

Diciembre 2022

7

e-ISSN
2539-5343

UNA | Revista de Derecho



N°2

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia

Descripción

UNA Revista de Derecho es una publicación electrónica con periodicidad semestral especializada en temas relacionados con el derecho, desde una perspectiva académica abierta a múltiples disciplinas. Esto incluye, por ejemplo, sociología jurídica, antropología jurídica, teoría del derecho, historia del derecho, hermenéutica, legislación y políticas públicas, derecho internacional, derecho público, derecho privado, estudios de género, etc.

Uno de los objetivos principales de la revista es constituirse como una plataforma para el diálogo académico colombiano y latinoamericano, a través de la publicación de artículos de investigación, reflexión o revisión. La revista va dirigida a académicos y estudiantes del derecho y de las ciencias sociales.

Comité Editorial

Valeria Sánchez Aroca
Codirectora
Universidad de los Andes

Juliana Gloria Carbonell
Codirectora
Universidad de los Andes

María Camila Martínez
Estudiante de derecho
Pontificia Universidad Javeriana

Sebastián Lozano Parra
Abogado
Universidad Libre - Seccional Socorro

Alejandra Gutiérrez Gallego
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Valentina Romero Prada
Estudiante de derecho
Pontificia Universidad Javeriana

Marco David Camacho
Estudiante de derecho
Universidad Pontificia Bolivariana

Natalia Andrea Roa
Estudiante de derecho
Universidad de los Andes

Maria Elena Choles
Abogada
Universidad Sergio Arboleda

Comité Académico

Catalina Botero Marino
Máster (DEA) en Derecho
Universidad Carlos II de Madrid

Julieta Lemaitre Ripoll
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Lina Fernanda Buchely
Doctora en Derecho
Universidad de los Andes

Helena Alviar García
Doctora en Derecho
Harvard Law School

José Miguel Mendoza
Doctor en Derecho
Oxford University

Mauricio García Villegas
Doctor en Derecho
Universidad Católica de Lovaina

Jorge González Jácome
Doctor en Derecho
Harvard Law School

Esteban Restrepo
Doctor en Derecho
Yale Law School

Diego López Medina
Doctor en Derecho
Harvard Law School

Isabel Cristina Jaramillo
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Daniel Bonilla
Doctor en Derecho
Yale Law School

Liliana Obregón Tarazona
Doctora en Derecho
Harvard Law School

Beatriz Sánchez Mojica
Doctora en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Manuel Amaya Castro
Doctor en Derecho
Universidad Libre de Amsterdam

Diagramadores

Jorge Andrés Duarte
Estudiante de diseño
Universidad de los Andes

Juan Diego Gómez
Estudiante de diseño
Universidad de Investigación y
Desarrollo

Índice

Editorial - Sobre UNA y su evolución Valeria Sánchez Aroca, Juliana Gloria Carbonell	6
---	---

Artículos Académicos

La huelga en Colombia. Lo permitido y prohibido en materia laboral Santiago Martínez Mendez, Maria Isabel Vinasco Lozano	7
---	---

La falta de seguridad jurídica en el régimen sancionatorio cambiario y su posible impacto en la economía del país: un enfoque crítico a las implicaciones más cuestionables del actual régimen bajo competen- cia de la DIAN y de la Superintendencia de Sociedades Nathalia Andrea Gutierrez Silva walker	30
--	----

Destruir imágenes monumentales como medio de reivindicación social y política: libertad e expresión en la disputa sobre los símbolos y la memoria histórica. Valeria López Acuña	69
---	----

Ponderación y racionalidad: habermas y una aproximación crítica a la teoría ponderativa de Robert Alexy. José Santiago Angarita Durán	104
---	-----

Las “mujeres” como una categoría-contorno: ¿el antiesencialismo de Judith Butler puede ser operativo para la teoría feminista? María José León Marín	137
--	-----

Sobre UNA y su evolución

Valeria Sánchez Aroca¹ y Juliana Gloria Carbonell²

31 de diciembre de 2022

Con este volumen les presentamos nuestra última labor como editoras y codirectoras de UNA Revista de Derecho.

Estos últimos dos volúmenes del 2022 nos enseñaron la importancia de trabajar en equipo. Nuestra dirección, siendo la primera compartida desde la fundación de UNA, demostró el trabajo de calidad que pudimos coordinar.

No obstante, no es una despedida. Llevaremos a UNA y su Comité Editorial con nosotras y esperamos poder seguir de cerca sus pasos para poder evidenciar sus avances como Revista estudiantil y sus aportes a la academia jurídica.

De igual manera, guardaremos todo lo aprendido en las discusiones con los demás miembros frente a temas jurídicos, académicos, morales y humanos que nos aportaron profesionalmente y como personas. El debate alrededor de los artículos postulados para publicación exige un ejercicio reflexivo y crítico que nos permitió estar en contacto con áreas del derecho que no siempre eran afines a nuestros gustos o experticia. Sin embargo, el aprendizaje que nos dejó lo llevaremos para nuestra trayectoria fuera de la Universidad y la Revista.

Este es un volumen más corto que los que hemos visto desde las primeras ediciones de UNA. El Comité Editorial hizo una ardua labor para seleccionar meticulosamente artículos dignos de ser publicados en la Revista, eligiendo la calidad sobre la cantidad. A pesar de esto, los lectores podrán evidenciar en este más reciente volumen el talante que tiene la academia estudiantil para aportar al mundo legal y jurídico.

Así, siete años y nueve volúmenes desde su creación, UNA Revista de Derecho sigue caracterizándose por incluir a los estudiantes de pregrado en discusiones jurídicas colombianas y latinoamericanas desde la excelencia y dedicación. Sin embargo, ella ha pasado por un sin fin de cambios pensados para el mejor funcionamiento de los engranajes que la conforman. Desde un comité conformado en su mayoría por estudiantes de universidades externas a Los Andes; la creación, fusión y eliminación de comités especializados; hasta la semestralización de publicaciones, UNA ha sido objeto de modificaciones continuas en aras de adaptarse a nuevos objetivos que surgen de las exigencias de la academia en la actualidad.

Al fin de cuentas, es esta la característica principal de UNA: su constante evolución. Hoy solo nos queda agradecer por habernos permitido ser parte de esta, parte de su cambio y parte de sus aportes. Deseamos con ansias poder ser testigos de los nuevos logros que sus próximos miembros le tendrán preparados y que nuestras contribuciones hayan marcado el punto de inicio para que continúe con su desarrollo.

Sin mas que agregar, hoy 31 de diciembre de 2022, con mucha emoción les presentamos el Volumen 7, Número 2 de UNA Revista de Derecho.

1 Codirectora de UNA. Estudiante de Derecho con Opción en Gestión, Emprendimiento y Economía de la Universidad de los Andes. Correo: v.sancheza@uniandes.edu.co

2 Codirectora de UNA. Estudiante de Derecho con opción en Lengua y cultura italiana de la Universidad de los Andes. Correo: ji.gloria@uniandes.edu.co

La huelga en Colombia

Lo permitido y prohibido en materia laboral

Santiago Martínez Mendez¹, María Isabel Vinasco Lozano²

Recibido: 29 de septiembre de 2022. Aceptado: 6 de diciembre de 2022.

Resumen

En el presente artículo pretendemos introducirle al lector las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre el ejercicio de la huelga en Colombia. El cese ilegal que ocurrió en una importante aerolínea en Colombia en el año 2017, bajo la apariencia de una huelga, condujo a un impacto mediático de tal magnitud que llevó a que organismos internacionales realizaran observaciones sobre el modelo legal de huelga en Colombia y los llevó a concluir que los requisitos hacen casi imposible su viabilidad para los sindicatos minoritarios. Por tanto, en el presente escrito pretendemos profundizar en los requisitos para que una huelga sea declarada cese ilegal, sus tramite, consecuencias y causas.

Palabras clave

1. Huelga: conforme al artículo 429 del CST. “Se entiende por huelga la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título”.
2. Cese de actividades: es el género, el simple hecho de frenar la ejecución normal de actividades laborales durante la jornada de trabajo. Cese que podrá ser legal o ilegal, según sea el caso. Si es legal se entiende por huelga, si es ilegal tiene diversas definiciones como paro, mitin, suspensión ilegal, etc.
3. Paro: si bien no existe una definición clara en el CST, se hace referencia a éste en artículo como el 379 o el 450 como si se tratara de una cesación ilegal de las actividades. Situación que se ratifica con el Decreto 2164 de 1959 y por la Corte Constitucional, al sostener que el paro: “No está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previos establecidos por la ley para ésta”.
4. Mitin: cese de actividades en el que los miembros de organizaciones sociales lo usan para realizar proselitismo o dar discursos a un grupo concentrado de trabajadores. No se encuentra definido como huelga por el CST, aunque sea parte del ejercicio sindical, en la medida en que con él no se afecte el normal funcionamiento de la empresa.
5. Asamblea permanente: no se encuentra regulada dentro del CST, pero ha sido un mecanismo utilizado por organizaciones sindicales para tratar de legitimar ceses de actividades. No obstante, la más reciente sentencia sobre el particular le exige al sindicato respetar los principios democráticos, pacíficos y procedimentales, pues en caso de su inobservancia se entienden por ceses ilegales.³

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana en Colombia (grado con mención de honor) especialista de derecho laboral de la misma universidad (mejor promedio), cursó estudios como becario en materia de negociación colectiva en la universidad de Cornell. Profesor universitario en pregrado, posgrado y diplomados en la universidad Javeriana, Los Andes y la Bolivariana, así como conferencista para diferentes agremiaciones nacionales e internacionales. Ex gobernador del Colegio de Abogados del Trabajo, entidad en la cual tuvo reconocimiento a mejor ensayo en categoría pregrado y posgrado. Reconocido por Chambers & Partners como abogado destacado en asuntos laborales en Colombia y actualmente es socio de la firma Godoy Córdoba Abogados. Santi-man.tinez@hotmail.com

² Abogada de la Universidad la Gran Colombia, Especialista en derecho laboral y seguridad social de la Universidad del Rosario. Inició su carrera como funcionaria de la rama judicial como Auxiliar de Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con lo cual se ha enfocado especializado en la práctica laboral como litigante. Gracias a los cientos de procesos a su cargo ha adquirido gran experiencia y reconocimiento como litigante. Actualmente es directora del equipo de litigios en uno de los portafolios de Godoy Córdoba Abogados. mvinasco@godoycordoba.com

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 59420 del 10 de abril de 2013, MP: Carlos Ernesto Molina

The Strike in Colombia

What is allowed and prohibited in labor matters

Santiago Martínez Mendez⁴, Maria Isabel Vinasco Lozano⁵

Received: September 29, 2022. Accepted: December 6, 2022.

Abstract

This paper seeks to provide the reader the general rules in the Constitution, Law, and Jurisprudence, of the strike in Colombia. In 2017, an illegal strike took place in an important Colombian airline: it had the appearance of a legal strike, and due to the deployment in media of the situation, international organisms analyzed the internal structure of the strike and concluded that its requirements make it almost impossible for minor unions. Therefore, this paper aims to delve into the requirements to declare a strike into an illegal cessation, the procedure consequences and grounds.

Key words

1. Strike: Pursuant to Article 429 of the Labor Code. "A strike is understood as the temporary and peaceful collective suspension of work, carried out by the workers of an establishment or company for economic and professional purposes proposed to their employers and after the procedures established in this title".
2. Cessation of activities: It is the simple fact of stopping the normal execution of work activities during the working day. A stoppage may be legal or illegal, as the case may be. If it is legal, it is understood as a strike; if it is illegal, it has different definitions such as strike, rally, illegal suspension, etc.
3. Strike: Although there is no clear definition in the Labor Code, it is referred to in articles such as 379 or 450 as if it were an illegal cessation of activities. This situation is ratified by Decree 2164 of 1959 and by the Constitutional Court, when it states that the strike: *"Is not protected by the Constitution or by law, since it is an act of force, a de facto measure that does not comply with the purpose foreseen for the strike, nor with the previous steps established by law for it."*
4. Rally: Cessation of activities in which members of social organizations use it to proselytize or give speeches to a concentrated group of workers. It is not defined as a strike by the Labor Code, although it is part of the union exercise, as long as it does not affect the normal operation of the company.
5. Permanent Assembly: It is not regulated by the Labor Code, but it has been a mechanism used by union organizations to try to legitimize work stoppages. However, the most recent ruling on the matter requires the union to respect the democratic, peaceful and procedural principles, because in case of non-observance, they are understood as illegal stoppages.

4 Pontificia Universidad Javeriana in Colombia Lawyer (degree with honors), specialist in labor law from the same university (best average), studied as a scholar in collective bargaining at Cornell University. University professor in undergraduate, graduate and diploma courses at Universidad Javeriana, Universidad, Los Andes and Universidad Bolivariana, as well as lecturer for different national and international associations. Former governor of the Colegio de Abogados del Trabajo, where he was recognized for best essay in the undergraduate and graduate category. Recognized by Chambers & Partners as an outstanding lawyer in labor matters in Colombia and is currently a partner of the firm Godoy Córdoba Abogados. Santiman.tinez@hotmail.com

5 Lawyer from Universidad la Gran Colombia, Specialist in labor law and social security from Universidad del Rosario. She began her career as an official of the judicial branch as an Assistant Magistrate of the Superior Court of Bogotá, which has focused specialized in the labor practice as a litigator. Thanks to the hundreds of processes she has been in charge of, she has acquired great experience and recognition as a litigator. She is currently head of the litigation team in one of the portfolios of Godoy Córdoba Abogados. mvinasco@godoycordoba.com

Carta dirigida a mis estudiantes y ex estudiantes de Relaciones laborales de la Universidad de los Andes:

Tomé la decisión (como recordarán en clase cuando les decía: libre y voluntariamente) de terminar (esperemos, de manera temporal) mi aporte en la clase de Relaciones Laborales en esta grandiosa facultad de Derecho y sólo quería darles las gracias.

Recuerdo la mezcla de sentimientos el 5 de marzo de 2013, mi primer día en los Andes. Entre alegría infinita de poder cumplir el sueño de entrar como profesor a mis 27 años, a una facultad en la que no estudié, pero siempre admiré, y nervios de poder estar a la altura de tantos renombrados profesores como la Magistrada Ana María Muñoz quien me abrió las puertas de esta universidad. Hoy, a mis 37 años, más añejo, con algunas canas de más, casado y con dos hijos y con la fortuna de haber aportado en los estudios de cerca de 760 alumnos, considero que es momento de contribuir a la academia, de una forma diferente.

Creo haber cumplido un objetivo que tuve al ingresar, y era que vieran el derecho laboral más allá de las normas que lo regulan, como el relacionamiento de seres humanos que prestan sus servicios, el lugar donde ocupan la mayor cantidad de tiempo de sus vidas, donde desarrollan su intelecto, tejen relaciones y conjuntamente aportan al desarrollo empresarial, crecimiento del país y el mejoramiento en la calidad de vida de sus familias. Un derecho realmente vivo y apasionante.

Gracias a los excelentes monitores y auxiliares que pasaron en estos años por la clase, equipo sin el cual no se hubieran logrado los resultados, y a quienes los estudiantes siempre les reconocerán su trabajo.

Por último, los animo a que sigan soñando, a que sepan que es posible con ética, cumplir las metas que se tracen y que trabajen por causas que generen impacto en su entorno, en retorno a haber tenido el privilegio de estudiar en una de las mejores universidades de la región.

Gracias totales.

Santiago Martínez Méndez

I. Introducción

Coincide, a modo anecdótico, que este escrito lo estamos empezando durante un vuelo en la aerolínea Colombiana de mayor reconocimiento y trayectoria que sufrió un cese de actividades en el año 2017 que no sólo exacerbó los ánimos de la comunidad, sino afectó de manera grave la movilidad del país (teniendo en cuenta que nuestras vías terrestres son bastante precarias y nuestra geografía montañosa nos ha llevado a ser un país esencialmente dependiente del transporte aéreo) y llevó a que se convirtiera en un caso de estudio a nivel internacional. Mirando con retrovisor, nos atrevemos a afirmar que nadie ganó con el cese de actividades. Perdió el sindicato, la empresa y la comunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, solemos compartirle a nuestros estudiantes que el ejercicio de la huelga es un derecho inherente a los trabajadores y proscrito en el conjunto de derechos de la Constitución, pero que debe ser la última ratio; ejercerse con plena observancia a la Ley; y procurar no caer en la trampa de buscarla como “solución” para cualquier petición, interés o reclamo de las organizaciones sindicales. Así mismo, que es un derecho diferente a la protesta social.

Esto, teniendo en cuenta que la huelga no es una solución en sí misma, es un acto de presión, de máxima confrontación entre las dos partes en conflicto, que, de usarse de manera irresponsable, puede conllevar a acabar con la fuente de empleo que produce la empresa o al menos alejarse del objetivo de la legislación laboral, esta es: la coordinación económica y el equilibrio social.

Ahora, esta, en exceso, no sólo es nociva para el empresario sino también podrá serlo para la misma organización sindical, en palabras del maestro Julio Martínez Vivot: *La decadencia de las huelgas generales, con desprestigio para los dirigentes obreros y el consiguiente daño para los trabajadores, alcanza su punto máximo cuando se reiteran con ínfimos motivos y al servicio de causas políticas, que no comparte abrumadoramente la clase trabajadora.*⁶

Por ello, como veremos a continuación, se trata de un derecho limitado, un arma de defensa y ataque que pocas veces deberían utilizar los trabajadores. Esto explica por qué la legislación laboral colombiana, estableció causas concretas y definidas para poder votarla, así como mayorías calificadas, pues es un acto que afecta a la totalidad de los trabajadores y, por consiguiente, quienes tendrían la titularidad de votarla o no.

Sin embargo, producto de sentencias de las máximas autoridades judiciales de Colombia cada vez se abren más causas que le permiten a los trabajadores votar la huelga e incluso sin la observancia de los procedimientos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, abriendo la posibilidad de convocar huelgas distintas a las contractuales que surgen de la negociación colectiva, como las convocadas por solidaridad, incumplimientos del empleador, políticas públicas, sin que se deba observar un tiempo

⁶ Martínez Vivot, Julio, *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social* (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999), 592.

específico para ello o aprobación de la mayoría, con la única limitación de que este dirigida a proteger derechos sociales o económicos, lo cual puede traer excesos en su uso y no que este reservada como último medio de presión a utilizar. Así mismo en decisiones de la Corte Suprema de Justicia se abrió la posibilidad de realizar huelgas parciales, lo que significa que la cesación en la prestación del servicio puede darse en determinadas áreas o grupos de trabajo dentro la empresa, sin que concurra toda la población de empleados; no obstante, existen algunos departamentos tan importantes por su rol que en caso de que lleguen a parar su actividad terminan afectando toda la operación de una compañía; lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que esta figura de la huelga acorde al criterio jurisprudencial puede llegar a darse en servicios públicos esenciales como en el caso del sector salud aun con las graves repercusiones que ello puede presentar, es decir, que ante una emergencia no se brinde la atención requerida afectándose derechos fundamentales de la población que pueden poner en riesgo su vida e integridad.

2. Sobre la naturaleza jurídica de la huelga

La huelga es una atribución de las organizaciones sindicales (pero no exclusiva de ellas) que sólo puede ser aprobada por el máximo órgano de ésta: la asamblea general, en casos taxativamente previstos por la Ley. El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 429 de la siguiente manera: *Se entiende por huelga la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título.*

Por su parte, la Constitución en el artículo 56 (correspondiente al capítulo sobre derechos sociales, económicos y culturales) señala que se garantizará el derecho a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Los cuales, a la fecha, luego de casi treinta años, aún no tienen definición legal. A nivel internacional ha sido la Declaración Universal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales la llamada a regular en su artículo 8º, la obligación que le asiste a los Estados el establecimiento de compromisos para garantizar el ejercicio del derecho.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el tratamiento que se la había venido dando a la huelga era de un derecho constitucional pero no de un derecho fundamental, no obstante, estuviera en conexidad con derechos que sí lo son como la asociación. Sin embargo, esta definición ha presentado variación en recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1680 de 2020 y reiterado en sentencia SL 720 - 2021 pues al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la huelga sostuvo que debía ser considerada como un derecho fundamental por tratarse del medio de acción esencial del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses, apoyando

su decisión en los pronunciamientos emitidos por el Comité de Libertad Sindical (CLS), la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 87, presentando esto, unas significativas consecuencias relacionadas con los mecanismos que puedan llegar a utilizarse para invocar su protección, como el uso de la acción de tutela de manera directa, sin necesidad de demostrar la afectación conexas con derechos fundamentales como el derecho al trabajo y de asociación, lo cual podrá ser usado además como mecanismo de presión para el empleador, por cuanto las decisiones que se adopten al resolverla, se deben tomar en un término de 10 días y son de inmediato cumplimiento

A modo de resumen y como lo hemos expuesto en anteriores aportes académicos, se debe destacar que:

- La huelga se encuentra consagrada en el capítulo correspondiente a los derechos sociales, económicos y culturales, es decir, que en la Constitución Política no fue consagrada como un derecho fundamental. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sus decisiones le ha dado alcance de derecho fundamental que pertenece individualmente a la trabajadora o trabajador, aclarando que su ejercicio debe ser colectivo.⁷
- No es un derecho de aplicación inmediata en los términos del artículo 85 de la Constitución y requiere reglamentación con reserva legal. Además de no tener una relación esencial para el ser humano.⁸
- Es un derecho que implícitamente nace con restricciones, toda vez que la huelga puede afectar derechos y libertades fundamentales de terceros, con miras a mantener el respeto por el orden público⁹, el legislador debe restringir su campo de aplicación y, ejercer el derecho por fuera del marco legal, debe conllevar a que sea un acto ilegal¹⁰
- Debe atender a una finalidad razonable, proporcional y legalmente permitida, es decir por razones económicas o profesionales: “No está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previos establecidos por la ley para ésta. De otra parte, se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del C. S. T., como actividad prohibida a los sindicatos”¹¹

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1680 de 2020, SL 720 - 2021.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-432 de 1996 y C-858 de 2008.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1369 de 2000.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1996.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1059 de 2001.

3. Los eventos en los cuales la huelga es procedente

Originariamente la huelga sólo era procedente en el marco de la negociación colectiva, cuando fracasaba el arreglo directo y el sindicato optaba por presionar a la empresa con la declaratoria de la huelga. Es decir, nace como manifestación de presión en el conflicto económico.

No obstante, los años 2000, 2002, 2008 y 2012 fueron fundamentales en este aspecto, pues por vía legal o jurisprudencial paulatinamente se fueron ampliando las causas por las cuales la organización sindical podía votar por la huelga.

3.1. La huelga imputable al empleador: artículo 7º de la Ley 584 de 2000.

El literal e) del artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo definía inicialmente que se prohibía la cesación del trabajo con excepción de la huelga en los términos que definía la ley.

La Ley 584 de 2000 complementó dicha norma con la siguiente disposición: *y de huelga imputable al empleador, por incumplimiento de las obligaciones salariales con sus trabajadores.*

Dos años más tarde, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la expresión “salariales” con lo cual la norma quedó abierta que la huelga sea viable por el incumplimiento de otras obligaciones con los trabajadores. Por fortuna, la Corte Suprema de Justicia le ha dado su justa medida al precisar que no se trata de cualquier incumplimiento, sino de aquel grave como el incumplimiento del salario, las prestaciones o las obligaciones frente al sistema de seguridad social.

3.2. La huelga por solidaridad: Sentencia C-201 de 2002.

No es una creación colombiana, a nivel Latinoamérica la legislación mexicana nos brinda más elementos y cuenta con mayor desarrollo. En Colombia, llega con la sentencia en mención, y la define cómo:

La huelga por solidaridad consiste en la facultad que tienen los empleados sindicalizados o no sindicalizados, de participar en la huelga promovida por trabajadores de otra empresa o establecimiento que están inmersos en un conflicto laboral con su empleador. Es, pues, subsidiaria a la huelga principal que promueven los trabajadores directamente afectados.

En este orden de ideas, se halla cobijada por dicha garantía constitucional, por ejemplo, la huelga que adelanten los trabajadores de una empresa en solidaridad con otros que están en huelga con un empleador distinto, cuando unos y otros se encuentren vinculados a una federación o confederación sindical, u ostenten cualquier otra ligazón que habilite la participación solidaria.

Con base en esto, podemos entender que esta facultad busca ampliar el espectro del conflicto para que la presión sea aún mayor, al involucrar a empresas completamente ajenas al conflicto colectivo pero que tendrían que padecer las consecuencias de una huelga, por el hecho de que exista una huelga con

un tercero donde la organización sindical tenga algún tipo de “ligazón” con sus trabajadores.

