino “aprender a apreciar la literatura” acorde con los planteamientos cognitivos y la intencionalidad de la misma.

Para que la expresión poética sea generada, es necesario acompañar al estudiante a disfrutar y valorar de manera autónoma las obras literarias; es decir, potenciar los valores formativos que la literatura –en este caso la creación de poemas– aporta al estudiante como exponente de una cultura. Por ello, no se debe limitar al niño o niña a descubrir ritmos, figuras, aliteraciones (descifrar formalmente el poema) sino a vivirlo, sentirlo y a la vez crearlo y recrearlo.

Es necesario tener presentes los aspectos de la poesía que intervienen en la posterior creación de la misma. Ese efecto que surge cuando el

texto produce un placer estético e intelectual, que precisamente está para ser descubierto en la infancia. “Durante la edad preescolar se desarrolla una nada desdeñable habilidad para emitir construcciones metafóricas, si bien esta habilidad va decreciendo a medida que las experiencias vitales resultan más previsibles y a medida que se ven sometidas a todo tipo de normas y convenciones” (Gardner, 1982: 67).

El carácter de la poesía se cobija en un lenguaje que gesta una relación complementaria entre el texto y el lector, ya que el poema tiene su razón de ser cuando el que la recibe le da una dimensión nueva y personal. De nuevo entra aquí la imaginación creadora, que ahora forma parte de la escritura de poemas en dicha expresión poética de la infancia. Se halla como invención o hallazgo de una idea, variación de la misma, elocución (darle a la idea las palabras significativas y precisas), invención y expresión. El niño tiene una intuición lingüística que incluso es más efectiva que la lógica del sistema que todavía no domina del todo, y con aquel don que el niño tiene –y conserva el poeta– de transformar la realidad y expresar esa transformación en un mensaje poético, se puede hablar de una *expresión poética en la infancia*.

Se tienen en cuenta las bases de la teoría de la expresión poética planteada por Bousoño (1985) en la concepción de la poesía como realización y síntesis de lo conceptual-sensorial. Situándonos en la expresión poética infantil, esa síntesis debe aludir no solamente a la emoción pura sobre el poema, sino a la percepción de emociones: “El pensamiento del poema no tiene jamás una finalidad en sí mismo, sino que actúa como medio para otra cosa: la emoción, que es la encargada de darnos la impresión de que el contenido psíquico se ha individualizado” (Bousoño, 1985: 23). Incluso hablando de manera pedagógica, la experiencia estética frente al poema es individual. Por lo cual, la interpretación de un poema también lo es. El niño “conoce” poéticamente, es decir, reconoce lo que hay de particular en las cosas que le rodean, ese

conocimiento desinteresado es del que habla Bousoño, referido a la emoción estética, tiene relación con los planteamientos anteriores sobre la imaginación creadora como mediación entre la experiencia estética y el entendimiento. Ya que toda descarga poética supone una serie de operaciones o acciones que la preceden. Es mucho más claro que la escritura venga después de esa descarga, por ello con los niños y niñas podemos iniciar en una prescritura poética, así como lo hacemos en la prelectura.

En la escritura de poemas o textos poéticos hay presaberes –si pueden denominarse así– de la emoción. No es necesario intervenir pedagógicamente de manera formal desde un principio cuando queremos guiar a los niños y niñas hacia este tipo de creación de textos; como docentes somos, por así decirlo, sus primeros lectores. Y si se toma en cuenta lo que se plantea en la teoría de la expresión estética, no cumpliríamos una función estática dentro de esta creación sino dinámica y “previa” –intervenimos en la escritura del poema en el momento mismo de su concepción–. “El lector colabora en la obra literaria no en cuanto que la lee, sino en cuanto que va a leerla” (Bousoño, 1985: 42).

Dentro de esta propuesta de expresión poética en la infancia, los estudiantes pueden tomar conciencia de su “yo” creador de poemas después de pasar por aquellos “presaberes de la emoción”, los cuales mencionamos antes. Porque luego sí podemos tomar el poema como tipo de texto, centrando la atención en el funcionamiento particular del lenguaje, en su estructura; su dinámica propia y sus connotaciones, e incluso su diagramación particular en el espacio. En el momento que nos convertimos en sus lectores tangibles podemos trabajar la poesía como tipo de texto a interpretar. “La poesía ayuda a reencontrar el lenguaje primero sin perjudicar el necesario aprendizaje del lenguaje elaborado. Ello implica un tratamiento pedagógico muy intenso y muy específico de la poesía. La poesía es una escuela, una escuela del lenguaje” (Georges, 1996: 46).