De acuerdo con estadísticas de la Escuela Nacional Sindical en el año 2017 hubo 13 huelgas de esta naturaleza. Recientemente experimentamos el poder que esta facultad puede generar, al tener un conflicto en el sector portuario. Pues al haber huelga de uno de los operadores, abre la posibilidad de que los operadores restantes continúen con la actividad, pero si todas las empresas portuarias entran en huelga, puede generar una verdadera situación de caos.

3.3. La huelga por razones sociales, económicos o sectoriales: Sentencia C – 858 de 2008.

El artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, precisa las causas por las cuales se puede declarar la ilegalidad de un cese de actividades. Dentro de esta lista se precisaba que sería ilegal la huelga que persiguiera fines distintos a los profesionales o económicos.

Norma cuyos efectos fueron modulados mediante la sentencia en mención, al señalar lo siguiente: “[...] en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.”

De manera que huelgas que persigan fines diferentes a los profesionales o económicos como los sociales, económicos o sectoriales, en principio, también se entienden dentro del marco de la legalidad. Lo que en principio no debería suceder son las huelgas eminentemente políticas, pues así lo ha expresado el comité de libertad sindical al sostener que las huelgas por razones eminentemente políticas escapan al ámbito de los principios de la autonomía de la libertad sindical, pero, lo que sí hace parte del ámbito sindical, son las huelgas por razones políticas cuando con ellas se afecten sus reivindicaciones laborales (párrafo 457, OIT, 1996).

En este marco, de acuerdo con la Escuela Nacional Sindical en el año 2016 hubo 85 ceses por estas causas y en el año 2017 29. Esto sin contar otras causas registradas como huelgas por reestructuración; privatización o; tercerización.

3.4. La protesta social durante la jornada laboral: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 46177 del 12 de septiembre de 2012.

La protesta social no es equivalente a la huelga. Es un derecho autónomo e independiente. Es un derecho constitucional del cual gozan los ciudadanos para expresar su acuerdo o desacuerdo, frente a diferentes decisiones o situaciones de carácter político, social, económico, o cualquier otro. En virtud de la protesta, se permite legitimar vías pacíficas para que los ciudadanos puedan levantar su voz y de esta manera fortalecer la democracia y la libertad de expresión.

No en vano, fue uno de los asuntos cruciales en el marco del proceso de paz que vivimos en Colombia con

el ex grupo guerrillero de las Farc, hoy partido político FARC. Por tanto, fue objeto de regulación por parte del Ministerio del interior de Colombia en el año 2018, en el cual define cual es el alcance y restricciones.

Lo anterior, atado al mundo del trabajo, lleva a que los trabajadores podrían llegar a suspender de manera temporal sus actividades para respaldar o acompañar manifestaciones de esta naturaleza, inclusive durante su jornada de trabajo, cuando exista conexidad con la actividad sindical y/o un interés particular de los trabajadores.

Ese fue el caso de discutido en el año 2012 con la entidad SENA en la ciudad de Barranquilla en la que un grupo de trabajadores apoyaron unas manifestaciones contra una reforma legislativa que se encontraba en curso, la cual podría afectar las finanzas de la entidad y con ello, la estabilidad de los trabajadores.

“La huelga y el cese de actividades se identifican no solo por la suspensión colectiva del trabajo, tal cual como, se titula el capítulo V, Título II, del CST., sobre conflictos colectivos de trabajo, sino que además son un mecanismo de presión de que están dotadas las organizaciones sindicales para obtener sus reivindicaciones, mejorar las condiciones de trabajo de sus afiliados, sin que pueda ignorarse que otros fines como los sociales, **culturales, o educativos**, son lícitos, en la medida en que no atenten contra otros objetos jurídicamente tutelados como la paz social, ni el orden público, de esta suerte, si la utilización del mecanismo es legal cuando se busca mejorar las condiciones de trabajo, no se avizoran razones para pensar que no lo es, cuando, en este evento se trató de mantener las condiciones vigentes en el que, a juicios del sindicato, las medidas legislativas que se cernían sobre esta clase de entidades, deban lugar, por lo menos, a la desmejora de la situación de los trabajadores, pero además pondrían en riesgo la función social que cumplen las mismas”¹²

Este criterio llevó a que en casos como el del SENA, se haya declarado la legalidad de la huelga de los sindicatos SINDESENA y SINTRESENA que promovieron jornadas de protestas por razones ajenas a la relación laboral, por cumplir con las siguientes características:

- Había conocimiento previo por parte del empleador.
- Se realizó de forma pacífica.
- Las causas que dieron origen eran razonables.
- Fue una manifestación de las libertades sindicales.

4. Postura crítica frente a la huelga parcial

En Colombia, la huelga parcial no se encuentra regulada ni reconocida por las normas laborales. Se

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia Rad.: 46177 del 12 de septiembre de 2012 M.P.: Elsy del Pilar Cuello Calderón.

parte de la base de que debe existir un cese definitivo de las actividades de la empresa y, por consiguiente, se requiere de mayorías para su votación. En esa medida, tendrá poder de votación de huelga la organización sindical que reuniendo la mitad más uno de los trabajadores tenga el voto favorable de la mitad más uno del quorum decisorio.

Ahora, si no se trata de un sindicato mayoritario, es posible la votación de la huelga siempre que se cuente con el voto favorable de la mitad más uno de la totalidad de los trabajadores de la empresa. Esto, teniendo en cuenta que es una situación que afecta a los trabajadores pues el contrato de trabajo se suspende y con ello, no hay lugar al pago de salarios (entre otros efectos del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo).

Sin embargo, esta no es la realidad que estamos viviendo, teniendo en cuenta los cambios que se vienen promoviendo tales como: (i) pronunciamientos de la Corte Suprema; (ii) Carta del director de la oficina de la OIT para los países Andinos dirigida al gobierno de Colombia y; (iii) Proyectos de ley que han buscado que se permita la huelga parcial e inclusive en servicios públicos esenciales que garanticen mínimos esenciales.

4.1. Dentro de los pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia, en ese sentido, podemos mencionar los siguientes:

- Sentencia SL 2541 de 2018: En esta sentencia se discutió la posibilidad de que los trabajadores de una universidad pudieran votar la huelga a pesar de no ser un sindicato mayoritario, ni haber sometido la decisión a las mayorías. Sin embargo, reiterando una decisión del año 2013 consideró que si el conflicto se delimitaba a un determinado establecimiento o municipio y el sindicato agrupaba a la mayoría de los trabajadores del campo de aplicación de dicho conflicto, sería procedente dicho cierre parcial.
- Sentencia SL 1680 de 2020: Dentro de esta sentencia se determinó que no toda huelga que sea adelantada en una EPS o IPS afecta la prestación de un servicio público esencial, entrando a diferenciar conceptualmente entre actividad y servicio para concluir que el derecho a la huelga no está prohibido en todo el sector de la salud, sino a aquellos servicios que su interrupción ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, permitiendo de esta manera que sea ejecutada en secciones, dependencias o servicios de una determinada institución.

4.2. Carta del Director de la oficina de la OIT para los países Andinos al gobierno de Colombia: Derivado de la huelga que hemos mencionado en el escrito del año 2017, desde Lima llegó una carta a la Ministra de Trabajo de aquel entonces donde se mencionaba: “como es de su conocimiento, los órganos de control normativo de la OIT han enviado a Colombia observaciones sobre conveniencia de adecuar la normativa nacional en materia de huelga

- a lo dispuesto por los Convenios Internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad por lo que ponemos a su gentil consideración la posibilidad de recibir asistencia técnica para ese propósito”.
43. Proyectos de ley que buscaban que se permita la huelga parcial: En el año 2018 se presentó un proyecto de Ley ante la comisión séptima de la cámara de representantes para modificar, entre otros, el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo. En este, se incluía en la definición de huelga que podrá ser “parcial”. No obstante, dicho proyecto de Ley no recibió pleno respaldo de las bancadas mayoritarias sin tener ningún éxito. Sin embargo, con la llegada de un nuevo gobierno abiertamente progresista que cuenta con el respaldo de las mayorías en el legislativo, ya se anuncian reformas sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico laboral que incluirá asuntos relacionados con el derecho de asociación, pues este ha sido un fin desde hace algunos años de las personas que hoy están en el poder, y que en muchas de sus posturas se encuentran en consonancia con los lineamientos que ha emitido en los últimos años la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo cual claramente permitirá que se lleguen a desarrollar los aspectos que se han venido planteando.

En complemento a lo anterior, destacamos una interpretación con las normas actuales que podrían sustentar la posibilidad de la huelga parcial, en la medida en que el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo que actualmente se encuentra vigente señala que la huelga se podrá hacer en “establecimiento” o “empresa”. Hoy por hoy, la definición de establecimiento de comercio proscrita en el artículo 515 del Código de Comercio es un “conjunto de bienes”, de manera que una empresa puede tener diferentes establecimientos.

Sin embargo, contamos con antecedentes de la Corte Suprema (relacionado con otros temas) en los que, en materia laboral, se ha dicho que establecimiento y empresa son un mismo concepto. De acuerdo con lo anterior, si bien, aún no existe una normativa que regule de manera formal la validez de la huelga parcial, ésta ha hecho escuela a través de las providencias emitidas por la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, quien la ha venido desarrollando, inspirada en convenios de la OIT y las recomendaciones realizadas por esta misma entidad, las cuales han buscado especialmente facilitar su ejercicio a sindicatos minoritarios, disminuyendo e incluso eliminando los requisitos para acudir a ella, ante la justificación de una afectación o incumplimiento por parte del empleador, para que no vayan a encontrar un obstáculo para su votación, lo cual, puede desnaturalizar su finalidad principal que es ser el último mecanismo para ejercer actos de presión ante la empresa y generar un exceso o hasta un abuso en su práctica, lo cual puede representar graves consecuencias tanto para la estabilidad económica empresarial, como para la organización sindical y la población.

5. Eventos en que la huelga se torna ilegal

Como lo hemos expuesto, la huelga ha sido calificada como una herramienta válida con la que cuentan los trabajadores dentro del marco de un conflicto colectivo de trabajo, para conminar a su empleador¹³ a acceder a sus peticiones, o por lo menos, a una parte de ellos, sin embargo, el legislador en consonancia con el desarrollo jurisprudencial que regula la materia ha indicado que este mecanismo no puede ser absoluto e ilimitado, y por este motivo, han definido los eventos en los cuales la huelga debe ser calificada como ilegal, conforme se expondrá a continuación:

5.1. Cuando se trate de un servicio público esencial.

Si bien nuestra constitución política¹⁴ garantiza en sus preceptos el derecho a la huelga, también es taxativa en restringir la misma para “los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”, y sobre este aspecto tan relevante han existido un gran número de debates y discusiones encaminados en poder calificar y determinar que es esencial y que no, más aún, cuando existe una dispersión legislativa sobre este concepto, por ello, es nuestro máximo tribunal constitucional, en Sentencia C – 075 de 1997, en concurso con la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 20094 – 2017 en su especialidad laboral, quienes han dado los lineamientos que determinan si una actividad o servicio es esencial, y *per se*, si admite la huelga o no por parte de sus trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar algunas normas en las que se ha determinado que se trata de un servicio público esencial:

- Banca Central (Ley 31/92).
- Seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones (Ley 100/93).
- Servicios públicos domiciliarios (Ley 142/94).
- Administración de justicia (Ley 270/96).
- Servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario, ‘Inpec’ (Dec. 407/94).
- Prevención y control de incendio (Ley 322/96).
- Actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales, ‘Dian’ (Ley 633/00).
- Actividades de transporte en sus diferentes modalidades. (Ley 336 de 1996)
- Explotación del Petróleo (desarrollo jurisprudencial).

¹³ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 450.

¹⁴ Constitución Política, Artículo 56.

Ahora, hace un tiempo nuestro País fue testigo de uno de los casos de huelga que mayor impacto han tenido en nuestra historia, ya que fue promovida por un colectivo de aviadores civiles que por conducto de su organización sindical ACDAC elevaron un pliego de peticiones ante su empleador que correspondía a la aerolínea comercial AVIANCA que abarca una gran participación de la operación aérea, y ello desencadenó a su vez una crisis en varios sectores que se reflejaron e impactaron la economía nacional, razón por la cual en los estrados judiciales se sentenció la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, al considerar como conclusión en la Sentencia SL 20094 – 2017, entre otras, que: “...la identificación de un *servicio público esencial*, respecto del cual está prohibida la huelga, depende de la decisión del legislador en ese sentido, así como de que su suspensión afecte la salud, la vida y la seguridad de la población, dependiendo de las particularidades propias de cada contexto y sin importar si su alteración es parcial o si se produce un daño efectivo sobre esos derechos.”

Consecuente con lo expresado, la huelga es prohibida en el servicio público esencial en las actividades señaladas como tal por el legislador, o cuando con la misma se puedan vulnerar los derechos fundamentales de la población. No obstante, derivado de un salvamento de voto en la sentencia antes mencionada, se podía anticipar lo que ha venido sucediendo con pronunciamientos más recientes y es la tendencia de nuestras autoridades judiciales de adoptar criterios de la OIT que cobra cada vez mayor relevancia y en ese marco, destacamos algunas consideraciones del Comité de libertad sindical.

El Comité ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto donde el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones importantes, o incluso de prohibición: el sector **hospitalario**, los servicios de **electricidad**, los servicios de abastecimiento de **agua**, los servicios **telefónicos** y el control del **tráfico aéreo** (ibíd., párrafo 544). Estos pocos ejemplos no son una enumeración exhaustiva de los servicios esenciales.

El Comité ha considerado, en cambio, que en general no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término y por tanto no procede la exclusión del derecho de huelga en (ibíd., párrafo 545): la radio-televisión; el sector del petróleo; el sector de los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes; los parques de atracciones; la metalurgia; el sector minero; los transportes, en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves; las actividades agrícolas; el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda; la agencia gráfica del Estado; los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos; los servicios de correos. Evidentemente, la lista de servicios no esenciales del Comité de Libertad Sindical tampoco es exhaustiva.

Sin embargo, dichos criterios deberán armonizarse con la situación económica y social de cada país, pues puede ser que en algunas economías donde existe más de un proveedor de servicios o de determi-

nados bienes, haga que no haya una afectación a la comunidad en general. Pero en aquellos eventos en los que haya una afectación a la vida, la seguridad o la salud de las personas, cualquier servicio o bien, podría conllevar a que se entienda como esencial.

Lo anterior, se ve materializado en la sentencia SL 1680 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual precisamente, esta entidad acogiendo los criterios del Comité de Libertad Sindical (CLS), la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 87 determinó que el derecho a la huelga era un derecho fundamental y adicionalmente dentro de su razonamiento concluyó que de acuerdo con la definición de los derechos esenciales realizada por la OIT debe entenderse que son aquellos cuya suspensión genere una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad o la salud y que en ese sentido no todas las huelgas adelantadas ya sea en una EPS o IPS afectan la prestación de un servicio público esencial y por tanto concluyó que el derecho a la huelga no debería estar prohibido en todo el sector de la salud, sino en aquellos que se llegare afectar un derecho esencial de una parte o toda la población, declarándose en esta providencia la legalidad de la huelga promovida en una entidad prestadora de salud.

Así las cosas, a pesar de lo apretada que estuvo la votación para tomar la anterior decisión, se considera que en adelante se continuarán aplicando y desarrollando estos criterios para adentrarse al estudio de la legalidad o ilegalidad de una huelga adelantada por trabajadores de empresas que presten un servicio público calificado con esencial.

5.2. Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos.

Como se indicó, la huelga es un mecanismo del cual pueden hacer uso los trabajadores para lograr la conquista de algunas de sus expectativas laborales de parte de su empleador, y por ello, la misma debe tener como finalidad exclusiva el entorno profesional o económico, entendiendo que “los fines económicos se materializan en la creación de derechos por vía contractual o la modificación de los ya existentes. Los profesionales generalmente están referidos a la mejoría de las condiciones en que se presta el servicio¹⁵”.

No obstante, es pertinente aclarar que esta limitación para los fines de la huelga fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, quien resolvió declarar la exequibilidad condicionada de estas expresiones mediante Sentencia C 858 de 2008, donde estableció que las expresiones “*con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos*” contenida en el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo y “*cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos*”, contenida en el literal b) del artículo 450 de la misma codificación, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión”.

15 Vallejo Cabrera, Fabián, *El derecho de huelga y conceptos afines*. (Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2009), 106.

Interpreta la Corte Constitucional que la huelga también es admisible cuando los colectivos sindicales deciden solidarizarse con compañeros de gremios que sean de otras empresas o incluso cuando desean expresarse sobre posiciones políticas sociales, económicas o sectoriales, que tengan una incidencia directa en su propio ramo de ocupación u oficio, y ello también puede enmarcarse como una excepción a otra causal de ilegalidad determinada en la ley como: *“Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas”*, siempre y cuando, como se indicó tenga alguna relación o impacto con los fines de la organización sindical o derechos de los trabajadores.

5.3. Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo.

Teniendo en cuenta el gran impacto que puede desencadenar una huelga, no solo para su empleador sino para todo un gremio e incluso en la economía nacional, como lo vimos en el caso de Avianca, el espíritu normativo de esta causal busca que este mecanismo sea utilizado después de que se haya agotado una etapa previa de conversaciones entre los trabajadores y el empleador, pues lo ideal es poder llegar a un acuerdo directo y conciliatorio entre las partes que ponga fin al conflicto sin tener que recurrir a la huelga.

Al respecto, nuestro ordenamiento sustantivo laboral, determina las etapas del conflicto colectivo, y establece que una vez presentado el pliego de peticiones por parte de los trabajadores a su empleador, éste cuenta con el término de 5 días para concertar la mesa de negociación, y una vez instalada se inicia la etapa de arreglo directo que comprende un término máximo de 20 días prorrogable únicamente por otros 20, y si en este lapso no es posible llegar a un acuerdo, los trabajadores tienen la potestad de votar dentro de los 10 días siguientes a la finalización de la etapa de arreglo directo, por la constitución de un tribunal de arbitramento o por la huelga, esta última requiere que sea una decisión adoptada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, conforme lo veremos en la siguiente causal.

Cualquier situación donde se acuda a la huelga bajo la omisión o desconocimiento de los términos establecidos para la etapa de arreglo directo, conlleva la ilegalidad de esta.

No obstante, en el año 2020 en una controvertida sentencia se consideró, al menos para ese caso, que no habría necesidad de haber realizado un procedimiento previo, tratándose de una huelga por causas imputables al empleador.

5.4. Cuando no se haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley.

Entendiendo que la huelga conlleva un cese de actividades parcial o total en la empresa, donde los trabajadores se relevan de la obligación de prestar el servicio para el cual fueron contratados, y para el empleador la exoneración de tener que remunerarlo, entre otras consecuencias, se requiere que esta

decisión que afectara tanto a la empresa como a los trabajadores, en especial en sus ingresos, sea declarada por la mayoría absoluta de ellos; por esta razón, una vez finalizada la etapa de arreglo directo de la negociación sin que se hubiere llegado a un acuerdo integro sobre el pliego de peticiones, los trabajadores dentro de los diez días hábiles siguientes tienen dos alternativas a elegir, una es la constitución del tribunal de arbitramento para que decida el conflicto, o dos, la huelga.

Para establecer el camino a tomar entre tribunal de arbitramento o la huelga, dentro de los 10 días siguientes a la finalización de la etapa de arreglo directo se convoca a los trabajadores a una votación que se caracteriza por ser secreta, personal e indelegable, y donde deberá participar la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, entendiendo esta como la mitad más uno, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores.

En caso de que algunos trabajadores o sindicatos decidan recurrir a la huelga sin contar con la aprobación de la población antes descrita, incurrirán en causal de ilegalidad de la huelga por generar la misma si el consentimiento de su compañeros o afiliados.

5.5. Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo.

Nuestro Código Sustantivo del Trabajo define taxativamente la huelga como “... *la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo*”¹⁶, y ello significa que si bien esta herramienta busca ejercer un grado de presión por parte de los trabajadores en contra de su empleador para que ceda ante sus pretensiones, ella debe ser ajena a cualquier acto de violencia en todo el sentido amplio de la palabra, y precisamente por ello la Corte Constitucional en su sentencia C – 858/08, reitera esta prohibición legal para el ejercicio de la huelga en los siguientes términos:

“Aunque ontológicamente la huelga sea un medio coercitivo, no puede consistir en manifestaciones de violencia física y material contra el empleador, ni en actos que puedan alterar la estabilidad institucional, toda vez que su ejercicio sólo es legítimo como una etapa dentro del proceso de negociación y solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, y en cuanto a su titularidad el derecho a la huelga es un bien jurídico que le pertenece a la colectividad trabajadora, asociada o no a un sindicato, no a las personas físicas consideradas individualmente”.

Lo anterior ha sido reiterado también por la Corte Suprema de Justicia, que en su jurisprudencia como la descrita en la Sentencia 59420 de 2013, nos habla de la legalidad en los ceses de actividades y hace clara referencia a que estas deben caracterizarse por su desarrollo pacífico.

¹⁶ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 429,

6. Procedimiento que se debe adelantar para obtener la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades

Una vez analizados los eventos dentro de los cuales un cese se tornaría en ilegal, es necesario entrar a revisar el procedimiento que debe adelantarse con el fin de obtener una calificación de legalidad o ilegalidad de acuerdo con las causales expuestas. Inicialmente en Colombia la declaratoria de la ilegalidad o no de un cese de actividades debía realizarse a través de un proceso administrativo adelantado ante las autoridades del trabajo, sin embargo, en cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el comité de libertad sindical de la OIT, la Corte Constitucional y ante la ratificación de los diferentes convenios internacionales, llevaron al Gobierno Nacional a la presentación de una iniciativa legislativa en el año 2007 con el fin de introducir una modificación en cuanto a este trámite, al considerarse que no debía corresponder al mismo gobierno, la calificación de la legalidad de la huelga, sino aun un órgano independiente de las partes, ya que esta situación estaba causando múltiples conflictos, pues en ocasiones resultaba teniendo una doble condición de empleador y de autoridad llamada a revisar el cumplimiento de las disposiciones normativas por parte de los trabajadores. En este sentido, en la exposición de motivos¹⁷ de dicho proyecto se propuso que tal calificación le correspondiera a la jurisdicción laboral a través de un proceso especial, preferente, que gozara de agilidad y celeridad ante la presencia de los riesgos económicos y sociales que trae consigo la existencia de un conflicto colectivo con cese de actividades. En consonancia con lo anterior, fue expedida la Ley 1210 de 2008, dentro de la cual se realizó una inserción al Código Procesal del Trabajo y estableció dentro de este ordenamiento el procedimiento especial para la calificación de la suspensión o paro colectivo en su artículo 129 A y una modificación al artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a la forma como debe ser declarada la legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que el proceso judicial especial establecido por el legislador¹⁸ tiene la connotación de ser preferente, especial y sumario, de conocimiento de las salas laborales de los tribunales superiores del país en cuya jurisdicción territorial se haya producido la suspensión o paro colectivo, en primera instancia, en caso de haberse presentado en diferentes zonas y en este sentido existir varios tribunales competentes, conocerá el primero que avoque el conocimiento del asunto y deberá continuar con el trámite y en segunda instancia conocerá la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Teniendo en cuenta la especialidad de este proceso el pronunciamiento emitido por estas corporaciones solo debe estar limitado a calificar la legalidad o ilegalidad de un cese de actividades de conformidad con las causales anteriormente citadas, sin que haya lugar a realizar pronunciamientos diferentes e incluso a la utilización de figuras procesales que tienen cabida en otro tipo de procesos,

¹⁷ Gaceta del Congreso No. 604 del 27 de noviembre de 2007.

¹⁸ Ley 1210 de 2008, Artículo 4.

como es el caso del uso de la demanda de reconvencción, figura que fue negada en reciente pronunciamiento emitido por esta última entidad en Sentencia SL 20094 del 29 de noviembre de 2017.

Para el inicio de este proceso judicial, es indispensable la formulación del escrito de demanda, esta puede ser presentada por quien tenga interés jurídico directo en el conflicto, y debe cumplir con las exigencias generales establecidas en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo, debiendo contener lo siguiente:

- La designación del tribunal competente.
- El nombre de las partes y sus representantes, en ese sentido debe tenerse en cuenta que pueden ser partes el sindicato de trabajadores comprometido en la huelga, el empleador o empleadores partes del conflicto colectivo, los trabajadores no sindicalizados que hayan hecho uso del ejercicio del derecho a la huelga y el Ministerio de Trabajo.
- El domicilio y dirección de las partes, del apoderado judicial.
- Clase de proceso, que en este caso como se ha indicado es el proceso especial de calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.
- Pretensiones, las cuales por tratarse de un proceso especial solo deberán estar encaminadas a obtener la declaratoria de la ilegalidad de la huelga, sin que pueda ser posible acumular dentro de este proceso las peticiones de aplicación de consecuencias que se generarían en caso de llegar a prosperar la petición formulada.
- La causal invocada, teniendo en cuenta que el proceso especial de declaratoria de ilegalidad de la huelga solo puede ser declarada por causales consagradas de manera taxativa en el ordenamiento jurídico, es necesario indicar de manera puntual el motivo invocado.
- Hechos y omisiones, requiere la narración del sustento fáctico sobre el cual se fundamenta la acción, debiendo ser sustentados de manera individualizada y concreta.
- Las razones y fundamentos de derecho, debiendo ser invocados todos los preceptos legales, sustanciales que soporten o fundamenten la causal ilegalidad de la huelga solicitada.
- La relación de pruebas, que de acuerdo con los lineamientos de la ley 1210 de 2008 solo pueden ser aportadas en esta oportunidad, sin que sea posible presentar prueba alguna en otra etapa procesal. De igual forma, este trámite especial, consagró que toda demanda que busque la declaratoria de ilegalidad de la huelga deberá estar acompañada del acta de constatación del cese de actividades que deberá ser levantado por el Inspector del Trabajo, sin perjuicio de lo anterior, el cese puede ser demostrado con cualquier otro elemento probatorio dadas las circunstancias particulares que enmarquen cada situación.

- Y por último se establece que deben ser presentados los anexos de la demanda, exigiéndose en este proceso un anexo especial que es el acta de constatación del cese de actividades que deberá ser levantado por el Inspector del Trabajo.

Conforme con lo anterior, este proceso especial establece 4 requisitos adicionales a los consagrados para la presentación de una demanda dentro de un trámite ordinario como son;

- La determinación precisa de la causal que soporta la suspensión
- La justificación de la solicitud
- Las pruebas que se pretenden hacer valer, las cuales no pueden ser aportadas en ninguna otra oportunidad.
- La presentación y entrega del acta de constatación del cese de actividades levantada por el inspector del trabajo, sin que este sea el único medio probatorio permitido para la acreditación del cese, ya que este hecho puede ser demostrado por cualquiera de los medios probatorios establecidos legalmente, en aquellos casos en los cuales no haya sido posible realizar esta constatación.

Una vez admitida la demanda, previa validación del cumplimiento de los requisitos legales, se procede con la notificación de las partes del auto admisorio de la demanda y las citará para la celebración de la audiencia especial la cual debe realizarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, en esta audiencia especial se agotarán las siguientes etapas:

- Se contestará la demanda.
- Se adelantará el saneamiento del litigio, para evitar irregularidades que puedan invalidar el proceso.
- Se decidirán las excepciones previas propuestas.
- Se fijará el litigio.
- Se decretan y practican las pruebas solicitadas por las partes, en este mismo acto se le concede el derecho de contradicción a las partes frente a los medios probatorios admitidos, o presenten lo comúnmente denominado alegatos de conclusión.
- Finalmente, se emite el fallo, que se notificará en estrados y contra esta decisión procede el recurso de apelación, el cual se concede en el efecto suspensivo y debe ser interpuesto y sustentado en esa misma audiencia, y de igual forma será concedido o negado inmediatamente. Debe tenerse en cuenta que la nueva regulación consagró que la decisión sobre la calificación debía emitirse a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la presentación de la demanda.

En segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia resolverá de plano, sin conceder términos a las partes para realizar ningún tipo de pronunciamiento adicional, ni concederá espacios para la práctica de pruebas diferentes a las ya obrantes dentro del proceso. Este recurso, debe ser resuelto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el proceso entre al Despacho del Magistrado ponente.

7. Efectos de la declaratoria del cese ilegal

Como se ha señalado ante el grave impacto que una cesación de actividades laborales adelantada de manera irregular puede acarrear para una empresa, la legislación laboral tiene previstas una serie de consecuencias, una vez sea declarada la ilegalidad de la huelga, las cuales están dirigidas tanto para los trabajadores, como para el sindicato, y se pueden hacer efectivas desplegando diferentes acciones, conforme las encontramos descritas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo estas las siguientes:

- i.) Facultad del empleador de despedir por este motivo a quienes hubieren intervenido o participado
- ii.) Frente a los trabajadores amparados por fuero el despido no requerirá calificación judicial
- iii.) Podrá ser solicitado la suspensión o cancelación de la personería del sindicato
- iv.) Se podrán iniciar acciones tendientes a obtener que se resarzan los perjuicios causados

Para hacer uso de las facultades relacionadas en los puntos i y ii se debe establecer el grado de participación por parte del trabajador y adicionalmente se debe observar un procedimiento regulado por Decreto 2164 de 1959, Resolución 064 de 1959, Resolución 342 de 1977 y la Sentencia Radicación número 25000-23-24-000-2010-00519-01 del 17 de noviembre de 2011 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, pronunciamiento mediante el cual conforme las normas anteriormente señaladas, el Ministerio del Trabajo debe autorizar el despido de los trabajadores que participaron en una huelga declarada ilegal por la autoridad competente y en ese sentido el empleador debe seguir los siguientes pasos:

- Enviar lista de aquellos trabajadores que considere deben ser despedidos
- El Ministerio de Trabajo deberá adelantar diligencias necesarias para determinar grado de participación de los trabajadores
- Concluido lo anterior, deberá emitir pronunciamiento, y ese pronunciamiento debe ser en el sentido de evitar que se despidan trabajadores que solo tuvieron una participación de forma pasiva
- Adicionalmente el empleador debe seguir los lineamientos de la Corte Constitucional en sentencia SU-036 de 1999, según la cual es posible terminar el contrato de trabajo con justa causa

de los trabajadores que hayan participado activamente en el cese ilegal de actividades, agotándose un procedimiento que adicional a permitir el ejercicio del derecho de defensa –debido proceso- también permita inferir el grado de participación de cada uno de esos trabajadores.

- Finalmente, frente a este punto recientemente la Corte Suprema de Justicia emitió pronunciamiento en sentencia SL 1947 de 2021, decisión en la cual al interpretar el numeral 2º del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo señaló: *“De acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que el artículo 450, numeral 2.º del Código Sustantivo del Trabajo debe ser interpretado bajo el entendido que el solo hecho de haber organizado y/o participado en una huelga ilegal no es causa suficiente de despido. Por tanto, es necesario un examen de la conducta del trabajador con el propósito de constatar si durante la misma incurrió en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico, como podrían ser los actos delictivos, violencia física, sabotaje, destrucción de archivos y documentos, develación de información confidencial, acciones prohibidas que ponen en riesgo la vida o seguridad de las personas, entre otras conductas que deberán sopesarse según su gravedad”*. Es decir, que, con esta decisión, se impone una carga excesiva al empleador no prevista por el legislador de realizar validaciones y calificaciones adicionales para poder dar aplicación a las consecuencias de haber participado en una huelga declarada ilegal.

8. Conclusión

Teniendo en cuenta que el derecho a la huelga en su ejercicio siempre generará graves consecuencias para los involucrados, porque por una parte la empresa estará obligada a suspender su operación y si o si se verá afectada económicamente, y para el sindicato y sus trabajadores, porque en caso de ser declarada ilegal pueden ser despedidos o sus salarios suspendidos, entre otras cosas, ello llevaba a que normativamente tuviera unos controles y límites estrictos para que de esta manera fuera la última alternativa a adoptarse por parte de la organización sindical y estuviera revestida de unos requisitos mínimos para su procedencia y legalidad, sin embargo, como se puede evidenciar del estudio realizado, esta figura ha venido presentando una etapa de flexibilización y excesiva protección que se ha prestado incluso para abusos, razón por la cual, debe existir un cambio en la perspectiva del sector empresarial para el manejo de las nuevas dinámicas presentadas en el marco de las relaciones laborales, porque deberá necesariamente adoptar nuevas metodologías bajo el pilar del diálogo social, que sin duda alguna será la principal herramienta que ayudará a cerrar brechas y armonizar las situaciones que se presentan entre empleador y organización sindical, pues además se enfrenta a nuevas políticas judiciales y gubernamentales que han dado una permisividad que ha generado que la huelga deje de ser la última herramienta de presión, a la principal y primera opción para reclamar cualquier inconformidad o situación que a consideración de la organización sindical tenga derecho a percibir por parte de su empleador.

Bibliografía

Normatividad

Constitución Política de Colombia [CP]. 20 de julio de 1991.

Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Decreto Ley 3743 de 1950.

D. 2164 de 1959, Por el cual se reglamentan los artículos 450 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resolución 064 de 195, Ministerio del Trabajo

Resolución 342 de 1977, Ministerio del Trabajo.

Doctrina

Fabián Vallejo Cabrera, *El derecho de huelga y conceptos afines*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2009.

Josefina Quintero Lyons y Edgardo Gonzalez Herazo, *Lecciones de Derecho Colectivo del Trabajo*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2017.

Colegio de Abogados del Trabajo, *Compendio Teórico Práctico de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis, 2013.

Colegio de Abogados del Trabajo. *Estatuto del Trabajo*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2016.

Gaceta del Congreso No. 604 del 27 de noviembre de 2007

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C – 075 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia C- 858 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia SU-036 de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 5940 de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 20094 de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 2541 de 2018.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 1680 de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 720 de 2021.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL 1947 de 2021.

Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia rad. 25000-23-24-000-2010-00519-01 del 17 de noviembre de 2011.

La falta de seguridad jurídica en el régimen sancionatorio cambiario y su posible impacto en la economía del país

Un enfoque crítico a las implicaciones más cuestionables del actual régimen bajo competencia de la DIAN y de la Superintendencia de Sociedades

Nathalia Andrea Gutierrez Silva walker¹

Recibido: 27 de agosto de 2022. Aceptado: 23 de noviembre de 2022.

Resumen:

En Colombia, el régimen sancionatorio cambiario ha sido objeto de varias demandas por inconstitucionalidad² en las que se alega la vulneración del debido proceso y el principio de legalidad. Frente a esto, aunque la Corte Constitucional en la Sentencia C-564 del 2000 estableció que en el régimen sancionatorio cambiario existe una “tipificación indirecta” y que, por ende, no se vulnera el debido proceso ni el principio de legalidad, se argumenta que el régimen sí avala un alto grado de discrecionalidad que, en nuestro concepto, genera una falta de seguridad jurídica y, por lo tanto, se puede ver afectada la economía del país. Por estemotivo, resulta pertinente exponer y responder, en su medida, las siguientes preguntas centrales: ¿perjudica el régimen sancionatorio cambiario la seguridad jurídica en Colombia? y de ser así, ¿cuáles son las implicaciones de este perjuicio en la economía del país?

Palabras clave:

Derecho constitucional, impuestos, tributación, política fiscal, política, derecho y economía.

¹ Abogada de la Universidad de los Andes y próximamente Contadora de la misma. Con interés en el Derecho Societario, Tributario y Aduanero; razón por la cual, forma parte del Semillero de Investigación de Estudios Interdisciplinarios de la Tributación (SEIT) de la Universidad de los Andes y a lo largo de su carrera como abogada en la Universidad, fue la coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Societario y miembro del Finance and Investment Club (en el cual ocupó el cargo de Analista y Community Head en el área de Derecho Financiero). Por otro lado, más allá de su trayectoria educativa en la Universidad de los Andes, trabajo como Junior Associate en la firma Tax & Business Partners.

² Se destacan entre ellas las Sentencias C- 599 de 1992, C-564 de 2000, C-430 de 2001 y la C-024 de 2021.

The Lack of Legal Certainty in the Exchange Sanctioning Regime and its Possible Impact on the Country's Economy:

A Critical Approach to the Most Questionable Implications of the Current Regime Under the Jurisdiction of the DIAN and the Superintendencia de Sociedades.

Nathalia Andrea Gutierrez Silva walker³

Received: August 27, 2022. Accepted: November 23, 2022.

Abstract:

In Colombia, the exchange sanctioning regime has been the object of several unconstitutionality claims alleging the violation of due process and the principle of legality. Although the Constitutional Court in Decision C-564 of 2000 established that in the exchange sanctioning regime there is an “indirect typification” and that therefore, neither due process nor the principle of legality is violated, it is argued in the present paper that the regime endorse a high degree of discretion that generates a lack of legal certainty and therefore the country's economy may be affected. For this reason, it is pertinent to critically expose the most questionable implications of the current regime in order to answer the central research question: Does the sanctioning system of the exchange rate regime contravenes the principle of legal certainty in Colombia and, if so, what are the implications of this discrepancy on the country's economy?

Keywords:

Constitutional Law, Constitution, taxes, taxation, fiscal policy, politics, law and economics.

³ Lawyer from the Universidad de los Andes and soon Accountant of the same. Interested in Corporate, Tax and Customs Law; For this reason, she is part of the Investigation Seedbed for Interdisciplinary Taxation Studies (SEIT) of the Universidad de los Andes and throughout her career as a lawyer at the University, she was the coordinator of the Research Seedbed in Corporate Law and a member of the Finance and Investment Club (in which he held the position of Analyst and Community Head in the Financial Law area). On the other hand, beyond his educational career at the Universidad de los Andes, he worked as a Junior Associate at the Tax & Business Partners firm.

I. Introducción

La esencia del nuevo régimen cambiario fue construida a partir de la idiosincrasia propia de 1967 y se ha venido modificando con la introducción de normas que se han intentado ajustar al nuevo contexto económico. Sin embargo, el régimen sancionatorio cambiario sigue presentando tendencias de un régimen estricto cuyo objeto son sanciones severas adosadas casi a una teoría de prevención general negativa de naturaleza arcaica, donde, en efecto, como diría Durkheim, la aparente severidad en las sanciones son rasgos propios de las sociedades primitivas⁴.

A mayor abundamiento, en el actual régimen sancionatorio en competencia de la Superintendencia de Sociedades se encuentran multas de hasta un 200% del monto de una infracción cambiaria comprobada, y en competencia de la DIAN (en algunos casos), multas del 100% del valor del depósito correspondiente, del valor de las operaciones canalizadas en el mes auditado, del valor de las operaciones de compra y venta realizadas, entre otros. De manera que, al regular el régimen cambiario todas las transacciones que implican un pago o transferencia de divisas o títulos representativos de las mismas con el exterior⁵, el régimen sancionatorio cambiario condena conductas u omisiones relacionadas con operaciones de gran sustancia económica⁶. Es por esto, que el régimen sancionatorio cambiario, al condenar operaciones de esta naturaleza, ocasiona un considerable impacto en la economía del país.

Ahora bien, no solo se está frente a un régimen cambiario altamente estricto, en virtud del monto correspondiente de la multa para las sanciones, sino que, también, se está frente a una normativa que avala un alto grado de arbitrariedad por parte de los funcionarios. Lo anterior, debido a que una sanción administrativa debe determinar con claridad la sanción, o, por lo menos, permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto⁷. Sin embargo, este no es el caso en materia cambiaria, puesto que se está frente a un panorama sancionatorio incierto, donde las multas no cuentan con los parámetros para su cuantificación, sino con un porcentaje máximo⁸.

4 VIRGOLI, Julio E.S. “La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política”. Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005 en DIAZ, Lina., “Algunas consideraciones sobre el castigo. una perspectiva desde la sociología”. Revisitas Universidad Externado de Colombia. 2007 p.146 [edición electrónica]. Cabe mencionar que si bien el enfoque de la teoría de Durkheim está dirigido hacia la criminología, se pretende aplicar como metáfora para ilustrar la relación entre el vigente régimen sancionatorio cambiario y su inclinación hacia una idiosincrasia no propia del contexto económico actual.

5 DIAN, “¿Qué es el régimen cambiario?”, <https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Paginas/ControlCambiario.aspx#:~:text=Los%20cambios%20internacionales%20se%20pueden,t%C3%ADtulos%20representativos%20de%20las%20mismas.>

6 A manera de ejemplo, en diciembre de 2021 las ventas externas de Colombia incluyendo petróleo y sus derivados fueron de US\$4.381,3 millones FOB. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. “Informe de exportaciones”. DANE. 31 de Enero de 2021, <https://www.ccb.org.co/observatorio/Analisis-Economico/Analisis-Economico/Crecimiento-economico/Informe-de-exportaciones>

7 Corte Constitucional.. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra [en línea]. Santa Fé de Bogotá, D.C.: La Corte, 2000. [Consultado el 30 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.corte.>

8 Este es el caso de la Superintendencia de Sociedades (Decreto 1746 de 1991) y en algunos casos, en competencia de la DIAN (Decreto 2245 de 2011), con un valor máximo de UVT.

Por otro lado, se está frente un régimen de responsabilidad objetiva que, a su vez, otorga competencias residuales a los funcionarios de la DIAN y permite mediante la denominada “infracción continuada” que tanto los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades como de la DIAN tengan en cuenta la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción para unir acciones u omisiones realizadas con anterioridad y, por lo tanto, a dichas acciones u omisiones se les aplique el término de caducidad del último hecho. De esta forma, se vulnera el debido proceso y sin las garantías suficientes del principio de legalidad, se ve gravemente afectada la seguridad jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que los investigados y los sancionados por infracciones cambiarias pueden estar en desventaja frente al poder punitivo del Estado. Asimismo, en virtud de que esta problemática no solo afecta a los obligados del régimen, sino a la economía del país, es pertinente analizar desde un enfoque crítico las implicaciones más cuestionables del actual régimen y responder, en su medida, la pregunta central: ¿perjudica el régimen sancionatorio cambiario la seguridad jurídica en Colombia y de ser así, cuáles son las implicaciones de este perjuicio en la economía del país?

Es, entonces, el objetivo de esta investigación conocer y comprender los principales problemas relacionados al régimen sancionatorio en materia cambiaria en Colombia bajo competencia de la DIAN y de la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior, con el fin de dar a conocer la posible vulneración de los derechos de los obligados al régimen y la afectación a la seguridad jurídica y posiblemente la economía del país.

Con el fin de realizar el análisis propuesto y para responder la pregunta de investigación central, se utilizará como metodología de investigación la consulta de fuentes de información primaria y, en algunos casos, la consulta de fuentes secundarias.

En el texto se seguirá la siguiente estructura. En primer lugar, se presenta en el Capítulo II, denominado Marco Normativo, los antecedentes normativos del régimen cambiario, el marco legal del régimen cambiario y el régimen sancionatorio cambiario y, cerrando el capítulo, las críticas al actual régimen sancionatorio cambiario. En segundo lugar, se presenta el Capítulo III, en virtud del cual se desarrolla la relación entre el debido proceso y la seguridad jurídica. En tercer lugar, se presenta el Capítulo IV, que relaciona el impacto de la falta de seguridad jurídica en el crecimiento económico y, en virtud del cual, se desarrolla un análisis económico del régimen sancionatorio cambiario. Por último, se presentan las conclusiones finales.

II. Marco normativo

A. Antecedentes normativos del régimen cambiario

En cuanto a la evolución del régimen sancionatorio cambiario, es pertinente realizar un recorrido histórico que recoja los antecedentes normativos. Para empezar, entre 1938 y 1967 Colombia fijó su tipo de cambio al dólar y experimentó una crisis cambiaria donde el peso fue devaluado oficialmente en más de 12% en seis ocasiones⁹. Según Fabio Sánchez, Andrés Fernández y Armando Armenta, estos episodios de devaluación fueron complejos y traumáticos ya que implicaron ajustes macroeconómicos costosos con fuertes repercusiones en la economía nacional¹⁰. Frente a esta situación, el Gobierno de Carlos Lleras Restrepo expidió el Decreto-Ley 444 de 1967, para crear un sistema con un mayor flujo de divisas en el país, pero de manera controlada.

Frente a esta normativa, la Sentencia C-564 del 2000 establece que este marco legal (que rigió al país por más de 30 años) era caracterizado por un proteccionismo en el cual se favorecían las exportaciones, específicamente las no tradicionales; se permitía la libre importación de unos productos previamente determinados en un listado y necesarios para el desarrollo de la industria nacional, tales como: materias primas e insumos, así como la exigencia de licencias para los no incluidos en el listado existente para el efecto¹¹. Igualmente, se exigían permisos para la inversión extranjera, e imperaban las restricciones en materia de divisas.

Ahora bien, a partir de la internalización de la economía a finales de 1980, el esquema económico del país cambió y fue necesaria la implementación de una legislación acorde con el nuevo contexto económico. Es por esto, que con el fin de dar cumplimiento a las nuevas políticas económicas se modificaron las normas cambiarias y de comercio exterior.

En 1991, el Legislador expidió las leyes 7a y 9a. La Ley 7 de 1991 establece las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, creó el Ministerio de Comercio Exterior, el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, entre otros¹². Por su parte, la Ley 9 de 1991 (Ley General de Cambios Internacionales) establece las normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios interna-

9 Sánchez, Fabio, et al., “Crisis cambiarias en Colombia bajo tipo de cambio fijo: 1938-1967”. Universidad de los Andes: Documento CEDE 2005-32, p.1. ISSN: 19657-7191 [edición electrónica].

10 *Ibidem*.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Congreso de Colombia.. Ley 7 (enero 16 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.”

cionales¹³ y, así mismo, incorpora unos principios dignos de ser destacados: “entre los que se encuentran el propiciar la internacionalización de la economía, estimular la inversión de capitales en el país y facilitarlas transacciones con el exterior.

Por otro lado, esta ley consagró la libre tenencia de divisas por parte de los residentes en el país¹⁴. Adicionalmente, la mencionada ley “revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para establecer el régimen sancionatorio y el procedimiento a seguir en caso de infracciones a las normas cambiarias (artículo 32)”¹⁵. Como resultado, y en uso de las mencionadas facultades extraordinarias, el Presidente de la República¹⁶ expidió el Decreto 1746 de 1991.

El Decreto 1746 de 1991 “establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios”¹⁷. Pero antes de seguir con la línea de análisis, donde se sigue presentando el recorrido histórico, vale la pena hacer una somera salvedad. El Decreto 2116 de 1992 suprimió la Superintendencia de Control de Cambios y distribuyó sus funciones a tres entidades: la Superintendencia de Sociedades, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales (que ahora es la DIAN porque el 1º de junio del año 1993 se fusionó la Dirección de Impuestos Nacionales (DIN) con la Dirección de Aduanas Nacionales (DAN)¹⁸ y la Superintendencia Bancaria (que en 2005 se fusionó con la Superintendencia de Valores y ahora se denomina la Superintendencia Financiera de Colombia)¹⁹. De esta forma, el control y la imposición de sanciones en materia cambiaria pasó a tener un carácter tripartito, “en donde la operación y naturaleza del sujeto que la ejerciera, se convirtieron en los parámetros para determinar la competencia de cada una de las entidades antes mencionadas”²⁰.

Bajo esta tesitura, a la Superintendencia de Sociedades²¹ (de ahora en adelante Supersociedades) se le asignaron las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, así como las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia, sin perjuicio de las competencias asignadas a la ahora denominada Superintendencia Financiera de Colombia²². Además, se ordenó la creación

13 Congreso de Colombia.. Ley 9 (enero 17 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias.”

14 Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
15 *Ibidem*.

16 Cesar Gaviria (Presidente de la República de Colombia, 1990-1994).

17 Presidente de la República de Colombia. Decreto 1746 (julio 04 de 1991). Por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios.

18 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia n. 23039. (9 de mayo del 2012).

19 Artículo 1 del Decreto 4327 de 2005 (noviembre 26 de 2005). Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

21 Artículo 5 a 10 del Decreto 2116 de 1992 (diciembre 29 de 1992). Por medio del cual se suprime la Superintendencia de Cambios..

22 Artículo 1 *ibidem*.

“como dependencia del Despacho del Superintendente Delegado para asuntos jurídicos, la División de Inversión y Deuda Externa”²³.

Por otro lado, a la DIAN²⁴ se le asignaron las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario “en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones”²⁵. Por último, a la Superintendencia Financiera²⁶ se le asignó privativamente “la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y sobre las casas de cambio”²⁷.

Posteriormente se expide la Ley 31 de 1992 mediante la cual se distribuye entre la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional la competencia de regulación en materia de la Ley 9 de 1991²⁸. Y en 1996, el Presidente de turno²⁹ expide el Decreto 1092 de 1996, por medio del cual se estableció el régimen sancionatorio y procedimiento administrativo cambiario aplicable a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (de ahora en adelante DIAN) que fue derogado y la actual norma vigente es el Decreto 2245 de 2011.

Completado el recorrido histórico en materia cambiaria y haciendo referencia nuevamente a la Sentencia C-564 del 2000, se puede concluir lo siguiente: 1) el régimen cambiario está compuesto por una diversidad de normas que componen el estatuto cambiario; 2) el control y la imposición de sanciones en materia cambiaria pasó a tener un carácter tripartito; 3) el régimen sancionatorio en materia cambiaria que aplica cada entidad es distinto; 4) la competencia de cada entidad se determina por la operación y la naturaleza del sujeto que la ejecuta; y 5) a pesar de que la internacionalización de la economía a finales de los 80 impulsó un nuevo régimen cambiario, casi 30 años después se sigue contando con un régimen que debatiblemente puede no estar promoviendo, fomentando y estimulando el comercio exterior y por ende, el crecimiento económico.