Notas

¹ El conocimiento de la Totalidad de la razón (o lo que es igual, el modo cómo cada cosa se integra a la Totalidad) es el conocimiento adecuado.

² El título completo es *Meditaciones sobre filosofía que prueban la existencia de Dios y la inmortalidad del alma*.

³ Una infancia como arquetipo de la felicidad simple, un principio de vida profunda y siempre acordada a las posibilidades de recomenzar. (Bachelard, 1993: 191)

Referencias

- Bachelard, G. (2002). *La poética de la ensoñación*, FDE, México.
- Bousoño, C. (1985). *Teoría de la expresión poética*, Greidós, Madrid.
- Cassirer, E. (1971). *Filosofía de las formas simbólicas*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Cristancho, M. (2005). *Libertad de pensamiento y expresión en Spinoza: fundamentos*, Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia.
- Descartes, R. (2005). *Meditaciones sobre filosofía que prueban la existencia de Dios y la inmortalidad del alma* (1641), Alianza, Madrid.
- Ferraris, M. (1999). *La imaginación*. Visor, Madrid.
- Gardner, H. (1982). *Arte, mente y cerebro*, Paidós, Barcelona.
- Hegel, G. (1996). *Fenomenología del espíritu*. FDE, México.

- Hume, D. (2005). *Tratado de la naturaleza humana*, Ediciones Tilde, Madrid.
- Jauss, H. R. (1986). *Experiencia estética y hermenéutica*, Taurus, Madrid,
- Jean G. (1996). *La poesía en la escuela*, Editorial De la Torre.
- Martínez Bonati, F. (1983). *La estructura de la obra literaria*, Barcelona, Ariel, págs.132-133.
- Richards, I. A. (1956). *Practical Criticism*. New York: Harvest Books.
- Ribot, T. (1886). *La escuela empírica*. Nueva York: Scribner.
- Sartre, J. (1984). *La imaginación*. Editorial Sudamericana, Venezuela.
- Soleviev, V. (2003). En: Vigotsky. *La imaginación y el arte en la infancia*. Akal, Madrid.
- Vigotsky, L. S. (1990). *La imaginación y el arte en la infancia*. AKAL, Madrid.
- Warnock, M. (1981). *La imaginación*. Fondo de Cultura Económica, México.

Civilizar

Ciencias Sociales y Humanas

REVISTA CIVILIZAR
Ciencias Sociales y Humanas
ISSN No 1657-8953

Normas de publicación de artículos

- 1) La Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, órgano de divulgación científica de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad semestral (enero-junio y julio-diciembre) y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en las áreas de Derecho, Política, Economía y Filosofía. Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas a nivel nacional e internacional; así como Incentivar la visibilidad e impacto de la investigación desarrollada en Iberoamérica, manteniendo como propósito el mejoramiento de los procesos editoriales y la construcción de redes, fundamentales en la dinámica del proceso de comunicación de la ciencia.
- 2) Para efectos de indexación de la publicación, se reciben las siguientes clases de documento:
 - a) Artículo resultado avance parcial o final de proyecto de investigación;
 - b) Artículo de reflexión, se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico, y,
 - c) Estados del arte o artículos de revisión, definido por Colciencias como aquél escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- 3) Instrucciones a los autores:

Los autores deben tener en cuenta las siguientes observaciones al someter sus artículos científicos:

 - a) Todo artículo postulado para publicación debe ser original o inédito
 - b) El artículo sometido a la revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas No debe estar postulado para publicación simultáneamente en otras revistas.
 - c) Se entregará una carta de exigencia de originalidad la cual debe ser firmada por los autores (requisito no obligatorio).
- 4) Proceso de arbitraje:

La revista realizará un proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados para publicación teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

 - a) Todo original será sometido al proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.
 - b) El proceso de dictamen exige anonimato, al menos, por parte de los examinadores o evaluadores.
 - c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos consiste en una evaluación preliminar por el comité

editorial y científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación. Posterior a esto se enviará el artículo a dos pares ciegos. Una vez aprobado el documento se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de copiedición.

En caso de tener controversia entre los evaluadores, el artículo será enviado a un tercer evaluador y regresará al comité editorial y científico donde se tomará la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del comité editorial y científico propongan al autor y el concepto de los pares evaluadores externos.

El Comité editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.