A continuación, se presenta un diagrama de elaboración propia que permite una perspectiva más esquemática de lo que fue la evolución del régimen sancionatorio cambiario a partir de 1967.

23 Artículo 7 *ibidem*.

24 Denominada antes Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales (artículo 3 a 4 *ibidem*).

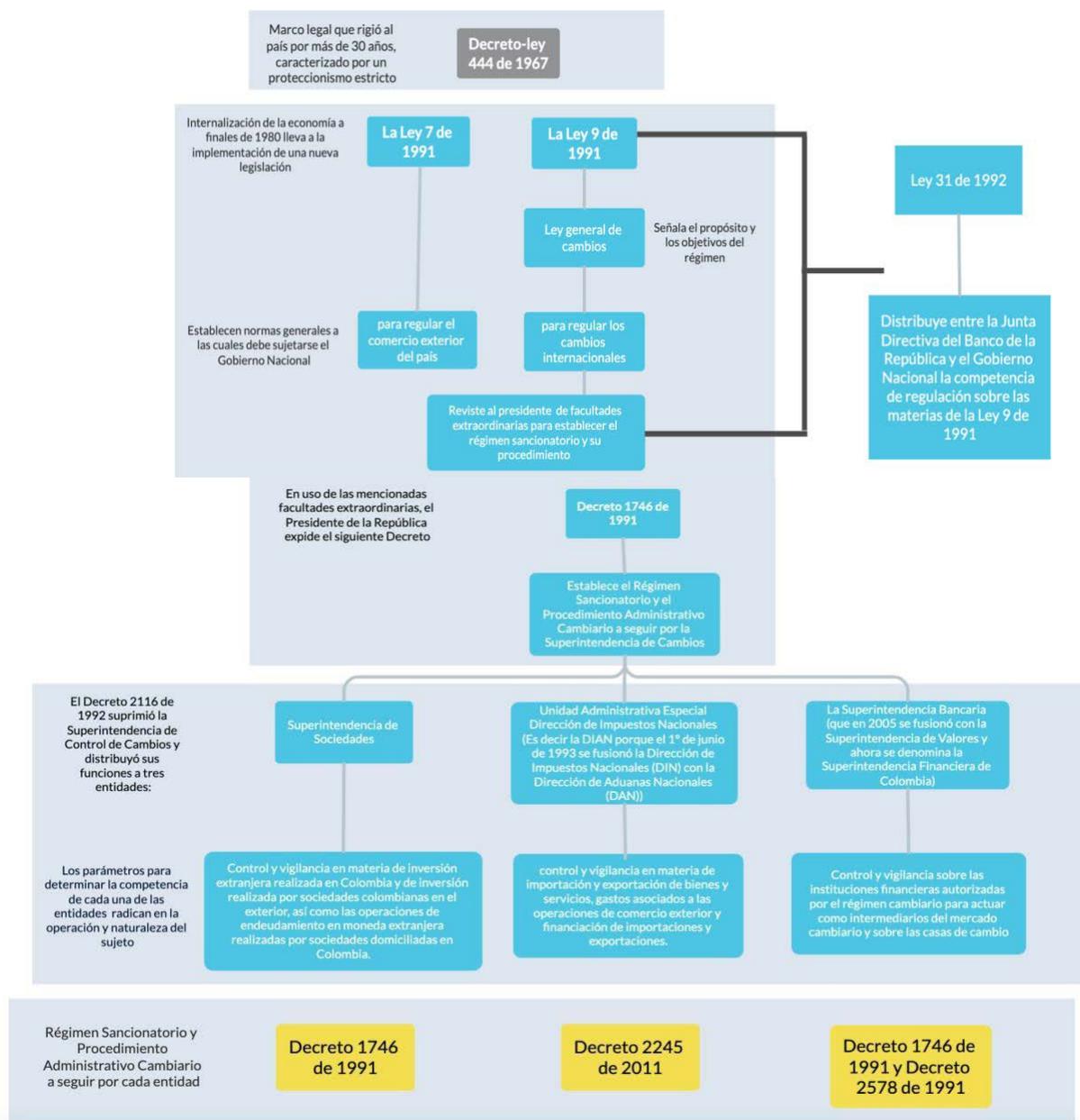
25 Artículo 3 *ibidem*.

26 Denominada antes Super Bancaria.

27 Artículo 2 *op.*, cit.

28 Arts. 16, literal h y 59. Ley 31 (diciembre 29 de 1992). *Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los Fondos de Fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones.*

29 Ernesto Samper Pizano (Presidente de la República, 1994-1998).



B. Marco legal

El régimen cambiario vigente está compuesto por un conjunto de normas que regulan los cambios internacionales. En efecto, el régimen cambiario regula todas las transacciones que implican pago o transferencia de divisas o títulos representativos de las mismas con el exterior³⁰. Entre dichas 30 DIAN, “¿Qué es el régimen cambiario?”, <https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Paginas/ControlCambiario>.

transacciones se destacan: las operaciones entre los residentes en el país y los no residentes y las obligaciones derivadas de ellas; la tenencia y disposición de activos en Colombia por no residentes o en el exterior por parte de los residentes; los movimientos de divisas desde o hacia el país, entre otras. Por lo tanto, para proceder con un enfoque crítico del régimen, es pertinente presentar el marco legal que lo conforma.

En síntesis, el marco legal del régimen cambiario está compuesto por las siguientes normas: la Constitución Política de Colombia, Ley 9ª de 1991, Ley 31 de 1992, Decreto 119 de 2017 (por el cual se modifica el Decreto 1068 de 2015), la Resolución Externa 1 de 2018 de la Junta Directiva del Banco de la República (que derogó la Resolución Externa 8 del 2000) y las Circulares Reglamentarias Externas del Banco de la República (en especial la Circular DCIN 83). Cabe mencionar que el presente escrito se centrará específicamente en el régimen sancionatorio cambiario de competencia de la DIAN y la Superintendencia de Sociedades. Por ende, además de las normas previamente mencionadas, también se incluirá el Decreto 2245 de 2011 y el Decreto 1746 de 1991.

En primer lugar, la Constitución Política de Colombia en el artículo 150 establece las competencias regulatorias del Congreso. Se destaca del artículo en cuestión el numeral 19 literal b, donde se dispone que corresponde al Congreso hacer leyes que dicten las normas generales, los objetivos y los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, para “regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República”³¹.

Por otro lado, el numeral 22 del artículo en cuestión también establece que corresponde al Congreso “expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva”³². Asimismo, el artículo 371 de la Constitución establece que una de las funciones básicas del Banco de la República es regular los cambios internacionales y el artículo 372 establece que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

En segundo lugar, dentro del marco normativo del régimen cambiario se destaca la Ley 9ª de 1991, que es la Ley General de Cambios Internacionales; en especial, el artículo 2. En dicho artículo se establece que “el régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario”³³ y que las regulaciones que se expidan en desarrollo de la presente ley deberán tener como objetivo:

a) Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitivi-
aspx#:~:text=Los%20cambios%20internacionales%20se%20pueden,t%C3%ADtulos%20representativos%20de%20las%20mismas

31 Constitución Política de Colombia.

32 *Ibidem*.

33 Artículo 2, *Ibidem*.

dad en los mercados externos.

b) Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones. (...)

*d) Estimular la inversión de capitales del exterior en el país. (...)*³⁴.

Todo lo anterior, “con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, orientadores de las actuaciones administrativas”³⁵.

Por otro lado, también es relevante hacer un énfasis en el artículo 4 de la Ley 9ª de 1991 dado que se establecen en el presente artículo las categorías sobre las cuales se determinan las operaciones de cambio. Estas categorías son las siguientes:

- a) Los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en el extranjero realizados por residentes, y los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en Colombia por parte de no residentes.*
- b) Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición sobre los derechos u obligaciones derivados de aquéllos.*
- c) La tenencia, adquisición o disposición de activos en divisas por parte de residentes o, cuando se trate de no residentes, la tenencia, adquisición o disposición de activos en moneda legal colombiana.*
- d) Las entradas o salidas del país divisas o moneda legal colombiana y de títulos representativos de las mismas.*
- e) Los actos en virtud de los cuales se produzca la extinción de obligaciones entre residentes y no residentes*³⁶.

Dicho esto, las distintas operaciones de cambio están sujetas a las categorías antes presentadas. Dichas categorías son de suma relevancia dado que presentan el género de las operaciones de cambio.

En tercer lugar, el marco legal del régimen cambiario está compuesto, además, por el Decreto 1068 de 2015 modificado por el Decreto 119 de 2017 en lo relacionado con el régimen general de inversión de capitales del exterior en Colombia y de las inversiones colombianas en el exterior y, por el cual, se dictan otras disposiciones en materia de cambios internacionales. Cabe mencionar que el Decreto 1068 de 2015 compila los decretos que desarrollan leyes marco sobre el régimen cambiario, y entre los decretos compilados se destaca el Decreto 1735 de 1993 que define las operaciones de cambio. En

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Congreso de Colombia. Ley 9 (enero 17 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias.” Artículo 4.

efecto, la norma en cuestión define como operaciones de cambio las categorías señaladas en el artículo 4 de la Ley 9ª de 1991, y específicamente las siguientes:

- (...) 1. *Importaciones y exportaciones de bienes y servicios;*
2. *Inversiones de capitales del exterior en el país;*
3. *Inversiones colombianas en el exterior;*
4. *Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país;*
5. *Todas aquellas que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país;*
6. *Todas las operaciones que efectúen residentes en el país con residentes en el exterior que impliquen la utilización de divisas, tales como depósitos y demás operaciones de carácter financiero en moneda extranjera;*
7. *Las entradas o salidas del país de moneda legal colombiana y de títulos representativos de la misma, y la compra en el exterior de moneda extranjera con moneda legal colombiana o títulos representativos de la misma;*
8. *Las operaciones en divisas o títulos representativos de las mismas que realicen el Banco de la República, los intermediarios del mercado cambiario y los demás agentes autorizados, con otros residentes en el país (...)*³⁷.

Asimismo, el Decreto 1735 de 1993 introduce la distinción entre operaciones internas (entre residentes) y operaciones de cambio y establece la definición de residente.

En cuanto a la definición de residente, el Decreto 119 de 2017 modificó la definición de residencia para fines cambiarios en el cual se establece que se consideran como residentes (sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales) “las personas naturales nacionales colombianas que habiten en el territorio nacional o las extranjeras que permanezcan continua o discontinuamente en el país por de ciento ochenta y (183) días calendario, incluyendo los días entrada y salida país, durante un periodo de trescientos y (365) días calendario consecutivos”³⁸ y las organizaciones públicas, con o sin ánimo de lucro que tengan domicilio en Colombia y las sucursales extranjeras establecidas en el país. Por otro lado, el Decreto 119 de 2017 modifica los principios y definiciones sobre la inversión de capitales del exterior, los derechos cambiarios que podrá ejercer el inversionista, procedimientos especiales de registro, entre otros.

Dentro del marco legal del régimen cambiario también es relevante mencionar la Resolución Externa 1

³⁷ Artículo 1 del Decreto 1735 de 1993) Art. 2.17.1.1. Decreto 1068 (mayo 26 de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

³⁸ Artículo 2.17.1.2. *Ibidem*. Modificado por el artículo 1 del Decreto 119 de 2017.

de 2018 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución Política, las normas generales de la Ley 9ª de 1991 y el marco general regulatorio del Decreto 1735 de 1993. La resolución en cuestión derogó la Resolución 8 del 2000 y estableció de manera integral las normas que regulan las operaciones cambiarias en el país. Ahora bien, en materia del régimen de cambios internacionales deben distinguirse dos mercados:

I. Mercado Cambiario

El artículo 36 de la Resolución Externa 1 de 2018 establece que el mercado cambiario está constituido “por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto”³⁹ en la resolución. Asimismo, también forman parte de este las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo. De manera que, el mercado cambiario está compuesto por las divisas que sean canalizadas (por obligación o de manera voluntaria) a través de los intermediarios del mercado cambiario o a través de los mecanismos de compensación. Siendo los intermediarios del mercado cambiario “las entidades o instituciones que tienen por objeto realizar operaciones de cambio por cuyo conducto se negocien o transfieran divisas”⁴⁰.

Asimismo, el artículo 41 de la Resolución Externa 1 de 2018 establece las operaciones de cambio que deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario. Las operaciones cambiarias que deben cumplir con dicha obligación son las siguientes:

1. *Importación y exportación de bienes*
2. *Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes así como los costos financieros inherentes a las mismas.*
3. *Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
4. *Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.*
5. *Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.*

³⁹ Artículo 36 *Ibidem*.

⁴⁰ Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

6. *Avales y garantías en moneda extranjera.*
7. *Operaciones de derivado.*
8. *Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.*
9. *Avales y garantías en moneda extranjera.*
10. *Operaciones de derivados⁴¹.*

Bajo este orden de ideas, anteriormente se presentaron las actividades categorizadas como operaciones de cambio (artículo 4 de la Ley 9^a de 1991 y artículo 1 del Decreto 1735 de 1993 compilado por el artículo 2.17.1.1. del Decreto 1068 de 2015). Ahora bien, con la introducción de la Resolución Externa 1 de 2018 se establecen las operaciones de cambio que deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario. Lo anterior evidencia que, al comparar el listado de las actividades consideradas como operaciones de cambio, las operaciones del artículo 4 de la Ley 9^a de 1991 y del artículo 1 del Decreto 1735 de 1993 compilado por el artículo 2.17.1.1. del Decreto 1068 de 2015 se pueden canalizar a través del mercado cambiario de manera voluntaria con excepción a las operaciones de cambio del artículo 41 de la Resolución Externa 1 del 2018, las cuales si son obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario.

2. Mercado Libre

Al mercado libre pertenecen, entonces, las operaciones de divisas que no han sido consideradas como del mercado cambiario. Es decir, el resto de las operaciones que no son obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, por ejemplo, la importación y exportación de servicios y la transferencia de divisas por concepto de donaciones⁴². Cabe mencionar que el término “mercado libre” es doctrinal, dado que en las normas se hace referencia a las divisas que no tienen que atravesar el mercado cambiario.

Ahora bien, al ser las normas cambiarias de orden público, además de ser obligatorias, no permiten pacto en contrario y “en tal medida no resulta plausible que los particulares amparados en el uso de la autonomía de la voluntad contraríen tales preceptos”⁴³. Por ende, es de suma importancia que los

41 Artículo 41. Banco de la República, Resolución Externa 1 (mayo 25 de 2018). *Por la cual se compendia y modifica el régimen de cambios internacionales.*

42 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

43 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-San->

obligados del régimen sigan a cabalidad las reglas dadas por esta regulación, *so pena* de incurrir en incumplimientos y hacerse acreedores de las sanciones previstas para tal efecto⁴⁴.

C. Régimen sancionatorio cambiario

El régimen sancionatorio cambiario dispone las sanciones y el procedimiento administrativocambiario aplicable a las infracciones cambiarias. De manera que, dentro del marco legal del régimen cambiario es de suma importancia su entendimiento. El régimen sancionatorio cambiario parte de la denominada infracción cambiaria. El concepto de infracción cambiaria es complejo en la medida de que existen regulaciones especiales para cada entidad competente en la materia.

Anteriormente, se desarrolló la forma en que el control y la imposición de sanciones en materia cambiaria pasó a tener un carácter tripartito en virtud de que el Decreto 2116 de 1992 suprimió la Superintendencia de Control de Cambios y distribuyó sus funciones a tres entidades: la Superintendencia de Sociedades, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Superintendencia Financiera. Bajo este entendido, “la operación y naturaleza del sujeto (...), se convirtieron en los parámetros para determinar la competencia de cada una de las entidades mencionadas”⁴⁵, de manera que el contenido del concepto de infracción cambiaria “debe desarrollarse a partir de las regulaciones especiales emanadas para cada una de las entidades competentes en la materia”⁴⁶.

En el presente escrito se busca realizar un enfoque crítico del régimen sancionatorio cambiario en competencia de la Superintendencia de Sociedades y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por lo tanto a continuación se desarrollará el contenido del Decreto 1746 de 1991 y del Decreto 2245 de 2011 (por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Sociedades y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales).

En el caso de la Supersociedades se le asignaron las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, así como las operaciones de endeu-

ciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf

44 Artículo 91 “SANCIONES. Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, se hará acreedora las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables”. Resolución Externa 1 (mayo 25 de 2018). *Por la cual se compendia y modifica el régimen de cambios internacionales*

45 Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
46 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. p.302. No.1081. Disponible en: <https://jhcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

damiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia⁴⁷.

Ahora bien, el Decreto 1746 de 1991 (por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Sociedades) se refiere a la infracción cambiaria en los siguientes términos:

ARTÍCULO 20. La infracción cambiaria como transgresión de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios, es una contravención meramente administrativa de las disposiciones vigentes al momento de la infracción, a la que corresponde una sanción coercitiva cuya finalidad es el cumplimiento de tales disposiciones.

A su vez, el Decreto 1746 de 1991 (por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) se refiere a la infracción cambiaria en los siguientes términos:

Artículo 2º. Infracción cambiaria. La infracción cambiaria es una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen cambiario vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico.

De las disposiciones señaladas se evidencia que ambas entidades definen la infracción cambiaria en términos generales de manera similar. Sin embargo, aunque se prevé que se trata de una contravención meramente administrativa, la regulación en competencia de la DIAN no solo establece que la finalidad de la sanción es el cumplimiento de tales disposiciones, sino también la protección del orden público económico⁴⁸.

En cuanto a las infracciones cambiarias en competencia de la DIAN, el Decreto 2245 de 2011 contempla que las multas podrán ser impuestas “a las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a éstas que infrinjan el régimen cambiario respecto de operaciones y obligaciones cuya vigilancia y control⁴⁹ sea de su competencia. Por otro lado, la estructura de la regulación sancionatoria consiste

47 Artículo 5 del Decreto 2116 de 1992 (diciembre 29 de 1992). Por medio del cual se suprime la Superintendencia de Cambios
48 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No. 1081. p.303 Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

49 Artículo 3, Decreto 2245 (junio 28 de 2011). Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administra-

en la descripción de la infracción, la consecuencia, es decir, la tasación de la misma y finalmente los casos en los cuales no se aplicaría sanción.

Bajo este orden de ideas, y haciendo referencia al capítulo de Bibiana Buitrago y Carolina Martínez, “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018” en las infracciones y las sanciones en materia cambiaria, el régimen sancionatorio de la Superintendencia de Sociedades se resume en lo siguiente: se impondrá una multa de hasta el 200% del valor de la infracción comprobada y esta se podrá disminuir hasta en un 70% en el caso de allanamiento; hay lugar a la imposición de la sanción por el no cumplimiento de la obligación o el cumplimiento extemporáneo de la misma; la Supersociedades también podrá proceder a ordenar al Banco de la República la cancelación del registro de la inversión si se comprueba que la operación de cambio realizada como inversión extranjera no cumple con los requisitos para ser calificada como tal⁵⁰; y el Decreto 1746 de 1991 permite que sea el ente de control quien gradúe la sanción según criterios propios.

Es importante tener presente que en el régimen sancionatorio cambiario existe una figura denominada “infracción continuada”. Al respecto, el artículo 5 del Decreto 2245 de 2011 establece que

(...) en los casos en que con varias acciones u omisiones se viole una misma norma cambiaria, así estas se ejecuten en momentos diferentes, el término de prescripción se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción. No se considerará como infracción continuada el incumplimiento de plazos o términos legales señalados por las normas constitutivas del régimen cambiario⁵¹.

Por otro lado, el artículo 6 del Decreto 1746 de 1991 señala lo siguiente en cuanto al término de caducidad no continuada:

ARTÍCULO 6o. *El término de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias será de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos.*

tivo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

50 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

51 Artículo 5. Decreto 2245 (junio 28 de 2011). Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 2011. n. 48114. pág. 2. [Consultado el 27 de junio de 2021]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1424757>

El anterior término se interrumpirá con la notificación del acto de formulación de cargos y correrá por un (1) año más a partir de dicha notificación. La vía gubernativa se regirá por las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

El término de prescripción de la sanción que imponga la Superintendencia de Cambios será de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la impuso.

En las infracciones continuadas, el término de caducidad de la acción se contará a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción.

Bajo esta tesis, el concepto de infracción cambiaria continuada abre la posibilidad a que la administración (tanto en competencia de la DIAN como de la Supersociedades) amplíe de forma artificial el término de caducidad de la acción sancionatoria cambiaria.

En cuanto a las diferencias del procedimiento administrativo, que si bien en el presente escrito sólo se profundizará sobre la infracción continuada, a continuación se presenta un cuadro comparativo, tomado del capítulo “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018” de Bibiana Buitrago y Carolina Martínez⁵²(que ha sido brevemente modificado), para mencionar someramente algunas salvedades pertinentes entre el procedimiento administrativo bajo competencia de la DIAN y la Supersociedades, y así, profundizar en el entendimiento del régimen.

52 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

Norma	Decreto 1746 de 1991	Decreto 2245 de 2011
Entidad competente	Superintendencia de Sociedades	DIAN
Régimen aplicable o remisión	Remisión expresa al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para el desarrollo de la actuación administrativa.	Procedimiento especial. En lo no previsto se aplica el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
Prescripción de la acción. Pese a que el Decreto 2245 de 2011 se refiere a la prescripción, técnicamente las acciones caducan, es una imprecisión de la norma	2 años a partir de la ocurrencia de los hechos. En las infracciones continuadas, se cuenta a partir del último acto constitutivo de la infracción.	5 años siguientes a la ocurrencia de los hechos. En las infracciones continuadas a partir del último hecho constitutivo de la infracción. La norma define qué es infracción continuada, excluyendo de este tipo el incumplimiento de plazos o términos del régimen cambiario.
Interrupción de la prescripción de la acción	Con la notificación del acto de formulación de cargos y por un año más a partir de esa notificación.	Con la notificación del acto de formulación de cargos, pero la resolución sancionatoria o de terminación de la investigación debe expedirse y notificarse dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del término para dar respuesta al pliego de cargos.
Caducidad de la sanción	3 años a partir de la ejecutoria del acto que impone la sanción.	5 años a partir de la ejecutoria de la resolución sanción.

<p>Acto de formulación decargos</p>	<p>Debe estar debidamente motivado. En él se formulan los cargos al presunto infractor.</p> <p>Acto de trámite. Es obligatorio que se profiera previo a la resolución sanción.</p> <p>Contra él no procede recurso alguno. Se pone a disposición del presunto infractor el expediente y entregando copia íntegra, auténtica y gratuita. Si hay varias sanciones por cada una se puede proferir un pliego decargos y la respectiva resolución sanción.</p>	<p>Debe estar debidamente motivado. En él se formulan los cargos al presunto infractor, indicando la identificación de este, relación de los hechos constitutivos de posibles infracciones cambiarias, las pruebas allegadas, normas que se consideren transgredidas, análisis de operaciones investigadas frente a normas aplicables y la liquidación en COP de las operaciones objeto de los cargos, debe señalarse la posibilidad de allanarse y pagar sanción reducida.</p> <p>Acto de trámite: Es obligatorio que se profiera previo a la resolución sanción. Contra él no procede recurso alguno. Se debe dar traslado por 15 días siguientes a la notificación pliego, poniendo a su disposición el expediente y entregando copia íntegra, auténtica y gratuita al presunto infractor. Si hay varias sanciones por cada una se puede proferir un pliego de cargos y la respectiva resolución sanción.</p>
--	---	--

Traslado del pliego de cargos	15 días (hábiles) a partir de sunotificación.	2 meses a partir del día siguiente a la notificación del pliego.
Pruebas	Solamente durante el traslado se puede solicitar la práctica de pruebas, aportarlas u objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos. El régimen probatorio es el contenido en el CPACA y en subsidio el CGP.	Solamente durante el traslado se puede solicitarla práctica de pruebas, aportarlas u objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos. El régimen probatorio es el contenido en el CPACA, el CGP y en el Estatuto Tributario.
Recurso contra la resolución sanción	Solamente procede el recurso de reposición dentro de 10 días siguientes a la notificación de la resolución sanción.	Solamente recurso de reconsideración, con 1 mes para interponerlo siguiente a la notificación de la resolución sanción. Debe interponerse a la División de Gestión Jurídica o la dependencia que haga sus veces. La DIAN tiene 7 meses para notificar la resolución que resuelve el recurso, contados a partir de la interposición en debida forma.
Silencio administrativo Positivo	N/E	Transcurridos los 7 meses sin notificación, el recurso se entiende fallado a favor del recurrente. Se declara de oficio o a petición de parte.

D. Críticas al régimen sancionatorio cambiario

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, a continuación se presenta un enfoque crítico del régimen sancionatorio en materia cambiaria. Para empezar, en el Decreto 1746 de 1991 las multas no cuentan

con los parámetros para su cuantificación, sino con un porcentaje máximo⁵³:

Artículo 3: Las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionadas con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada. [Negrilla fuera de texto].

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-564 de 2000 establece que la norma que contiene una sanción administrativa:

Debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición⁵⁴.

Sin embargo, este no es el caso en materia cambiaria, puesto que se está frente a un panorama sancionatorio incierto, donde las multas no cuentan con los parámetros para su cuantificación, sino con un porcentaje máximo⁵⁵. En el presente caso se evidencia que no existen pautas de dosificación para las sanciones y se ve vulnerado el principio de legalidad, que “le impone al legislador la obligación de definir, clara y unívocamente las sanciones que corresponden a cada una de las clases de infracciones, así como a los criterios para la graduación de su quantum en cada caso concreto”⁵⁶. A pesar de esto, la Corte Constitucional en la Sentencia a la que se hace referencia anteriormente, concluye que la referencia al tope máximo que puede alcanzar la multa es garantía suficiente del principio de legalidad⁵⁷.

Asimismo, el régimen cambiario no solo presenta una problemática en cuanto a la cuantificación de la sanción, sino, también, en la tipicidad de esta. La razón de lo anterior es porque la tipicidad en el régimen cambiario sancionatorio es indeterminada aun cuando la jurisprudencia ha establecido que la “tipificación de la sanción administrativa [también] resulta indispensable como garantía del principio de legalidad”⁵⁸. En efecto, el Decreto 1746 de 1991 establece lo siguiente:

53 O en algunos casos del Decreto 2245 de 2011, con un valor máximo de UVT.

54 Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

55 O en algunos casos un valor máximo de UVT.

56 Concepto del Procurador General de la Nación. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

57 “Así, la exigencia de tasar la multa con fundamento en las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción y el máximo que ésta puede tener, garantizan que la sanción que se imponga, sea proporcional y razonable, presupuestos estos que hacen a la sanción que contempla el artículo 3 del decreto 1746 de 1991, acorde con el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, y así habrá de decretarlo esta Corporación”. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

58 *Ibidem*.

Artículo 3. *Las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionadas con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada (...). [Negrilla fuera del texto*

Por consiguiente, a pesar de que la Resolución 8 de 2001 y la Circular DCIN 83 desarrollan las conductas y obligaciones que se deben cumplir por parte de las personas naturales y jurídicas sometidas al régimen cambiario, “no determina[n] con claridad cuáles son las contravenciones o incumplimientos generadoras de infracción”⁵⁹. Aun así, la Corte Constitucional en la Sentencia C-564 de 2000 establece que

La generalización que empleó el legislador extraordinario para regular el tema relativo a las infracciones cambiarias, al utilizar la fórmula según la cual “[el] que infrinja el régimen de cambios”, sin señalar en qué consisten estas violaciones, por sí misma no puede considerarse contraria al principio de legalidad, específicamente en cuanto a la precisión en la descripción del hecho que genera la sanción, por cuanto si bien en la misma norma en que se establece la sanción, no se señala concretamente la conducta objeto de ésta, puede remitirse a otras en las se puedan describir estas conductas o hechos, preceptos que se convierten, entonces, en el fundamento de la sanción y que permiten determinar su contenido⁶⁰.

Bajo este orden de ideas, a pesar de que la Corte Constitucional haya establecido que el régimen sancionatorio en materia cambiaria no vulnera el principio de legalidad⁶¹, resulta debatible dicha conclusión. Cabe mencionar que el Decreto 2245 de 2011 fue más diligente al momento de establecer las multas correspondientes por cada infracción cambiaria.

En cuestión se extiende a tipificar las infracciones cambiarias. Sin embargo, el Decreto también presenta una indeterminación relevante que puede dar lugar a un alto grado de arbitrariedad, y es el caso de la sanción residual en el artículo 33 que establece que:

Por las demás infracciones no contempladas en los numerales anteriores, derivadas de la violación de las normas que conforman el régimen cambiario y que se refieran a operaciones u obligaciones cuyo control y vigilancia sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se im-

59 Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>

60 Op.cit.

61 Si bien la Sentencia en cuestión solo analiza la constitucionalidad del Decreto 1746 de 1991, se concluye de igual forma dicha argumentación de la Corte es aplicable al Decreto 2245 de 2011 puesto que ambas normas tienen críticas similares solo que una aplica para competencia de la Supersociedades y la otra para competencia de la DIAN.

pondrá una multa equivalente a cien (100) Unidades de Valor Tributario (UVT) por cada operación u obligación incumplida⁶².

De esta forma, los funcionarios de la DIAN tienen un poder punitivo amplio para encajar conductas que no están debidamente tipificadas y sancionarlas mediante la aplicación de este artículo.

En tercer lugar, el Decreto 2245 de 2011 en el artículo 25 y el Decreto 1746 de 1991 en el artículo 32 establece que el régimen de responsabilidad en materia cambiaria es objetivo.

Artículo 25. Valoración probatoria. Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme con las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria y la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente (...).

Artículo 32. Responsabilidad objetiva. En todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen cambiario, así como la que se desprenda de los eventos previstos por el numeral 32 del artículo 3° del presente decreto, es objetiva.

Lo anterior, implica que se está frente a una excepción del modelo predominante de responsabilidad, que es la subjetiva⁶³. Dicho esto, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, sumado al panorama presentado anteriormente (la incertidumbre frente a las sanciones e infracciones y el alto monto de las sanciones), se evidencia que hay cabida a un alto grado de arbitrariedad por parte de los funcionarios del régimen sancionatorio en materia cambiaria. Aún más, teniendo en cuenta la sentencia C-599 de 1992, donde la Corte Constitucional estableció que a pesar de que se está frente a un sistema sancionador este no se asimila al régimen penal ordinario, puesto que existen diferencias de contenido y finalidad. De manera que, “no obligan en ningún modo ni al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro (...)”⁶⁴. En otras palabras, ni la presunción de inocencia, ni los demás principios del régimen penal pueden ser aplicados en el régimen cambiario sancionatorio y, por ende, la aplicación de las sanciones administrativas se encuentra limitada por las garantías del debido proceso.

Adicionalmente, una de las garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, el cual es entendido por la Corte Constitucional como:

62 Artículo 33. Decreto 2245 (junio 28 de 2011). Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

63 Donde “el principio general para que una persona sea responsable (...) es la necesidad de probar que actuó de manera inadecuada o incorrecta (actuó mal, no actuó o actuó tardíamente)”. Arenas, Hugo., “El Régimen de Responsabilidad Objetiva”. En: Legis Editorial S.A. 2017, p.4. ISBN E-BOOK: 978-958-767-572-6.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-599. Expediente D-2642 (10 de diciembre de 1992). M.P. Fabio Morón Díaz.

“El empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos (...) a la igualdad ante la ley procesal [y] a la buena fe [entre otros]”⁶⁵.

No obstante, en un régimen de responsabilidad objetiva, no se parte de la buena fe del investigado y “se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable, como son la intencionalidad, la culpabilidad e incluso la imputabilidad”⁶⁶. Bajo esta tesis, resulta preocupante que, en un régimen sancionatorio que no está debidamente tipificado y que otorga un alto grado de discrecionalidad por parte de la administración, se parta de una responsabilidad objetiva que no garantiza la buena fe del investigado y las garantías que supone el debido proceso.

Por otro lado, el Decreto 2245 de 2011 y el Decreto 1746 de 1991 también presentan una indeterminación relevante que puede dar lugar a un alto grado de arbitrariedad. Este es el caso de la infracción continuada que le otorga a los funcionarios un poder punitivo amplio para ampliar de forma artificial el término de caducidad de la acción sancionatoria cambiaria; potestad que contraría el derecho al debido proceso y la garantía que implica la caducidad en la seguridad jurídica⁶⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el régimen sancionatorio cambiario permite un alto grado de arbitrariedad por parte de los funcionarios. Razón por la cual, los investigados y los sancionados por infracciones cambiarias pueden estar en un estado de indefensión⁶⁸ frente al poder punitivo del Estado. Para empezar, no solo se hablan de multas del 200% del monto de una infracción cambiaria comprobada (en competencia de la Super Sociedades) y multas del 100% del valor del depósito correspondiente, del valor de las operaciones canalizadas en el mes auditado, del valor de las operaciones de compra y venta realizadas, entre otros (en competencia de la DIAN), también, al regular el régimen cambiario, todas las transacciones que implican un pago o transferencia de divisas o títulos representativos de las mismas con el exterior⁶⁹, el régimen sancionatorio cambiario condena

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Buitrago, Bibiana y Martínez, Carolina., *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2019. No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>.

⁶⁸ “El Estado de indefensión acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, sea éste persona jurídica o su representante, se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental” Corte Constitucional. Sentencia T-254. Expediente T-10505 (30 de junio de 1993). M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁹ DIAN, “¿Qué es el régimen cambiario?”, [https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Paginas/ControlCambiario.aspx#:~:text=Los%20cambios%20internacionales%20se%20pueden,t%C3%ADtulos%20representativos%20de%20las%20mismas](https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Paginas/ControlCambiario.aspx#:~:text=Los%20cambios%20internacionales%20se%20pueden,t%C3%ADtulos%20representativos%20de%20las%20mismas.).

operaciones de gran sustancia económica⁷⁰. Es por esto, que el régimen sancionatorio cambiario, al condenar operaciones de esta naturaleza, ocasiona un considerable impacto en la economía del país.

También es importante señalar que en 2017 las infracciones cambiarias incrementaron en un 74% y el valor de las infracciones por violación al régimen cambiario incrementaron de 16.816.842.321 en el 2016 a 103.552.945.200 en el 2017⁷¹. La situación presentada lleva a la pregunta: ¿será que incrementaron las infracciones o en realidad lo que incrementó fueron las sanciones impuestas por parte de los funcionarios?

Pero, entonces, ¿cuál es el verdadero problema de este alto grado de arbitrariedad? Para empezar, los investigadores del régimen sancionatorio en materia cambiaria se encuentran en un estado deficiente frente a las garantías constitucionales otorgadas por el sistema jurídico. Lo anterior, a razón de que no hay una claridad al momento de determinar los criterios de la sanción. Esto implica que se le puede estar vulnerando el debido proceso a los investigados puesto que no se cumplen las condiciones necesarias para asegurar una adecuada defensa⁷² si se desconoce la razonabilidad detrás de la sanción.

De igual forma, también se puede estar vulnerando el debido proceso, porque al existir una amplia discrecionalidad⁷³ es casi imposible asegurar la independencia e imparcialidad⁷⁴ del funcionario. En segundo lugar, el régimen de responsabilidad sancionatorio en materia cambiaria es objetivo de modo que se vulnera la garantía plena del debido proceso y la buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, porque se parte de la culpabilidad del investigado por el simple hecho de cometer la conducta “tipificada” como infracción.

Para terminar, a pesar de la zozobra generada por el panorama previamente expuesto, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional establece que el régimen sancionatorio cambiario no vulnera el debido proceso ni el principio de legalidad. Incluso, establece esta Corporación que:

70 A manera de ejemplo, en diciembre de 2021 las ventas externas de Colombia incluyendo petróleo y sus derivados fueron de US\$4.381,3 millones FOB. Cámara de Comercio de Bogotá. “Informe de exportaciones”. DANE. 31 de Enero de 2021, <https://www.ccb.org.co/observatorio/Analisis-Economico/Analisis-Economico/Crecimiento-economico/Informe-de-exportaciones>

71 Secretaria, G. D., “Histórico Infracciones Cambiarias 2015-2017”. Colombia: Bogotá D.C., 31 de julio de 2018. En Gordillo, Juan Camilo., “Diseño de una cartilla del régimen sancionatorio y procedimiento administrativo en materia cambiaria, establecido en el decreto ley 2245 de 2011”. Universidad cooperativa de Colombia, Facultad de ciencias económicas y administrativas. 2018.

72 En la Sentencia C-341/14, la Corte Constitucional estableció que hace parte de las garantías del debido proceso los medios adecuados para la preparación de la defensa. Por lo tanto, no es posible contar con una adecuada defensa si se desconocen los criterios de la sanción -y mucho menos la razonabilidad y la proporcionalidad detrás de la misma-. Corte Constitucional. Sentencia C-341. Expediente D-9145 (4 de junio de 2014). M.P. Mauricio Gonzales Cuervo [en línea]. Santa Fé de Bogotá, D.C.: La Corte, 2014. [Consultado el 12 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

73 Al momento de establecer si la conducta configura una infracción cambiaria en virtud de la sanción residual del artículo 33 del Decreto 2245 de 2011 y al momento de establecer una sanción en virtud del artículo 3 del Decreto 1746 de 1991

74 Según la Sentencia C-341 de 2014: “La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (...) (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”. *Ibidem*.

“si bien en la misma norma en que se establece la sanción, no se señala concretamente la conducta objeto de ésta, puede remitirse a otras en las se puedan describir estas conductas o hechos, preceptos que se convierten, entonces, en el fundamento de la sanción y que permiten determinar su contenido”⁷⁵.

En cuanto al régimen de responsabilidad objetiva, esta Corporación también ha señalado:

“que el régimen de cambios es una manifestación del Derecho Administrativo y de las funciones de policía económica que le corresponden por principio al Estado Moderno, y que en nuestro sistema constitucional ha quedado contraído a dicho ámbito, sin extenderse a las regulaciones de orden penal, como lo entiende equivocadamente el actor”.

Lo anterior resulta preocupante, porque a pesar de que la Corte Constitucional justifique la excepcionalidad del régimen objetivo con base a la importancia del orden económico, el sistema penal también protege el orden social y económico y predomina un régimen de responsabilidad subjetivo.

III. Seguridad jurídica

Ahora bien, para los fines del presente escrito es pertinente resaltar dos de las garantías que forman parte del debido proceso para examinarlas a profundidad. Por un lado, está el derecho a la defensa el cual es entendido por la Corte Constitucional como:

“El empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos (...) a la igualdad ante la ley procesal [y] a la buena fe [entre otros]”⁷⁶.

Por otro lado, está el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario. Este derecho implica que los jueces y los funcionarios “deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias

⁷⁵ Op.cit.

⁷⁶ Ibidem.

ilícitas”⁷⁷. De lo anterior se destacan dos ideas:

En primer lugar, el régimen sancionatorio cambiario difícilmente permite que el administrador conozca si la sanción impuesta es proporcional. Al menos, antes de que se dicte el fallo. Lo anterior, debido a que el Decreto 1746 de 1991 no establece los criterios para la cuantificación de la sanción. De modo que queda a discreción del funcionario establecer la sanción correspondiente. Por consiguiente, se vulnera el debido proceso, puesto que no es posible contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa en dicho proceso.

Por otro lado, la figura de infracción continuada genera que el obligado al régimen cambiario carezca de igualdad ante la ley procesal debido a que los funcionarios podrán ampliar el término de caducidad de la acción cambiaria y a diferencia de los demás procesos que consagra el ordenamiento jurídico, esta figura es única dentro del procedimiento administrativo cambiario. Por lo tanto, es completamente contraria al debido proceso. Asimismo, al ser un régimen de responsabilidad objetiva también se ve vulnerado el debido proceso al desconocer la buena fe de los investigados.

En segundo lugar, el artículo 3 del Decreto 1746 de 1991 establece que, conforme a las condiciones objetivas del caso, el funcionario podrá graduar la sanción⁷⁸. Ahora bien, bajo el entendido de que el debido proceso consagra también la imparcialidad del juez, (o en este caso el funcionario) resulta casi imposible poder conocer si el funcionario está actuando de manera imparcial, debido al alto grado de discrecionalidad que se le otorga. Asimismo, el funcionario podrá graduar la sanción en virtud de sus criterios propios de razonabilidad y proporcionalidad. De manera que, no es posible para el investigado contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa en el proceso.

De hecho, la Corte Constitucional ha establecido que:

“El debido proceso exige que el procedimiento sancionatorio que ejerza la administración pública se realice respetando las garantías del debido proceso administrativo, obligando a que las sanciones y sus efectos jurídicos solo serán válidas y eficaces cuando la imposición de la medida sancionatoria esté antecedida de un proceso justo con plenitud de garantías”⁷⁹.

En este sentido, señala la Corte que:

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Presidente de la República. Decreto 2245 (junio 28 de 2011). Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-412. Expediente D-10485 (01 de julio de 2015). M.P. Alberto Rojas Ríos.

“el debido proceso tiene como propósito sujetar las actuaciones administrativas ‘a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados’, al no permitir que ninguna decisión administrativa dependa del propio arbitrio de la entidad administrativa que la tome, sino que la decisión dependa de los procedimientos señalados por la ley”⁸⁰.

Es por esto, que como desarrollo del principio de legalidad se desprende el principio de tipicidad o taxatividad y para dar cabal cumplimiento a este principio la norma sancionatoria deberá reunir los siguientes elementos:

(i) La conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley; (iii) exista correlación entre la conducta y la sanción⁸¹; [(iv) el texto de la norma sea precisa], esto es, que incluya los elementos esenciales del tipo como son la descripción de la conducta, la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer concreto el castigo,⁸² ya que sólo de esta manera se llega a restringir razonablemente el poder discrecional de la autoridad que detenta el poder sancionador [y (v) el ius puniendi del Estado sea reglado y sometido a los controles necesarios, es precisamente uno de los objetivos que persigue el Estado de Derecho, en cuanto representa la forma de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías de los potenciales encartados, erradicando así la arbitrariedad y el autoritarismo⁸³.

De lo anterior, se concluye que el Decreto 1746 de 1991 no establece con claridad los criterios de proporcionalidad que debe tener en cuenta el juzgador al momento de graduar la sanción, y a pesar de que el Decreto 2245 de 2011 fue más diligente al momento de establecer la sanción correspondiente para cada infracción cambiaria, igualmente se vulnera el debido proceso del investigado, cuando en virtud de la competencia residual otorgada a la DIAN es investigado por infracciones que no están debidamente tipificadas. Por lo tanto, a los investigados y a los obligados al régimen cambiario se les vulnera el derecho al debido proceso y las garantías concomitantes a este derecho.

En cuanto a la relación entre el debido proceso y la seguridad jurídica, se evidencia que el régimen sancionatorio cambiario vulnera el debido proceso y esto a su vez genera una inseguridad jurídica. La

80 Corte Constitucional. Sentencia C-496. Expediente D-8984 (05 de agosto de 2012). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
81 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713. Expediente D-10451 (12 de septiembre de 2012). M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

82 Corte Constitucional. Sentencia C-843. Expediente D-2348 (27 de octubre de 1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero.
83 Corte Constitucional. Sentencia C-796. Expediente D-4997 (24 de agosto de 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-506 de 2002 citada en la Sentencia C-491 de 2016 establece que “el debido proceso administrativo busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

Ahora bien, bajo este entendido se evidencia que el debido proceso no solo busca un buen funcionamiento de la administración y la validez de sus actuaciones, sino, también, resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados. Por lo tanto, si no se protege el debido proceso de los obligados al régimen sancionatorio cambiario, no se está resguardando el derecho a la seguridad jurídica. Lo anterior, implica el siguiente orden lógico: 1) el régimen sancionatorio cambiario vulnera el debido proceso; y 2) dado que el debido proceso garantiza el derecho a la seguridad jurídica, el régimen sancionatorio cambiario también vulnera la seguridad jurídica. Por lo expuesto previamente, ahora es pertinente el análisis que determina el posible impacto de la falta de seguridad jurídica (del régimen sancionatorio cambiario) en el crecimiento económico del país.

IV. Seguridad jurídica y crecimiento económico

En teoría económica, el crecimiento económico debe ser uno de los fines fundamentales hacia los que la política debe apuntar. La relación entre el derecho y la economía se evidencia desde el Código de Hammurabi (1700 a. C), que determinaba reglas en materia de salarios e intereses, y el Código de Shulgi (2000 a. C), que señalaba que la idea de restablecimiento de la justicia llevaba implícitos cambios en la situación económica⁸⁴. Según Alarcón, esta innegable influencia ha evolucionado a lo largo de la historia y ha sido un punto clave de análisis para múltiples economistas y juristas para construir una metodología de estudio⁸⁵. Esta metodología denominada el análisis económico del derecho ha cobrado gran relevancia y con ella

Se han logrado varios premios Nobel de economía; así, James Buchanan en 1986 (bases contractuales constitucionales aplicables a la adopción de decisiones políticas y económicas); Ronald Coase en 1991 (análisis de los costos de transacción y la asignación de los derechos de propiedad); (...) y Oliver Hart y Bengt Holmström en 2016 (análisis de contratos) entre otros⁸⁶.

Bajo este orden de ideas, el análisis económico del derecho surge de una relación intrínseca entre dos de las ciencias sociales más importantes en una sociedad y, por lo tanto, es de suma relevancia estudiar el posible impacto que tiene el régimen estudiado en la economía del país. Ahora bien, en el presente

84 Arjona y Rubio (2002) en Alarcón, Andrea. “Análisis Económico Del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos”. Universidad Católica. p. 140. Recuperado de: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo_Cap06.pdf

85 *Ibidem*.

86 *Ibidem*., p. 141.

escrito, no se busca probar una correlación directa entre la falta de seguridad jurídica del régimen sancionatorio cambiario y su impacto en la economía del país, en su lugar, se propone una línea de estudio de suma relevancia para abordar dicho impacto.

Para empezar, en el texto de María Fernanda Restrepo: “Evolución del régimen cambiario colombiano: análisis comparativo de las principales modificaciones en materia sancionatoria del Decreto 1074 de 1999 y del Decreto 2045 de 2011”, la autora realiza una comparación entre ambos decretos y concluye, entre otros aspectos, que el Decreto 2245 de 2011 es más flexible que el anterior. Ahora bien, según el estudio realizado, Restrepo encontró que “durante el año 2010 y el I semestre de 2011 se recaudaron \$11.419.074.954 millones de pesos” (tiempo en el que estuvo vigente el Decreto 1074 de 1999). Por otro lado, para el II semestre de 2011 y el año 2012 (el primer año y medio de vigencia del Decreto 2245 de 2011) se obtuvo un recaudo de \$2.501.476.364 millones de pesos⁸⁷. De manera que, la autora encontró una relación entre la flexibilización del régimen y el recaudo por la DIAN: “En efecto, se hace evidente una reducción considerable de los montos recaudados por la DIAN en dos lapsos de tiempo iguales. Esto se debe a las modificaciones hechas por el Decreto 2245 de 2011 donde gran parte de las sanciones se reducen de 200% a 100%”.

Frente al estudio antes mencionado, es pertinente resaltar como crítica, que de igual forma, el objetivo de un régimen no debe ser el recaudo. Si este fuera el objetivo, se encontrarían sanciones de hasta un 500%. De hecho, en base a lo expuesto en el Capítulo II del presente escrito, “El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario⁸⁸. Asimismo, el artículo 2 de la Ley 9ª de 1991 (Ley General de Cambios) también establece que las regulaciones que se expidan en desarrollo de la presente ley deberán tener como objetivo:

- a) *Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos.*
- b) *Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones. (...)*
- c) *Estimular la inversión de capitales del exterior en el país. (...).*

Todo lo anterior, “con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, orientadores de las actuaciones administrativas⁸⁹. Bajo este orden de ideas, el Gobierno Nacional debe basarse en dichos principios y objetivos para regular los cambios internacio-

87 Restrepo, María Fernanda. Evolución del régimen cambiario colombiano: análisis comparativo de las principales modificaciones en materia sancionatoria del Decreto 1074 de 1999 y del Decreto 2045 de 2011. Informe académico final de prácticas y pasantías para optar por el título de Profesional en Negocios y Relaciones Internacionales. Universidad de la Salle, 2017. p.28. Disponible en: https://ciencia.lasalle.edu.co/negocios_relaciones/71

88 Artículo 2 de la Ley 9 (enero 17 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias.”

89 *Ibidem*.

nales. Es por esto, que para poder promover el desarrollo económico, las exportaciones, el comercio exterior, las transacciones en el mercado de cambios internacionales y propiciar la internacionalización de la economía, es pertinente estudiar los efectos económicos de contar con una regulación de cambios internacionales cuya idiosincrasia es la de un régimen con normativa dispersa, estricta y que difícilmente garantiza el debido proceso y la seguridad jurídica.

Ahora bien, hay que tener presente que con la flexibilización de las sanciones se reduce el costo que asume la persona natural o jurídica en un mercado. Bajo este supuesto de hecho, el valor esperado del costo (del obligado al régimen cambiario) es la probabilidad de la sanción por incurrir en el mercado de cambios internacionales. De esta forma, la flexibilización de la sanción afecta la función de costos que determina la función de oferta del mercado. Razón por la cual, al reducir las sanciones, se reduce el valor esperado de la sanción, se reducen los costos y esto genera un posible incentivo para transar en el mercado.