De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

- d) Se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo.
- 5) La recepción del artículo se efectuará en la oficina de CIVILIZAR (Calle 74 No 14 -14 Bloque D, piso 8 PBX: (571) 3257500 Bogotá, D.C – Colombia) impreso y además en CD (Word versión 6.0 en adelante) o enviado por correo electrónico a las direcciones:
 Ignacio.restrepo@usa.edu.co
 yadira.caballero@usa.edu.co
 revista.civilizar@usa.edu.co

- 6) Una vez recibido, se acusará de inmediato y se informará al autor sobre el estado del mismo en un plazo máximo de seis meses. El retiro de un artículo se solicitará por escrito con un documento impreso al editor con copia al director de la revista y se efectuará luego de la respuesta escrita del Editor.

- 7) Aspectos formales y estructura del artículo: Los artículos no pueden exceder de 35 páginas tamaño carta, doble espacio con margen de 3 cm, letra times 12 y ceñidos a las normas internacionales APA (American Psychological Association).

El documento deberá contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevo a cabo el trabajo.
- c) Se deberá indicar el nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract). Al final del resumen en castellano y al final del abstract en inglés deben ir las palabras clave que no superen el número diez y que, den una idea de los temas fundamentales que se encuentran en el artículo. Estas palabras deben ir ordenadas de mayor a menor generalidad.
- e) El cuerpo del artículo, deberá contener:
 - Introducción: visión general del tema tratado y de los resultados obtenidos.
 - Problema de investigación y método: Planteamiento del problema de investigación y síntesis del enfoque metodológico; clase o tipo de investigación; procesos; técnicas y estrategias utilizadas para la recolección y análisis de la información.

- Contenido: Presentación resultados de investigación
 - Conclusiones
 - Referencias.
- f) Gráficos y tablas, éstos se insertan en el texto debidamente numerados, según orden de presentación y con su correspondiente título citando el origen del mismo, con ejes marcados para los gráficos.
- g) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los artículos de revisión o Estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deberán contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.
- 8) Referencias:
- a) Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, siguiendo normas internacionales (APA).
- b) Citas de referencia en el texto, el método de citar por autor: (apellido, fecha de publicación) permite al lector encontrar las referencias en la lista al final del artículo.
Cuando el apellido forma parte de la narrativa, se incluye solamente el año de publicación del artículo entre paréntesis. Cuando apellido y fecha forman parte de la narrativa se omiten los paréntesis.
- c) En el caso de múltiples autores, se deben citar, la primera vez que ocurra.
- Con posterioridad sólo se citará el primero añadiendo et al y el año de la publicación. Si es sólo dos los autores se citarán ambos, cada vez que ocurra. Si el número de autores es mayor de cinco, se cita sólo el primero y se añade et al. y el año de publicación. En el caso de citas múltiples se sigue la regla general pero separando las diversas citas con punto y coma.
- d) En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema APA. Consultar <http://www.apastyle.org>
- 9) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- 10) Una vez publicado, los derechos de impresión y reproducción son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

YADIRA CABALLERO QUINTERO

Editora revista civilizar
Ciencias Sociales y Humanas
yadira.caballero@usa.edu.co

IGNACIO RESTREPO

Director civilizar -
Director revista civilizar
Ciencias Sociales y Humanas
ignacio.restrepo@usa.edu.co



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Civilizar
Ciencias Sociales y Humanas

Formato de Suscripción

Datos Personales

Nombres: _____

Apellidos: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

Teléfono casa: _____

Teléfono oficina: _____

Fax: _____ Apartado Aéreo: _____

Correo electrónico: _____

Ocupación: _____

Documento de identidad: _____

Firma: _____

Formato de pago

Efectivo: _____

Cheque Banco: _____

Cheque No. _____

Consignación Cuenta de
Ahorros No. 041-15941-9
Banco de Bogotá

Valor: _____

Información de la Publicación

Publicación Semestral
de la Universidad Sergio Arboleda
Centro de Investigaciones Civilizar

Favor diligenciar este formato y hacerlo llegar con cheque o comprobante de consignación a nombre de la Universidad Sergio Arboleda a la calle 74 No. 14-14. Torre D Piso 8. Centro de Investigaciones Civilizar.

Teléfono: 3 25 75 00 Extensiones: 2242 y 2260. Correo electrónico: ignacio.restrepo@usa.edu.co yadira.caballero@usa.edu.co - revista.civilizar@usa.edu.co - <http://www.usa.edu.co/civilizar/>

La consignación debe hacerse en el Banco de Bogotá, cuenta de ahorros No. 041-15941-9

El valor de la suscripción anual (Dos números) (Colombia): \$40.000 (US \$ 20)
Valor un ejemplar: \$20.000 (US \$ 10)