Adicionalmente, al analizar el *Doing Business Index*, que es un indicador publicado por el Banco Mundial para estudiar la facilidad de hacer negocios en un país, se evidencia que en el período de flexibilización hubo un incremento de este indicador en el país⁹⁷. A mayor detalle, el *Doing Business Index* proporciona una medición cuantitativa de las regulaciones sobre apertura de empresa, comercio transfronterizo, protección de inversores, entre otros.

En el caso de la regulación de comercio transfronterizo, el *Doing Business Index* mide el tiempo y el costo asociado con la exportación e importaciones de bienes y el número de los documentos necesarios para completar la transacción⁹⁸. De manera que, al ser uno de los costos asumidos la probabilidad de sanción, con una reducción de este costo, la medición del indicador en el caso del comercio transfronterizo incrementa.

En efecto, el *Doing Business Index* en Colombia en el año 2010 fue de 65,70 y en el año 2012 fue de 69,03⁹¹. Esto significa que, en el transcurso de dos años, con la reducción de la cuantía de las sanciones para operaciones de cambios internacionales, el indicador subió en una escala 3,33 puntos (de manera general). De modo que, de probarse una relación directa entre la flexibilización de las sanciones y el incremento de transacciones en el mercado de cambios internacionales, sería posible concluir que al estar frente a un poder punitivo menos radical, se incentiva la realización de operaciones de cambio y, por ende, se promueve la participación en dicho mercado al no existir el miedo latente de una sanción drásticamente alta.

Por otro lado, más allá del carácter estricto del régimen sancionatorio cambiario, se evidencia la carencia de garantías judiciales para la protección del debido proceso y la seguridad jurídica. En relación a

90 Doing Business Organization. Annual Report- About Doing Business. 2019. Disponible en: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB19-Chapters/DB19-About-Doing-Business.pdf>

91 Colombia-Doing Business. En Country Economy, página web. Disponible en: <https://countryeconomy.com/business/doing-business/colombia>

este argumento, el escrito *What Is The Effect Of U.S.-led Sanctions On A Target Nation's Foreign Currency Exchange Rate?* Matthew U. Smith encontró que las sanciones están asociadas con un impacto positivo desde el punto de vista estadístico en los tipos de cambio a largo plazo, cuando se controlan diversas variables económicas y de guerra⁹². Según el autor, esto está sustentado por el hecho de que es probable que los inversores, los especuladores de divisas y los socios comerciales dejen de invertir en un país donde existe incertidumbre económica.

Ahora bien, un análisis más profundo sobre el estudio antes mencionado evidencia que posiblemente el verdadero impacto de las sanciones en el estudio realizado por Smith es que estas generan mayor seguridad jurídica y, por ende, no se está frente a una incertidumbre económica. Dicho esto, a pesar de que este estudio no midió en ningún momento el desarrollo económico, sino el impacto positivo que tienen las sanciones en los tipos de cambio, este nuevo panorama lleva al siguiente razonamiento: si los inversores, los especuladores de divisas y los socios comerciales dejen de invertir en un país donde existe incertidumbre económica, ¿de qué forma la seguridad jurídica del régimen sancionatorio cambiario influye en el desarrollo económico de un país?

La pregunta anterior es de suma relevancia, porque si se estudia el régimen sancionatorio cambiario en Colombia se está frente a un panorama distinto, puesto que en Colombia las sanciones generan de por sí una falta de seguridad jurídica, pues no están debidamente tipificadas y no otorgan una garantía plena al debido proceso. En otras palabras, a pesar de que el estudio de Smith encontró que las sanciones tienen un impacto positivo en los tipos de cambio, este impacto positivo se debe a una mayor seguridad jurídica. Este no es el caso para Colombia, porque, como se mencionó anteriormente, la idiosincrasia propia del régimen sancionatorio cambiario implica una inseguridad jurídica que, al contrario, puede desincentivar la inversión.

Ahora, es pertinente hacer una breve salvedad sobre el crecimiento económico. Para empezar, el crecimiento económico se define por el PIB. El PIB está compuesto por las siguientes variables: 1) consumo personal; 2) inversión privada; 3) consumo gubernamental; 4) exportaciones; 5) importaciones; y 6) exportaciones netas. De tal forma que el PIB = consumo personal + inversión privada + consumo gubernamental + (exportaciones - importaciones)⁹³. Esto significa que, para poder hablar sobre el impacto del régimen sancionatorio cambiario en el crecimiento económico, es necesario estudiar el impacto que este tiene en alguna de estas variables.

En efecto, según Cárdenas, et al. en los Efectos de la política cambiaria sobre el crecimiento económico, en un periodo de flexibilidad controlada 2000-2016, “las exportaciones es la variable que mayor

92 Smith, Mathew. “What Is The Effect Of U.S.-led Sanctions On A Target Nation's Foreign Currency Exchange Rate?” A thesis submitted to the faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Public Policy in Public Policy. p. 32. Washington, DC. Abril 19, 2013.

93 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Producto interno Bruto*. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/faqs/faq_pib.pdf

volatilidad tiene sobre el PIB⁹⁴, es decir que los cambios en las exportaciones son los que más influyen sobre el crecimiento económico. De esta forma, un régimen cambiario que genere seguridad jurídica a su vez implica un impacto positivo en las exportaciones del país, dado que la seguridad jurídica puede incentivar la realización de operaciones de cambio internacionales (entre ellas las exportaciones). Por ende, al estar frente a un régimen sancionatorio cambiario que no genere seguridad jurídica, se puede estar viendo afectado el crecimiento económico del país.

V. Conclusión

En síntesis, el régimen sancionatorio cambiario en Colombia ha sido objeto de varias demandas de inconstitucionalidad, en las cuales se alega la vulneración del debido proceso y el principio de legalidad (entre otros). Frente a esto, la Corte Constitucional ha establecido un precedente jurisprudencial encaminado a la determinación de que en el régimen sancionatorio cambiario existe una “tipificación indirecta” y que, al no ser comparable con el régimen penal ordinario, no se vulnera el debido proceso ni el principio de legalidad. Sin embargo, en el presente escrito se desarrollaron los argumentos sobre por qué el *ius puniendi* del Estado no está debidamente regulado en el régimen sancionatorio cambiario. De manera que, no se está garantizando la plena vigencia de los derechos y garantías perseguidos por el Estado de Derecho.

En efecto, la institución jurídica de la infracción continuada le otorga a los funcionarios un poder punitivo amplio, para extender de forma artificial el término de caducidad de la acción sancionatoria cambiaria; potestad que vulnera el debido proceso. Por otro lado, el artículo 3 del Decreto 1746 de 1991 establece que quienes infrinjan el régimen cambiario serán sancionados con la imposición de una multa de hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada y, conforme a las condiciones objetivas del caso, el funcionario podrá graduar la sanción. Por su parte, el artículo 33 del Decreto 2245 de 2011 le otorga a la DIAN una competencia residual para encajar infracciones que no han sido contempladas. De esta forma, los funcionarios tanto de la DIAN como de la Supersociedades cuentan con un poder punitivo amplio para encajar conductas que no están debidamente tipificadas como infracción y sancionarlas arbitrariamente basándose en sus criterios propios. Además, al otorgarle la potestad al funcionario de graduar la sanción conforme a las condiciones objetivas del caso, se avala un alto grado de discrecionalidad que vulnera en toda su esencia las garantías plenas del debido proceso.

En otras palabras, en el régimen sancionatorio cambiario el juzgador no cuenta con los criterios de proporcionalidad que debe tener en cuenta al imponer en concreto la sanción y en vez de restringir razonablemente el poder discrecional de la autoridad que detenta el poder sancionador, el régimen

94 Cárdenas, Cristian., Cortés, Bryan & González, Santiago. (2018). Efectos de la política cambiaria sobre el crecimiento económico, en un periodo de flexibilidad controlada 2000-2016. Monografía presentada para obtener el título de Economista. Universidad de la Salle, 2018, p.54. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/553>

sancionatorio cambiario avala un alto grado de arbitrariedad.

Asimismo, el régimen sancionatorio cambiario es un régimen de responsabilidad objetivo. Esta es una excepción al modelo predominante de responsabilidad, que es la subjetiva. Dicha excepción es justificada por la Corte Constitucional con base a la importancia del orden económico y la diferencia que existe entre el régimen penal ordinario y el régimen sancionatorio cambiario. No obstante, el sistema penal también protege el orden social y económico y predomina en él un régimen de responsabilidad subjetivo. Lo anterior, resulta preocupante al estudiarse de manera concomitante al panorama previamente expuesto, dado que, no se parte de la buena fe del investigado y, por ende, la aplicación de las sanciones administrativas en el régimen cambiario se encuentran limitadas por las garantías del debido proceso; garantías que incluso están siendo vulneradas por el mismo régimen.

Bajo este orden de ideas, el régimen sancionatorio cambiario vulnera el debido proceso de los investigados; y, al desconocer este régimen las garantías plenas del debido proceso, se desconoce el derecho a la seguridad jurídica. Lo anterior, debido a que el debido proceso administrativo busca no solo asegurar el ordenado funcionamiento de la administración sino también resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Ahora bien, la falta de seguridad jurídica avalada por el régimen sancionatorio cambiario podría estar dando lugar a una incertidumbre económica en el mercado colombiano de cambios internacionales. En especial, porque en el mercado de cambios internacionales, la seguridad jurídica es un factor que genera incentivos económicos. Asimismo, al regular el régimen cambiario todas las transacciones que implican un pago o transferencia de divisas o títulos representativos de las mismas con el exterior, el régimen sancionatorio cambiario no solo condena operaciones de gran sustancia económica, sino que a su vez, genera un significativo impacto en la economía del país.

Para terminar, las conclusiones que aporta la presente investigación se centran principalmente en que el régimen sancionatorio cambiario (bajo competencia de la Supersociedades y la DIAN) vulnera las garantías plenas del debido proceso y el derecho a la seguridad jurídica. Por lo tanto, a pesar de que se estableció un panorama amplio para conocer y comprender los principales problemas relacionados al régimen sancionatorio en materia cambiaria en Colombia y los posibles efectos económicos de esta coyuntura, es de suma relevancia un futuro estudio que aborde a cabalidad las implicaciones jurídicas y económicas de esta situación.

Bibliografía

Normatividad

Ley 7 (enero 16 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.” [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 1991. n. 39631. [Consultado el 27 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67199>

Ley 9 (enero 17 de 1991). “Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias.” [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 1991. n. 39634. [Consultado el 28 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/LEY09DE1991CONHIPERV INCULOS-1.pdf>

Presidente de Colombia. Decreto 1746 (julio

04 de 1991). Por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 1991. n. 39889. [Consultado el 27 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1343393>

Presidente de Colombia. Decreto 2116

(diciembre 29 de 1992). Por medio del cual se suprime la Superintendencia de Cambios [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 1992. n. 40703. [Consultado el 27 de julio de 2021]. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1343393>

Presidente de Colombia. Decreto 4327

(noviembre 26 de 2005). Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 2005. n. 46104. [Consultado el 27 de julio de 2021]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4327_2005.html

Presidente de Colombia. Decreto 2245 (junio

28 de 2011). Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Adminis-

trativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario oficial: 2011. n. 48114. pág.

2. [Consultado el 27 de junio de 2021]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1424757>

Presidente de Colombia. Decreto 1736

(diciembre 22 de 2020). *Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades*. [en línea]. Santa Fe de Bogotá, D.C [Consultado el 2 de mayo de 2022]. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/compendio-res-ext-1-de-2018.pdf>

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia n. 23039. (9 de mayo del 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-564. Expediente D-2642 (17 de mayo del 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sentencia C-599. Expediente D-2642 (10 de diciembre de 1992). M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-491. Expediente D-11249 (14 de septiembre de 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-341. Expediente D-9145 (4 de junio de 2014). M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia T-254. Expediente T-10505 (30 de junio de 1993). M.P. Antonio Barera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-412. Expediente D-10485 (01 de julio de 2015). M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia C-496. Expediente D-8984 (05 de agosto de 2012). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-713. Expediente D-10451 (12 de septiembre de 2012). M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-843. Expediente D-2348 (27 de octubre de 1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-796. Expediente D-4997 (24 de agosto de 2004). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Doctrina

- Arjona Y Rubio en Alarcón, Andrea. (2002) “Análisis Económico Del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos”. Universidad Católica. p.140. Recuperadode: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo_Capo6.pdf
- Arenas, Hugo., (2017), “El Régimen de Responsabilidad Objetiva”. En: Legis EditorialS.A. p.4. ISBN EBOOK: 978-958-767-572-6.
- Buitrago, Bibiana y MARTÍNEZ, Carolina., (2019). *Las infracciones y las sanciones en materia cambiaria*. Capítulo en: “Análisis crítico del sistema sancionador tributario en Colombia actualizado con la ley 1943 de 2018”. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, No.1081. Disponible en: <https://jhrcorp.co/wp-content/uploads/2019/04/Articulo-Infracciones-y-Sanciones-Bibiana-Buitrago-y-Carolina-Martinez.pdf>
- Cárdenas, Cristian., Cortés, Bryan & Gonzalez, Santiago. (2018). Efectos de la política cambiaria sobre el crecimiento económico, en un periodo de flexibilidad controlada 2000-2016. Monografía presentada para obtener el título de Economista. Universidad de la Salle, 2018. Disponible en: <https://ciencia.lasalle.edu.co/economia/553>
- Cámara de Comercio de Bogotá. “Informe de exportaciones”. (2021), DANE. 31 de Enero, Disponible en: <https://www.ccb.org.co/observatorio/Analisis-Economico/Analisis-Economico/Crecimiento-economico/Informe-de-exportaciones>
- DIAN, “¿Qué es el régimen cambiario?”, Disponible en: <https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Paginas/ControlCambiario.aspx#:~:text=Los%20cambios%20internacionales%20se%20pueden,t%C3%ADtulos%20representativos%20de%20las%20mismas.>
- DOING BUISNESS INDEX. Annual Report- About Doing Business. 2019.
Disponible en: <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB19-Chapters/DB19-About-Doing-Business.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. *Producto interno Bruto*.
Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/faqs/faq_pib.pdf

Gordillo, Juan Camilo., “Diseño de una cartilla del régimen sancionatorio y procedimiento administrativo en materia cambiaria, establecido en el decreto ley 2245 de 2011”. Universidad cooperativa de Colombia, Facultad de ciencias económicas y administrativas. 2018. [Consultado el 27 de junio de 2021].

Disponible en: https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/6049/1/2018_Gordillo_Dise%C3%B1o_Cartilla_2245.pdf

Hernández, R, et al. “Metodología de la investigación”. Primera edición por

McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A. de C.V. Atlacomulco

499 - 501, Fracc. Ind. San Andrés Atoto, 53500 Naucalpan de Juárez, Edo. de México Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial, 1991. Reg. Núm. 1890 ISBN 968-422-931-3 3456789012 P.E-919087654123 [Edición electrónica].

Disponible en: <https://www.uv.mx/personal/cbustamante/files/2011/06/Metodologia-de-la-Investigaci%C3%83%C2%B3n-Sampieri.pdf>

Ortega, Francisco., “Explicaciones y comentarios a la reforma del estatuto cambiario”. Notas Editoriales publicadas en la Revista del Banco de la República, 1990. 15p. Núm. 756, vol L.XIII.

Sánchez, Fabio, et al. “Crisis cambiarias en Colombia bajo tipo de cambio fijo: 1938- 1967”. Universidad de los Andes: Documento CEDE 2005-32, 57p. ISSN: 19657-7191 [edición electrónica].

Smith, Matthew. “What Is The Effect Of U.S.-led Sanctions On A Target Nation’s Foreign Currency Exchange Rate?” A thesis submitted to the faculty of the Graduate School of Arts and Sciences of Georgetown University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Public Policy in Public Policy. Washington, DC April 19, 2013.

Restrepo, María Fernanda. Evolución del régimen cambiario colombiano: análisis comparativo de las principales modificaciones en materia sancionatoria del Decreto 1074 de 1999 y del Decreto 2045 de 2011. Informe académico final de prácticas y pasantías para optar por el título de Profesional en Negocios y Relaciones Internacionales. Universidad de la Salle, 2017. Disponible en: https://ciencia.lasalle.edu.co/negocios_relaciones/71

Texto Jurídico: Demanda De Inconstitucionalidad Contra Los Numerales 10 Y 27 Del Artículo 3 Del Decreto 2245 De 2011 “Por El Cual Se Establece El Régimen Sancionatorio Y El Procedimiento Administrativo Cambiario A Seguir Por La Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales”. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/44717/u830890.pdf?sequence=>

Virgoli, Julio E.S. “La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política”.

Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005 en DIAZ, Lina., “Algunas consideraciones sobre el castigo. una perspectiva desde la sociología”. Revistas Universidad Externado de Colombia. 2007 p.146 [edición electrónica].

Destruir imágenes monumentales como medio de reivindicación social y política: libertad de expresión en la disputa sobre los símbolos y la memoria histórica.

Valeria López Acuña¹

Resumen:

El objetivo del texto es plantear que, actualmente en Colombia, la acción tendiente a destruir, derribar o intervenir imágenes monumentales de conquistadores sí puede constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Esto, debido a que resulta un modo relevante de participación en la cultura democrática, que permite la reivindicación política, social e histórica de determinadas poblaciones. En el desarrollo de este artículo, se presentan argumentos de diversas disciplinas, con el fin de ampliar y nutrir el debate, para tener mayor comprensión de lo que significa la iconoclasia —como acto comunicativo complejo— y sus consecuencias tanto a nivel político, social, y cultural, como jurídico. En este sentido, se analiza el derecho a la libertad de expresión sobre estos actos, a la luz de su contexto y teniendo en cuenta ciertos antecedentes sociales, políticos e históricos que los determinan.

Palabras clave:

Libertad de expresión, iconoclasia, movimientos sociales, colonialismo, nacionalismo, monumento, conquistador, imagen, memoria histórica.

¹Abogada y literata de la Universidad de los Andes. Se desempeña en actividades legislativas en asuntos constitucionales.

Destroying Monumental Images as a Way of Social and Political Claim: Freedom of Expression in the Dispute over Symbols and Collective Memory.

Valeria López Acuña²

Abstract:

This article aims to sustain that, currently in Colombia, actions such as destroying, demolishing or intervening monumental images of a conqueror can indeed constitute a legitimate exercise of the right to freedom of expression. The reason behind this is that it is a relevant way of participation in the democratic culture, which allows the political, social and historical claim of certain populations. Postures from different disciplines are presented in order to broaden and nourish the debate, and to have a better understanding of what iconoclasm means —as a complex communicative act— and its consequences at a political, social, and cultural level, as well as legal. Accordingly, the right to freedom of expression, regarding these acts, is analyzed in light of their context and taking into account certain social, political and historical backgrounds that determine them.

Key words:

Freedom of expression, iconoclasm, social movements, colonialism, nationalism, monuments, conqueror, image, collective memory

² Lawyer and writer from the Universidad de los Andes. She engages in legislative activities on constitutional matters.



Imagen 14. Etcétera. Cubriendo con espejos a Francisco de Orellana, supuesto descubridor del Amazonas,

Iván Argote

(Parque Nacional, Bogotá, 2012-2018). Fuente: Photo Series.³

Introducción

³ Tomada de: Miguel Rojas-Sotelo, «Iconoclastia, justicia indígena, historia y memoria. Actos de fabulación y soberanía», *Estudios Artísticos* 8, n.º 12 (17 de mayo de 2021), 40.

El presente artículo es acerca de la destrucción o intervención de imágenes monumentales de figuras de la conquista. Como el derribamiento de la estatua ecuestre de Sebastián de Belalcázar, en el morro del Tulcán de la ciudad de Popayán, en septiembre de 2020, por parte de la comunidad indígena misak. Este evento se dio en un clima de protestas y descontento social, durante una jornada de movilización por la vida, en la que se denunciaba los asesinatos a líderes sociales e indígenas en el Cauca. En este juicio popular a la figura del conquistador, las autoridades indígenas declararon su compromiso de recuperar “la memoria colectiva de nuestra sangre”⁴ haciendo frente a “la violencia simbólica que nos ha oprimido y nos ha puesto en un lugar de olvido”⁵. En el mismo comunicado, declaran: “Nosotros, PIUREK, hijos e hijas del agua, del sueño, la palabra y el arcoiris, de los que no pudiste matar ni torturar, nos encontramos hoy aquí, después de 485 años reclamando justicia por la memoria de la resistencia y reexistencia de nuestros Taitas Payan, Yazguen, Calambas y Petecuy y Mama Machagara, de los miles de nativos que combatieron en las guerras sanguinarias”⁶.

No se trata de un hecho aislado. Han sido varios los actos iconoclastas en contra de monumentos de próceres y conquistadores en Colombia. Asimismo, en todo el mundo se han derribado efigies de símbolos de supremacía blanca, esclavismo y colonialismo⁷. Esto responde a un fenómeno ampliamente difundido, discutido y controvertido: se refiere a la movilización en contra de ciertos valores y de la forma en que han sido impuesto a través de monumentos y otros símbolos que marcan las ciudades. Estos han tenido el propósito deliberado de unificar la idea de nación y el relato histórico que lo fundamenta. Por su parte, las acciones tendientes a intervenirlos, o derribarlos, nacen con la voluntad de oponerse a los discursos y memoria que encierran y exaltan. De modo que el patrimonio se ha vuelto un objeto en disputa, centro de debate sobre la memoria histórica⁸ y, por lo tanto, espacio de discusión democrática.

El asunto en cuestión, entonces, se refiere a una lucha simbólica en la que se juega la construcción de identidad colectiva y la forma en la que decidimos recordar la historia. Algunos han condenado estos eventos de iconoclasia, porque son violentos, porque constituyen un daño o una pérdida del patrimonio cultural⁹. Del mismo modo, hay quienes creen que se está borrando el legado de un hecho histórico, y se lamentan de la crisis de valores que eso significa. Otros, en cambio, los celebran, porque consideran que se está haciendo justicia simbólica o creen que estas acciones constituyen procesos de

4 “Comunicado de autoridades indígenas sobre el juicio popular a Sebastián de Belalcázar”, Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, 17 de septiembre de 2020, último acceso el 10 de mayo de 2022, <https://www.justiciaypazcolombia.com/comunicado-de-autoridades-indigenas-sobre-el-juicio-popular-a-sebastian-de-belarcazar/>.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 Cómo la de Leopoldo II en Amberes, Bélgica, la de Edward Colston, comerciante de esclavos, en Bristol y las más de 33 estatuas de Cristóbal Colón en eventos que responden y se adhieren al movimiento de Black Lives Matter, en el verano del 2020. Peio H. Riaño, *Decapitados: una historia contra los monumentos a racistas, esclavistas e invasores*, 1. ed (Barcelona: B, 2021).

8 Saldarriaga, Manuela. “El patrimonio es un cadáver exquisito”. CeroSetenta. 17 de febrero de 2020. <https://cerosetenta.unian-des.edu.co/la-guerra-de-las-estatuas/>

9 “Escándalo por Belalcázar: Alcalde restaurará la estatua derrumbada” *Cablenoticias*. 17 de septiembre de 2020.

reivindicación, resignificación o restauración¹⁰. Es, sin duda, una situación conflictiva y problemática que encierra muchas cuestiones: ¿qué mueve a la gente a derribar o intervenir un monumento? ¿Qué mueve a otros a querer conservarlo intacto, o a preservar cierta estética o integridad? ¿Qué limita, o debería limitar, el ejercicio de la libertad de expresión en relación con la gestión, intervención e incluso destrucción del patrimonio?

Así pues, el problema central se refiere a si los eventos de iconoclasia contra monumentos, que tengan de referente a los conquistadores, pueden constituir un ejercicio legítimo de libertad de expresión en Colombia. El objetivo de este texto es, entonces, proponer un enfoque de análisis que esté orientado a determinar la legitimidad de estos actos, en relación a su valor dentro de una cultura democrática. Para esto, se realiza una investigación histórica-filosófica-jurídica que analiza la naturaleza y alcance del derecho a la libertad de expresión, en relación con el acto comunicativo específico de iconoclasia y el deber y garantía del Estado de proteger la integridad del espacio público¹¹. Asimismo, se identificarán los motivos de dichos actos y las circunstancias específicas en las que se han dado, o se pretenden realizar. Se consideran también los antecedentes políticos, sociales e históricos al respecto, y los discursos e ideologías involucradas.

Se plantea que, actualmente en Colombia, la acción tendiente a destruir, derribar o intervenir imágenes monumentales de conquistadores sí puede constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Esto, debido a que resulta un modo relevante de participación en la cultura democrática, que permite la reivindicación política, social e histórica de determinadas poblaciones, al tiempo que contribuye a la reafirmación de su identidad. Esto implica no solo su legitimidad, sino, incluso, su especial protección. De modo que el derecho a intervenir el espacio público, con el fin de revisar y reconfigurar los símbolos que se imponen a la ciudadanía, debe prevalecer sobre ciertas medidas encaminadas a conservar íntegro el patrimonio material nacional.

Ahora bien, en el desarrollo de este artículo, se presentan argumentos informados de diversas disciplinas. Esto, con el fin de ampliar y nutrir el debate, y así tener una mayor comprensión de lo que significa la iconoclasia —como acto comunicativo complejo— y sus consecuencias tanto a nivel político, social, y cultural, como jurídico. En este sentido, se analiza el derecho a la libertad de expresión sobre estos actos, a la luz de su contexto y teniendo en cuenta ciertos antecedentes sociales, políticos e históricos que los determinan. Asimismo, se debe comprender el valor de aquello que busca ser intervenido o destruido. Por lo tanto, el artículo se ha estructurado a través de las siguientes categorías: la conceptualización del derecho a la libertad de expresión, consideraciones acerca de las imágenes y su poder, la práctica iconoclasta desde una perspectiva teórica, los antecedentes históricos que están implicados en la figura del conquistador y, por último, nociones relacionadas a la movilización en

10 Rubén Darío Pacheco, “Un taco de dinamita”, *El Universal*, 26 de septiembre de 2013.

11 Constitución Política de la República de Colombia, 20 de julio de 1991. *Diario oficial* 51990, art. 82.

contra de dichos monumentos. Estas se refieren al “descubrimiento” y “conquista” de América, además de la colonialidad y el nacionalismo.

Derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión es crucial para la realización —individual y colectiva— del ser humano, así como lo es para el ejercicio de otros derechos. Asimismo, se le ha dado un alto valor por su función esencial dentro de la democracia. Por lo tanto, ha sido consagrado como derecho fundamental en el artículo 20 de la Carta Política y se protege y garantiza de manera muy amplia en el marco jurídico interamericano¹², así como en el marco jurídico internacional¹³. La amplitud garantista¹⁴ refleja la importancia que se le ha otorgado a este, dentro del conjunto de derechos fundamentales. De modo que en Colombia “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, [y] la de informar y recibir información veraz e imparcial, (...) No habrá censura.”¹⁵

Este derecho se ha venido desarrollando conceptualmente para responder a nuevos paradigmas sobre el conocimiento y a los cambios que han introducido las nuevas tecnologías. Por lo que, a lo largo del tiempo, se ha comprendido de distintas formas. Primero, se protegía porque se valoraba la autonomía personal de expresar cualquier opinión y la libertad de “comprar” o “consumir” cualquier idea. Es decir, este derecho se entendía a través de la metáfora de un “mercado de ideas”, en el que estas deben fluir y competir libremente, como mercancía; de modo que se asegurase la prevalencia de las mejores¹⁶. Otras teorías, en cambio, protegen este derecho en cuanto consideran que la libertad de expresión es instrumental a la búsqueda de la verdad y a la autodeterminación. En concordancia con esto, destaca la teoría de Meiklejohn, para quien la libertad de expresión se puede entender a través de la metáfora de la asamblea. Esto, en cuanto lo que realmente se protege con ella es la posibilidad de llegar a la solución de un problema, a través de una organizada deliberación pública. En este sentido, el derecho se protege en cuanto permite el autogobierno democrático, pues es precondition de la deliberación política.

12 “La Convención Americana—en su artículo 131—, la Declaración Americana—en su artículo IV—, y la Carta Democrática Interamericana—en su artículo 43—, ofrecen un conjunto de garantías reforzadas que no parece tener parangón ni en el sistema universal ni en algún otro sistema regional de protección” Inter-American Commission on Human Rights y Rapporteurship on the freedom of expression, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2010.

13 Artículo 19. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y Artículo 19. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

14 “en el ámbito interamericano no son aplicables las restricciones que otros sistemas de protección admiten frente a la libertad de expresión, en virtud del principio hermenéutico *pro homine*, que otorga primacía interpretativa y de aplicación a la norma más favorable para la persona humana” Catalina Botero Marino et al., *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Bogotá: Universidad de los Andes, 2017), 30.

15 Constitución Política, art. 20.

16 Esta metáfora, del “mercado de ideas”, se asocia con las teorías liberales de John Milton y de John Stuart Mill. Alexander Meiklejohn et al., *Libertad de expresión: un ideal en disputa / Alexander Meiklejohn, Robert C. Post, Owen Fiss, Jack M. Balkin; estudio preliminar Roberto Saba.*, 2021.

Por último, destaca la teoría de Balkin, que analiza este derecho desde la era digital. El autor argumenta que el propósito de la libertad de expresión es promover una cultura democrática. Esto es “una cultura en la que las personas tienen una oportunidad justa de participar en la construcción de sentido que las constituye como personas”¹⁷. Es decir, es fundamental para que las personas —tanto individual como colectivamente— participen en la producción y distribución de la cultura. Esta libertad, además, se entiende como interactiva y apropiativa. Por un lado, es interactiva porque se refiere a un sistema, o una red, de personas que interactúan entre sí; que se influyen y afectan a través de la comunicación. Por otro lado, es apropiativa porque se nutre de recursos culturales existentes; construye sobre el material disponible: se lo apropia, usa y modifica. Es decir:

“Mediante la interacción comunicativa, la expresión y el intercambio, las personas individuales se convierten en los arquitectos de su cultura, desarrollando lo que los otros hicieron antes de ellos y dando forma al mundo que les dará forma a ellos y a quienes los sigan. Y a través de esta práctica de interacción y apropiación ejercen su libertad”¹⁸.

De este modo, se valora que las personas, de forma libre y equitativa, puedan crear o construir el mundo que imaginan, a partir de la interacción y apropiación —transformación— de sentidos y significados que así determinan y los determina. Garantizar esta dinámica, en cuanto se considera que constituye el motor de cualquier democracia, resulta fundamental para el funcionamiento del Estado Social de Derecho.

Así pues, la importancia del mismo, y su jerarquía dentro del régimen jurídico nacional e internacional, se debe a sus funciones y fines. En primer lugar, permite la realización del ser humano. Esto, debido a que el pensamiento autónomo es lo que nos caracteriza y nos da dignidad. Este derecho, entonces, se refiere a la capacidad: “de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir”¹⁹. Esto, se relaciona directamente con su segunda función, que es la de ser el elemento estructurante de cualquier régimen o sistema democrático²⁰. Como se ha mencionado, sin la posibilidad de pensar y expresarnos amplia y abiertamente, sería imposible deliberar sobre asuntos públicos; crear sentidos, significados y cultura; y así autodeterminarnos y autogobernarnos. Por último, la libertad de expresión es importante por su carácter instrumental, pues es un medio imprescindible para el ejercicio de otros derechos, como a la identidad cultural y étnica, la participación política y la educación.

17 Jack M. Balkin, “Discurso digital y cultura democrática: una teoría de la libertad de expresión para la sociedad de la información”, en *Libertad de expresión: un ideal en disputa*, (Colombia: Siglo del hombre, 2020).

18 Ibid.

19 Inter-American Commission, *Marco jurídico interamericano*, 2.

20 “no existe democracia donde se acallen violentamente las ideas; no hay república pluralista donde se niegue la diversidad o se imponga la intolerancia” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-403 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, respecto a su naturaleza, se puede adivinar su carácter complejo dado que comprende un proceso tan amplio como la comunicación humana. Su alcance es, además, inmenso en el régimen colombiano. Por un lado, es de titularidad universal, lo que quiere decir que no se puede restringir a un grupo de personas o a una profesión²¹. Por otro lado, se compone de una doble dimensión: individual y colectiva. La individual faculta a la persona a pensar y expresar sus ideas, opiniones, información etc.; la colectiva faculta a la sociedad a recibirlas. Es decir, el derecho implica todo el acto comunicacional: se protege tanto al emisor como al receptor²². En este sentido, no se puede menoscabar una de ellas con la excusa de proteger la otra. Puesto que, la restricción en una de sus dimensiones, inevitablemente, implica la restricción del goce en la otra.

Por otro lado, este derecho protege la expresión realizada a través de cualquier medio, forma o canal de comunicación. Es decir, no está restringida solo al habla o la escritura. También, incluye la expresión artística o simbólica, su difusión y el acceso al arte, en todas sus formas²³, entre otras. Respecto al contenido, hay una “presunción de cobertura *ab initio* para todo tipo de expresiones, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores”²⁴. Es decir, en principio, toda expresión es válida, independientemente de cómo sea recibida o juzgada —no importa que tan absurda, escandalosa, vulgar, irrazonable y/o extraña sea—. Tanto la Corte IDH²⁵, como la Corte Constitucional²⁶, han insistido en que esta es una de las exigencias básicas de toda democracia: “es condición de existencia de una sociedad pluralista donde puedan coexistir diversas concepciones sobre lo correcto, lo bueno y lo bello”²⁷. De lo contrario, se podría perpetrar la intolerancia y prejuicio respecto a ciertos discursos minoritarios. Así pues, se establece la existencia de una presunción constitucional a favor de este derecho:

“(i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin

21 Stephen Fuzesi et al., «Estándares internacionales de libertad de expresión: guía básica para operadores de justicia en América Latina», agosto de 2017, 40.

22 De la dimensión colectiva del mismo se desprende, a su vez, el derecho a la información. Este impone unos estándares adicionales, de veracidad e imparcialidad, a ciertos actos y para determinados actores comunicativos —como los medios de comunicación— e implica el derecho de rectificación. Corte Constitucional de Colombia. STC T-040 de 28 de enero de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

23 Véase: Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional Sentencia SU-056 de 1995 y Corte Constitucional Sentencias T-104 de 1996.

24 Inter-American Commission, *Marco jurídico interamericano*, 10.

25 Ibid.

26 Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007 MP. Dr. Manuel José Cepeda; sentencia T-040 de 2013, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-592 de 2012, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

27 Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

que ello admita prueba en contrario”²⁸.

Sobre el último punto: así como no se admite la censura previa, tampoco se admite la censura por medios o vías indirectas, como el abuso de controles oficiales²⁹. Estas se refieren a formas más sutiles, pero igualmente efectivas, de cercenar el derecho a la libre expresión. Suelen tener un efecto de inhibición, silenciamiento o autocensura en el ejercicio del derecho. Por ejemplo, sucede a los líderes sociales de ciertas comunidades, que, aunque no han sido amenazados directamente, por el contexto, reconocen que hay un peligro latente en expresarse libremente.

Por otro lado, existen discursos que tienen un nivel especial de protección en el marco jurídico internacional. Entre ellos, está el discurso político o de interés público y los discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o la dignidad de las personas³⁰. Esto se debe a su íntima relación con la democracia o con los Derechos Humanos, y porque son fundamentales para que se pueda dar un debate firme —e incluso desafiante— sobre aspectos esenciales del funcionamiento normal y armónico de una sociedad.

Ahora, si bien este derecho tiene un alcance de protección y garantía muy amplio, no es absoluto, por lo que sí puede tener limitaciones bajo estrictas condiciones. Primero, hay discursos que no se encuentran protegidos, porque están expresamente prohibidos tanto en el ámbito nacional como internacional. Estos son:

“(a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.”³¹

Respecto a la prohibición sobre el llamado discurso de odio, se ha reiterado, en la jurisprudencia internacional³², que existe la necesidad de hacer una interpretación restrictiva de las normas al respecto³³. Esto, dado el carácter expansivo del derecho en cuestión y la presunción general de cobertura de toda expresión.

Así pues, ¿qué se puede entender por discurso de odio? Este no es un concepto definido jurídicamente,

²⁸ Ibid.

²⁹ Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 22 de noviembre de 1969. Art. 13. Esta fue suscrita por Colombia el 28 de mayo de 1973. El 21 de junio 1985 el país presentó un instrumento de aceptación que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido.

³⁰ Botero Marino et al., *El derecho a la libertad de expresión*, 62.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-329 de 2018, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/09, 30 diciembre 2009, párr. 58.

³³ Véase: CADH, art. 13.5 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 16 de diciembre de 1966, art. 20.2.

ni en Colombia, ni en el Derecho Internacional. Sin embargo, se han establecido guías de interpretación para, en dado caso, poder identificarlo. Para fines del texto, este se puede entender como un discurso en el que se demuestra desprecio intenso hacia un individuo o un grupo de individuos, por una característica —real o presunta— que los condiciona como personas³⁴. El odio debe ser, entonces, discriminatorio y no simplemente prejuicioso; la discriminación, no obstante, puede variar según el contexto específico. Por lo tanto, este concepto debe irse adaptando con el tiempo para abordar nuevas situaciones y cambios en el lenguaje y en la comprensión de lo que significa la igualdad³⁵.

Ahora bien, no todo discurso de odio puede ser asumido de la misma manera, ni tener la misma respuesta por parte de las autoridades. La doctrina ha propuesto distinguir los discursos de odio de acuerdo a su severidad. En primer lugar, están aquellos que constituyen una incitación a la violencia³⁶ severa —como el genocidio— y sí deberían prohibirse. En segundo lugar, están aquellos que se podrían prohibir en la medida que afecten “la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”³⁷. En tercer lugar, están aquellos que son simplemente ofensivos³⁸ y, aunque plantean preocupaciones en términos de intolerancia, pueden ser abordados de otra forma.

Sobre la prohibición del discurso de odio, y la de otros abusos del derecho a la libertad de expresión, se establece que las sanciones sólo pueden darse cuando haya una prueba “actual, cierta, objetiva y contundente”³⁹ de que se quería cometer un crimen y que había una posibilidad “actual, real y efectiva” de lograrlo⁴⁰. Otros criterios que se han propuesto⁴¹, en el marco jurídico internacional, para evaluar las expresiones de odio prohibidas son: el contexto social y político; la posición o el estatus social del emisario; la intención; el contenido y la forma —el estilo, la naturaleza de los argumentos—; el ámbito y alcance del discurso —si es público, el tamaño de la audiencia—; la inminencia o posibilidad de que el discurso tenga éxito en incitar una acción real contra un grupo específico de personas —que haya relación de causalidad entre una cosa y la otra—. Es decir, para determinar la prohibición efectiva se requiere un análisis profundo del hecho cuestionado y del acto comunicativo. De no ser así, se estaría otorgando demasiado poder al Estado de reprimir cualquier opinión contraria a las autoridades o a las instituciones.

Ahora bien, la jurisprudencia interamericana, a partir de la lectura del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha establecido un *test tripartito* —recogido por la jurisprudencia

34 Article 19 (Organization), «Hate Speech» Explained: A Toolkit., 2015, 10.

35 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 58.

36 PIDCP, art. 20.2: “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

37 Ibid, art. 19.3.

38 Ibid, art. 19.2.

39 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión., párr. 58.

40 Ibid.

41 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2014. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15, 31 diciembre 2015, párr. 24.

nacional⁴²—, para determinar si la limitación al derecho en cuestión es legítima. Este se basa en tres principios. El primero, el principio de legalidad, establece que la restricción debe haber sido prevista en una ley clara y precisa. El segundo se refiere a que la limitación se hace persiguiendo un fin o un objetivo legítimo, que ha sido autorizado en el artículo antes mencionado. Se refieren a motivos de orden público, o seguridad nacional, etc. El último, se refiere a que la limitación: “debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”⁴³. Para que pueda proceder la limitación, entonces, se debe demostrar que se cumple con todos los elementos en su totalidad. De este modo, se pretende garantizar que las restricciones obedecen al interés legítimo de proteger a los individuos de la discriminación, hostilidad y violencia y no, de la crítica, a sistemas de creencias, o a instituciones.⁴⁴

Llegado a este punto se concluye que los actos de iconoclasia contra figuras de conquistadores serían, presuntamente, expresiones legítimas del derecho en cuestión. No obstante, para que no haya dudas al respecto, se analizaron todos los aspectos relativos al acto comunicativo, en relación al contexto social, político y jurídico en el que se han dado estos hechos. Esto, con el fin de asegurar que estos actos no constituyan discursos de odio que deban ser restringidos.

Iconoclasia

Primero, es necesario determinar qué es la iconoclasia. Este ha sido un término utilizado para designar la destrucción deliberada de imágenes, su oposición a ellas, y, metafóricamente, el hecho de atacar aquello que representan⁴⁵. La “destrucción”, no obstante, es un término problemático porque simplifica demasiado el modo en que se trata o usa la imagen. Esto, en cuanto la intención destructiva y rango de destrucción es muy variado. Una imagen puede ser dañada y no destruida, con el fin de demostrar la violencia a la que ha sido sometida y la infamia de aquello con la que se relaciona. O puede ser completamente destruida y no degradada si el propósito es no dejar rastro de ella, aunque sea física o metafóricamente. Asimismo, las diferencias entre daño y destrucción también están en función de lo que se entiende por integridad, porque su degradación también puede ocurrir, a pesar de que no haya transformación física, si no están dispuestas del modo y en el contexto para el que fueron dispuestas⁴⁶. En todo caso, y así se va a entender para efectos de este texto, la iconoclasia hace referencia a una

42 Corte Constitucional. Sentencia T-155 del 4 de abril de 2019, Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera

43 Fuzesi et al., “Estándares internacionales de libertad de expresión”, 18.

44 Naciones Unidas. Informe del Relator Especial para la promoción y protección de la libertad de expresión, 16 de mayo de 2011. Documento ONU A/ HRC/17/27.

45 Dario Gamboni, *La destrucción del arte : iconoclasia y vandalismo desde la Revolución Francesa* (Bogotá: Ediciones Cátedra, 2014), 28.

46 Ibid, 29

intervención que denota un mal uso de las imágenes. Este se define en función de lo que se entienda como uso adecuado: para un objeto, para una figura, en un determinado espacio y tiempo⁴⁷.

Segundo, los actos de iconoclasia deben ponerse en el contexto de la vida de cualquier imagen u objeto. Su existencia está atravesada por una serie de intervenciones. Algunas pretenden prolongar su existencia y otras procuran concluir la; todas la modifican. Que la intervención suponga una modificación se debe a que “en un plano técnico y estético y además físico, no hay conservación sino transformación”⁴⁸. Lo que resulta importante son las variaciones de esa transformación y lo que esto implica tanto física, como simbólicamente. La oposición binaria entre creación y destrucción, entonces, no permite comprender las múltiples facetas que atraviesan la vida de las imágenes.

Así pues, el destino de cualquier objeto es transformarse hasta desaparecer. Distintos factores contribuyen a determinar la duración de los mismos, entre ellos están los usos o las funciones atribuidas, ya sean prácticas o simbólicas. El uso de algunos objetos e imágenes depende de su relación con aquello que representan. Su permanencia se encuentra ligada, entonces, a la vigencia o sentido de permanencia de aquello a lo que remiten. De lo contrario, corren el riesgo de someterse a los efectos de la obsolescencia: ser sustituidos, destruidos, o relegados a un lugar inferior⁴⁹. Por ejemplo, el retrato de un soberano, o figura prominente, tiene más probabilidad de ser conservado mientras se juzgue digno, ya sea por su valor estético o político. Por lo tanto, el cambio de su uso, o función, puede, entonces, contribuir ya a la conservación como a la destrucción de los mismos.

Otro aspecto importante de la iconoclasia es que es un acto deliberado, es decir, motivado y con sentido. Esto es lo que la ha diferenciado de aquello que se ha entendido por *vandalismo*, que se refiere a la destrucción de las imágenes como un acto gratuito y carente de sentido⁵⁰; del mismo modo, al atacante se lo cataloga como marginal y perturbado⁵¹. Es, por lo tanto, un término estigmatizador, que tiene como finalidad excluir al vándalo en cuanto su actuación implica ceguera, estupidez e ignorancia; no solo del valor de lo que destruye sino de la acción que realiza. Iconoclasia, en cambio, se ha usado como término neutral e incluso de aprobación⁵². Así pues, *vandalismo*, por sus connotaciones y origen⁵³, es inadecuado para el presente trabajo que se interroga sobre los motivos y alcance de dichas acciones y no de su calificación moral. Por lo tanto, se prefiere usar *iconoclasia*.

Por último, es importante mencionar que el término en cuestión designa actos o actitudes muy heterogéneas, por lo que resulta importante distinguir ciertas tipologías. Unas categorías que aquí resultan

47 Ibid, 38.

48 Ibid.

49 Gamboni, *La destrucción del arte : iconoclasia y vandalismo*, 39.

50 Ibid, 228.

51 David Freedberg, *El poder de las imágenes: estudios sobre la historia y la teoría de la respuesta* (Madrid: Cátedra, 1992), 469.

52 Gamboni, *La destrucción del arte : iconoclasia y vandalismo*, 28.

53 Se le atribuye su popularización al Abbé Grégoire quien, en un discurso, comparó la destrucción de los bienes de la monarquía durante La Revolución Francesa, a los saqueos en Roma por parte de los vándalos. (Gamboni, *La destrucción del arte : iconoclasia y vandalismo*, 27.)

relevantes son de tipo político: se ha distinguido⁵⁴ la iconoclasia “desde arriba” y “desde abajo”. La primera, se dice, corresponde a los intereses de quienes ocupan el poder; se refiere a actos que suelen conducir a la sustitución de símbolos e imágenes y la prohibición de posteriores destrucciones. Resulta en la eliminación total, organizada, sistemática y legal de los mismos. La segunda se origina, más bien, en una impotencia política y resulta en ataques parciales con el fin de simbolizar una nueva situación⁵⁵. En consecuencia, la iconoclasia desde arriba suele considerarse un hito histórico, mientras que, la de abajo, un vandalismo ciego: es entonces un “privilegio para los vencedores y un sacrilegio para los vencidos”⁵⁶. Se aclara que estas tipologías y diferencias no son categorías fijas, sino indicadores, pues existen matices que según el caso merecen ser analizados.

Los actos de iconoclasia, entonces, suponen la intervención de las imágenes con el fin de modificar o anular su significado. Lo que puede implicar la creación de nuevas imágenes y significados. En este caso, se actúa sobre la imagen de conquistadores.

El poder de las imágenes

Llegado a este punto, es menester ocuparse del objeto de la iconoclasia: las imágenes. Al respecto, surgen distintas cuestiones: ¿qué motiva a las personas a destruir imágenes? ¿Qué poderes se les ha atribuido? ¿Por qué suscita tan intensas y vehementes respuestas, como la idolatría o la iconoclasia?

Primero, se debe comprender el alcance del concepto de *imagen*. Según Belting, es “más que un producto de la percepción. Se manifiesta como resultado de una simbolización personal o colectiva”⁵⁷. Las imágenes materiales siempre están ligadas a una imagen mental y así uno puede hacerse una idea de lo que significan o representan⁵⁸: hacen visible lo invisible. De este modo, se vive y se entiende el mundo a través de ellas, por lo que pueden desempeñar un papel central en el imaginario político y cultural. Es más, históricamente han servido a la construcción y consolidación de los sistemas de pensamiento y comportamiento⁵⁹.

Segundo, este trabajo se centra en un tipo de imagen en particular: el icono. Este, según la definición de Pierce, es un signo que “hace referencia a su objeto en virtud de una semejanza, de sus propiedades intrínsecas, que de alguna manera corresponden a las propiedades del objeto”⁶⁰ Es decir, el signo se identifica con

54 Autores como Martin Warnke, Olivier Christin y Darío Gamboni han utilizado esta distinción en sus estudios sobre la iconoclasia.

55 Gamboni, *La destrucción del arte : iconoclasia y vandalismo*, 34-36.

56 Ibid, 34.

57 Hans Belting, *Antropología de la imagen*, trad. Gonzalo María Vélez Espinosa (Buenos Aires, Madrid: Katz, 2007), 14.

58 Hans Belting, *Imagen y culto : una historia de la imagen anterior a la edad del arte*, trad. Cristina Díez y Jesús Espino (Madrid: Akal, 2009), 62.

59 Darío Velandia Onofre, *Destrucción y culto: políticas de la imagen sagrada en América y España (1563-1700)*, 1. ed, Colección Historia y teoría del arte ([Bogotá, D.C.], Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Artes y Humanidades : [Ediciones Uniandes, 2021], 7.

60 Umberto Eco, *Signo*, 1. ed, Temas de filosofía (Barcelona: Labor, 1976), 57.

el mismo denotado, como los retratos o las efigies, que son la representación de una persona o personaje.

Esta relación de identidad entre la representación y lo representado es lo que otorga a las imágenes un papel activo, en cuanto hacen presente lo que está ausente (el referente). Este actúa donde ya no podía o no quería. Llenan un vacío. Por ejemplo, la imagen de un santo o un rey es venerada en ausencia de él. Para Freedberg⁶¹, el espectador responde a la imagen como si esta fuera real, como si el signo encarnara, efectivamente, a su referente y así lo dota de vida:

Según Atanasio de Alejandría (328-73)⁶² “[en] la imagen del emperador está encerrada la idea y la forma del emperador... La imagen podría decir ‘Yo y el emperador somos uno solo. Yo estoy en él y él está en mí’ [...] Quien venera el icono, venera en él al emperador, pues el icono es su forma y su aspecto”⁶³

De este modo, se explica la existencia de un auténtico deseo de honrarlo o de cuestionar su autoridad, según sea el caso. Pues pretendían hacer “palpables” a seres que se habían consagrado como venerables o que, por el contrario, merecían rechazo⁶⁴.

Sin embargo, los iconos, como cualquier imagen, no son simples sustitutos de personas u objetos, ni son revelaciones directas y claras de un significado antes creado y definido. En su efecto de presencia son mediadores y no intermediarios, en cuanto traducen, activa y sensiblemente, el significado o contenido que transportan:

“Son materialidad que está en permanente movimiento(...): son iterables, esto es, cada imagen y objeto lo es —y proviene de otra imagen y objeto, no está aislado, forma parte de ensamblajes de entidades que se alían en nuevas redes, ya para transformarlas, para oponerse a otras urdimbres, o bien para desaparecer, como esos dioses olvidados y muertos”.

Esta mutabilidad y movimiento de las imágenes hace suponer que su poder y fuerza no depende de su origen o su “verdad”, sino de cómo actúan —circulan, chocan, convencen, agreden— y de cómo son miradas en determinado contexto. Prueba de esto son sus tan variados e intensos efectos⁶⁵, así como las reacciones o respuestas⁶⁶ que ocasionan por parte de quienes las definen e imponen, o las atacan y resisten.

Así pues, a las imágenes, por su poder, se les ha atribuido varias funciones y han sido ampliamente utilizadas para la consecución de distintos fines. De este modo, los íconos “se han prestado en igual

61 David Freedberg, *El poder de las imágenes: estudios sobre la historia y la teoría de la respuesta* (Madrid: Cátedra, 1992), 460.

62 Atanasio “trató de ilustrar la naturaleza de la unión del Padre y el Hijo en la Santísima Trinidad y llegó a la conclusión de que «aquel que ha visto al Hijo ha visto al Padre», contaba con un caso paralelo muy claro [el del emperador]”. David Freedberg, *El poder de las imágenes*, 438.

63 Rodrigo Díaz Cruz, «Iconoclasia, performance y la opacidad de la presencia», *Alteridades* 27, n.º 54 (diciembre de 2017): 24.

64 Belting, *Imagen y culto*, 68

65 “[Las] imágenes tienen agencia y aluden a una secuencia: ocasionan plegarias y peticiones, tienen poder curativo, hacen milagros, protegen a los fieles tanto como a los ejércitos y ciudades, se les viste con vestimentas especiales, están rodeados de cirios, ofrendas, flores, aromas —luz, calor, color, olor—, y se les castiga si incumplen”. Rodrigo Díaz Cruz, “Iconoclasia, performance”, 23.

66 “[las personas] las rompen, las mutilan, las besan, lloran ante ellas y emprenden viajes para llegar hasta dónde están, se sienten calmadas por ellas, emocionadas, e incitadas a la revuelta”. David Freedberg, *El poder de las imágenes*, 19.

medida a su exposición y adoración, como a su destrucción y maltrato⁶⁷. Están creados para la manifestación pública de una lealtad o deslealtad respecto a aquello que representan —ya sea una creencia, valor, norma y/o institución—. Por ejemplo, la imagen de un emperador era asimilada a la unidad de todo un imperio, por lo que su figura servía para simbolizar una comunidad ideal. De este modo, la propagación de ciertos iconos de personajes históricos —que suelen ser idealizados⁶⁸— ha servido para la creación de una identidad colectiva y, en consecuencia, para la instauración de ciertos valores e ideales⁶⁹. Otros usos, con similares pretensiones, han sido los de conmemorar o celebrar sucesos o hechos históricos, pues pueden constituir fragmentos de historias ampliamente conocidas⁷⁰: como la imagen de Jesús en la cruz. Incluso, a los íconos se les atribuye la función (o capacidad) de ser agentes de victoria, de protección y hacedores de milagros⁷¹.

Por otro lado, a las imágenes se les ha concedido el valor de ser documento histórico⁷². Pero, como se ha dicho antes, estas no son reflejos puros de la realidad⁷³. Entonces, ¿cómo pueden utilizarse de este modo? Las imágenes sí pueden ofrecer testimonio de algunos aspectos de la realidad —que los textos u otros documentos ignoran—. Pero, estas suelen ser menos realistas de lo que se cree y, así, en vez de reflejar la realidad, la distorsionan. Sin embargo, el proceso de distorsión en sí mismo constituye un testimonio de ciertos fenómenos históricos, como lo son ciertas mentalidades, identidades e ideologías: “La imagen material o literal constituye un buen testimonio de la «imagen» mental o metafórica del yo o del otro⁷⁴. En otras palabras, aunque, hasta cierto punto, las imágenes son fuentes poco fiables por su carácter deformante, dan muestra de ciertos puntos de vista o “miradas” del pasado sobre hechos, sucesos o aspectos de la vida y el mundo. Por ejemplo, según Burke, los gobernantes siempre han tenido la necesidad de poseer una buena imagen pública para despertar los sentimientos adecuados. Desde el Imperio Romano, en tiempos de Augusto (27 a.C a 14 d.C), se requirió la creación de un lenguaje visual estandarizado, que contribuyera a la centralización, sobre la totalidad de imágenes. Desde esta época se establecieron convenciones para la representación del gobernante como héroe, con aspecto triunfalista y en dimensiones colosales. Esta iconografía ha pervivido en la época democrática con ciertas adaptaciones, en la que se enfatiza la virilidad, la juventud y la condición atléticas del líder con fines propagandísticos⁷⁵.

67 Belting, *Imagen y culto* , 9.

68 Peter Burke, *Visto y no visto : uso de la imagen como documento histórico*, trad. Teófilo de Lozoya (Barcelona: Crítica, 2001), 66.

69 Belting, *Imagen y culto* , 65.

70 Ibid, 23.

71 Ibid,63.

72 Burke, *Visto y no visto* , 8.

73 “el interés del historiador por las representaciones plásticas se ha producido en una época de debate, en la que las ideas normales en torno a la relación existente entre «realidad» y representación (literaria o visual) han sido puestas en tela de juicio, en una época en la que el término «realidad» se pone cada vez con más frecuencia entre comillas” Ibid, 28.

74 Ibid.

75 Ibid, 63-69.

Así pues, por el inmenso poder reconocido a las imágenes, estas siempre han sido objeto de disputa. Es decir, distintos actores se han debatido el control sobre su uso, definiéndolo y condicionándolo; al igual que se ha tenido la voluntad de dominar sobre el modo en que estas deben ser recibidas o miradas. Esta lucha se ha hecho patente en las distintas políticas y estrategias implementadas, desde y a través de instituciones de poder y otros agentes, para promover u obligar el uso de imágenes, para producirlas, controlar su circulación, producción y recepción, y además castigar su mal uso o su agravio⁷⁶. También se manifiesta en las distintas acciones simbólicas que han llevado a cabo tanto sus aliados, como sus detractores. Velandia, por ejemplo, ha establecido como: “las políticas en torno a la función de la imagen sagrada, durante la segunda mitad del siglo XVI y primera mitad del siglo XVII, en diversos territorios de la Corona española, ayudaron a consolidar un modelo de disciplinamiento, dominación y colonización de los sujetos.”⁷⁷Es decir, las políticas respecto al uso y función de la imagen pudieron convertir a estas últimas en poderosos motores que impulsaron la consolidación de ciertas doctrinas en el seno de importantes procesos históricos. En el proceso de conquista de este continente, por ejemplo, las políticas sobre la sacralización de la imagen fueron fundamentales para la imposición de ciertos valores del catolicismo e imperialismo. Su eficacia reside en que la vigilancia y control sobre la imagen se transformó en vigilancia y control sobre el cuerpo, y así se “tejieron unos códigos de conducta y moral que moldearon los rasgos del cuerpo social impuesto por la Iglesia y la Corona”⁷⁸.

La figura del conquistador: La mirada moderna/colonial

Este trabajo se refiere a la iconoclasia contra la figura del *conquistador*. Pero, ¿por qué ha resultado tan polémica? Para comprender el impacto de su imagen, y los motivos que hay detrás del deseo de su caída —o de su celebración—, nos remontaremos a lo sucedido hace más de 500 años: el “descubrimiento” o la “invención”⁷⁹ de América. Ambos términos se refieren a paradigmas distintos en la concepción de este acontecimiento. El primero hace parte de la perspectiva imperial de la historia, adoptada por Europa triunfal. El segundo refleja el punto de vista crítico desde el que América es, más bien, una idea inventada y consolidada dentro de un relato histórico, lineal, progresivo, limitado y eurocéntrico⁸⁰. Esta perspectiva permite iluminar las ausencias y los silencios que produjo esa historia, en cuanto rescata la perspectiva de los derrotados.

76 Velandia, *Destrucción y culto*, 16.

77 *Ibid*, 5.

78 *Ibid*, 268-269.

79 Según O’Gorman, la aparición histórica de América se debe entender como “el resultado de una invención del pensamiento occidental y no ya como el de un descubrimiento meramente físico, realizado, además, por casualidad” Edmundo O’Gorman, *La invención de América: investigación acerca de la estructura histórica del nuevo mundo y del sentido de su devenir* (México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010).

80 Walter Mignolo, *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*, 1a. ed, Biblioteca Iberoamericana de pensamiento (Barcelona: Gedisa Editorial, 2007), 29.

El *descubrimiento* de América, en la historiografía occidental, se ha entendido como un momento crucial: “es lo que anuncia y funda nuestra identidad presente; (...) no hay ninguna [fecha] que convenga más para marcar el comienzo de la era moderna que el año de 1492”⁸¹. Es decir, es lo que inaugura la modernidad y así un nuevo sistema-mundo⁸² marcado por la expansión y dominación europea, no solo en el ámbito económico-político y militar, sino también de forma epistémica, lingüística, simbólica y discursiva⁸³. Por otro lado, en Tawantinsuyo (la región Andina), Anáhuac, (el valle de México), y Ab-ya-Yala, (lo que ahora es Panamá), por la llegada de los españoles, ocurrió el *pachakuti*. Esto es un cambio brusco y repentino del mundo, un desastre que reorganizó su vida y su tejido social de forma violenta⁸⁴:

“Así, los «cimientos» que permitieron que los monarcas, burgueses, y mercaderes europeos cumplieran con su supuesto destino, para (...) [estos pueblos] fueron un *pachakuti*: invasión violenta, destrucción despiadada, desprecio por las formas de vida existentes en el continente y en suma, convulsión de todos los niveles de la existencia y momento fundacional de la idea del mundo moderno/colonial”⁸⁵

En este sentido, la idea de América refleja una perspectiva de la modernidad pero oculta una lógica que la concibe y la sustenta: la colonialidad, que nace de la herida colonial.

Según Mignolo, modernidad y colonialidad se presentan como lados de una misma moneda. De este modo, la idea de América no puede entenderse sin ambas. “Modernidad” refleja únicamente la perspectiva occidental, que se hace pasar por universal, y así consolida un modelo de progreso de humanidad hecho a la medida de sus valores e intereses: “lo que con frecuencia —bajo el amparo hegemónico del canon eurocéntrico— se ha denominado “modernidad” no es sino la cultura propia del *centro* del “sistema-mundo”⁸⁶. La “Colonialidad”, término mucho menos frecuente, (...) “denota la estructura lógica del dominio colonial que subyace [al mundo moderno]”⁸⁷. Esta lógica opera en distintos niveles de la experiencia: “(1) económico: apropiación de la tierra, explotación de la mano de obra y control de las finanzas; (2) político: control de la autoridad; (3) social: control del género y la sexualidad, y (4) epistémico y subjetivo/personal: control del conocimiento y la subjetividad”. En esta matriz, los dominios se entrecruzan. Por ejemplo, la explotación de la tierra está asociada a una autoridad y a un género.

81 Cvetan Todorov, *La conquista de América: el problema del otro*, 2. ed, Teoría (México: Siglo Veintiuno Ed, 1989), 15.

82 Véase: Aníbal Quijano y Immanuel Wallerstein, «La Americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial», *Revista Internacional de ciencias Sociales*, Trayectorias históricas y elementos del desarrollo, XLIV, n.º 4 (1992): 549-57.

83 Jorge Polo Blanco y Milany Gómez Betancur, «Modernidad y colonialidad en América Latina : ¿Un binomio indisociable? Reflexiones en torno a las propuestas de Walter Mignolo.», *Revista de Estudios Sociales.*, 1 de enero de 2019.

84 Mignolo, *La idea de América Latina*, 76.

85 Ibid, 77.

86 Polo Blanco y Betancur, “Modernidad y colonialidad en América Latina”.

87 Mignolo, *La idea de América Latina*, 33.

Ahora bien, ¿quién era el conquistador? Fue quien ejerció poder en el primer contacto con los nativos. Se ha conocido también bajo la figura del “adelantado”. Es un guerrero que, además de conquistar —el territorio y todo lo que allí habite—, tenía que convertir⁸⁸. El modo de obrar era complejo y hasta caótico, pues para lanzarse a tal ambiciosa empresa debía existir un intrincado tejido político, financiero y humano, que estuvo acompañado de un espinoso juego de poderes y relaciones⁸⁹. Pero el modelo general, con el que estos personajes llevaron a cabo el proceso de la conquista, comprendía “la apropiación del territorio al estilo medieval (...) pero también (...) el sometimiento de terceros a partir de una creencia y una razón cristiana, absoluta, irrenunciablemente ligada al poder monárquico”⁹⁰. Es decir, la dominación estuvo impulsada por la asunción de los conquistadores de ser los portadores del único y verdadero credo.

Todorov expone este tipo de mentalidad —entre medieval y moderna—, de los que encabezaron el proceso. Para el autor, Colón, por ejemplo, practicaba una estrategia de interpretación finalista⁹¹. Es decir, desde el principio ya sabe a qué quiere llegar, y sabe qué va a encontrar; y eso es lo que consigue: “[el sistema de interpretación] no consiste en buscar la verdad, sino en encontrar confirmaciones para una verdad conocida de antemano”⁹². En otras palabras, más que acercarse a conocer, experimentar e interrogarse sobre lo nuevo y diferente, somete todo a un ideal o una visión preestablecida, y así impone su autoridad sobre el mundo. Un ejemplo que da, es que a Colón le parecía una tontería que los nativos aceptaran intercambiar un pedazo de vidrio por una moneda de oro, como si valieran lo mismo. Así, “un sistema de intercambio diferente equivale para él en ausencia de sistema, y de ahí a la conclusión del carácter bestial de los indios”⁹³.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que durante siglos la única voz tenida en cuenta en la reconstrucción del relato de la conquista fue la de los conquistadores, a través de sus crónicas de viaje. Se narran a sí mismos como héroes: omitían lo que querían omitir y exageraban lo que les convenía. Es decir, tenían el monopolio del relato —y de la escritura— y así lo explotaban.⁹⁴ De todas formas, eran los únicos que, para la Corona, podían testimoniar lo sucedido en esas tierras lejanas. La historia oficial hispánica ha querido solo informarse de los escritos conservados en Simancas y el Archivo de Indias, en la que se conserva únicamente la versión de estos “aventureros”, es decir, la de los vencedores⁹⁵. Del relato oficial quedan excluidos los vencidos, los dominados, como suele suceder. No obstante, hoy

88 Gabriel Sánchez Sorondo, *Historia oculta de la conquista de América*, Colección Historia icógnita (Madrid: Ediciones Nowtilus, 2009), 18.

89 Ibid, 43

90 Ibid, 22.

91 Todorov, *La conquista de América*, 26.

92 Ibid, 28.

93 Ibid, 47.

94 João Adolfo Hansen, “Leer y ver: presupuestos de la representación colonial”, en *Pensar el Brasil hoy: teorías literarias y crítica cultural en el Brasil contemporáneo*, Primera edición (Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Artes y Humanidades, Departamento de Humanidades y Literatura : Ediciones Uniandes, 2013). 25-43.

95 Peio H. Riaño, *Decapitados: una historia contra los monumentos a racistas, esclavistas e invasores*, 1. ed (Barcelona: B, 2021).

en día estudios al respecto han ido ampliando las fuentes, incluyendo la memoria oral que ha podido quedar y los escritos prehispánicos de los Aztecas e Incas.

Ahora bien, la naturalización de la lógica colonial del conquistador —y posteriormente del colonizador— legitimó mucha violencia y opresión y llevó a la invisibilización y subvaloración de múltiples sujetos. Para el sujeto conquistador, el conquistado no era nadie, a menos que aceptase adherirse a la cultura dominante y a pesar que esto le significaba *aniquilar* el propio ser: “toda la historia del descubrimiento de América, y primer episodio de la conquista, lleva la marca de esa ambigüedad: la alteridad humana se revela y se niega a la vez”⁹⁶. Los conquistadores proyectan un ideal de humanidad en el *otro*, de modo que los que no se ajustan a este modelo o bien no son humanos —sino bestias— o son inferiores; estos valores fueron intercambiados a conveniencia. Esto parte, como se ha mencionado, de la actitud moderna del sujeto que identifica los valores propios como valores en general. O sea, de la confusión del propio *yo* con el universo⁹⁷.

Ahora bien, esta lógica —la colonialidad— no es cosa del pasado. El colonialismo, que se refiere a dinámicas específicas —históricas y coyunturales— de la expansión colonial e imperial iniciadas en 1492, sí acabó. Pero la colonialidad es una matriz transhistórica de dominación que se basa en un sistema de clasificación cuyo elemento central es la noción de “raza”⁹⁸ y “etnicidad”⁹⁹ y que “se produce en el entrelazamiento de las dimensiones materiales y simbólicas”¹⁰⁰. Estas categorías configuraron —*inventaron*— nuevas “identidades”, sobre la base de relaciones desiguales, en las que el sujeto dominador creía al *otro* —al “negro”, al “indio”— inferior y por lo tanto merecedor de ser dominado. Estas categorías tuvieron una serie de usos imprescindibles en la fundación y consolidación del sistema-mundo moderno/colonial y continúan teniendo efectos verificables en cada contexto, en cuanto son “construcciones intersubjetivas asumidas como categorías de significación ahistórica”¹⁰¹, o sea, que han sido naturalizadas. Por lo tanto, hoy en día siguen siendo mecanismos de sometimiento: “la colonialidad [se vuelve] el modo más general de dominación en el mundo actual, una vez que el colonialismo como orden político explícito fue destruido”¹⁰². Está presente en distintas dimensiones, como en el poder, en el saber y en el ser. Incluso, se ha introducido el término de “colonización del imaginario”, que se refiere a una dimensión simbólica de esta lógica, que se despliega a través de la producción y circulación eurocéntrica del conocimiento¹⁰³. Esto implica la imposición de ideas, imágenes, símbolos y modos de significación discursiva o visual,

96 Ibid, 57.

97 Ibid, 50.

98 “La noción de raza no se relaciona con el color de la piel o la pureza de la sangre sino con la categorización de individuos según su nivel de similitud o cercanía respecto de un modelo presupuesto de humanidad ideal” Mignolo, *La idea de América Latina*, 41.

99 Amplía y complejiza la noción de raza pues incluye, además, “la lengua, la memoria y un conjunto de experiencias compartidas pasadas y presentes, por lo que comprende un sentido cultural de comunidad”. Mignolo, *La idea de América Latina*, 42.

100 Beatriz Colombi, *Diccionario de términos críticos de la literatura y la cultura en América Latina*, 2021, 103.

101 Aníbal Quijano, «Colonialidad y modernidad/racionalidad», *Perú Indígena* 13, n.º 29 (1992): 12.

102 Ibid, 14.

103 Ibid, 12.

que, como se ha establecido, son medios muy eficaces de control social y cultural.

Se reafirma que la dominación no ha acabado. Los mecanismos en cuestión no han podido ser socavados por cambios sociales y políticos: su lógica ha continuado operando al adaptarse a nuevos discursos y dinámicas. Así, suele pasar inadvertida. Porque la modernidad ha tenido la capacidad de producir discursos que aparentan dar soluciones a opresiones notables. Pero esta no puede superar la colonialidad por completo, porque la necesita y la produce¹⁰⁴. Pervive, entonces, bajo otras formas.

Nacionalismo y su representación simbólica

A partir de los proyectos independentistas y el nacimiento de los Estados modernos en el siglo XVII, ha habido transformaciones en la dominación mencionada. Surgió un nuevo tipo de comunidad: la “nación”. Anderson propone definirla como “una comunidad política imaginada como inherentemente limitada y soberana”¹⁰⁵. Es imaginada en el sentido de “creada” o “inventada” —como la idea misma de América—. De modo que su existencia no obedece a un hecho primario sino a una creación social con bases históricas. El nacionalismo, que es lo que la produce, es un artefacto cultural moderno de una clase en particular¹⁰⁶. Los integrantes de la nación, aunque se desconocen entre ellos, tienen presente la imagen de su comunión y así logra prevalecer un sentido de fraternidad y compañerismo, independientemente de las fracturas que haya en el cuerpo social. Asimismo, se imaginan como una comunidad limitada, pues necesita estar bien definida para distinguirse de otras naciones; y ser soberana para tener libertad y poder¹⁰⁷. El nacionalismo ha resultado ser un mecanismo muy efectivo en su papel unificador y ha generado apegos muy profundos. Tanto así que hoy en día la nacionalidad es, en términos jurídicos, un atributo de la personalidad.

Así pues, en el continente americano, para marcar una ruptura frente al poder monárquico, las nacientes naciones se imaginaron a sí mismas libres, autónomas e independientes —aunque muy parecidas a la metrópoli—. Pero, ¿cómo se crea? La nación se inventa a través de distintos procesos que la hacen, al menos en apariencia, homogénea: se unifican las soberanías, se demarca un territorio y se crea una cultura nacional —historia, literatura, banderas, himnos, símbolos, imágenes, entre otros—, para así definir la identidad del sujeto. Todos estos procesos, sin embargo, están dirigidos por quienes dominan.

Para Hobsbawm, este proceso de definir una nación, y así clasificar a grupos de seres humanos, constituye un problema. A la nación la antecede el nacionalismo (y no al revés)¹⁰⁸: este “es un principio

104 Mignolo, *La idea de América Latina*, 37.

105 Benedict R. O’G Anderson, *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016), 23.

106 *Ibid.*, 21.

107 *Ibid.*, 25.

108 E. J Hobsbawm, *Naciones y nacionalismo desde 1780* (Barcelona: Crítica, 1998), 18.

que afirma que la unidad política y nacional debería ser congruente¹⁰⁹. Pero ¿cómo darle características únicas e invariables a entidades tan complejas, heterogéneas y contingentes? ¿cómo hacer encajar entidades históricas y cambiantes en estructuras que pretenden una permanencia y uniformidad? Aunque los mismos integrantes de dicha comunidad crean pertenecer a una unidad básica y fundamental de la existencia social, no hay criterios satisfactorios —ni objetivos, ni subjetivos— para decidir esta clasificación esencialista¹¹⁰. Los criterios que se han usado para este propósito —la lengua, la etnicidad, la raza, la historia, etc.— se refieren a categorías muy problemáticas. No solo porque responden a la lógica de la colonialidad, sino también porque son, en todo caso, nociones mutables. De modo que bajo esta unidad hegemónica las identidades disidentes, una vez más, se invisibilizan o deslegitiman.

La historia, entonces, debía escribirse conforme a los principios nacionales. Debía cumplir con el propósito de crear una identidad colectiva capaz de reunir a los pueblos. Esto, bajo la idea de una genealogía compartida y con el amparo de hitos que marcaron su devenir histórico. Pero, ¿cómo unir grupos de humanos cuya existencia y experiencia la había marcado “el mayor genocidio de la historia humana”¹¹¹? ¿De qué forma se puede superar una división tan radical? Olvidar las tragedias resulta una estrategia característica en la configuración del pasado nacional¹¹². De este modo, los acontecimientos se ficcionalizan a través de la eliminación del conflicto para que el colectivo nacional logre existir naturalizado y sublimado¹¹³. El entrecruzamiento de memoria y olvido es elemental en esta configuración histórica: el poder determina qué y de qué manera se recuerda; de qué forma se activa o desactiva la memoria. Esta se encauza a través de distintos recursos discursivos —historiografía, literatura, estructuras políticas de poder, monumentos conmemorativos, obras de arte, etc.— que las instituciones han patrocinado. Asimismo, es posible identificar mecanismos políticos que se han usado para desactivar la memoria de algo, lo que constituye una suerte de prescripción del olvido¹¹⁴.

Así pues, una hazaña gloriosa de la patria reluce sólo a través de capas y capas de olvido. Pero, ¿qué implicaciones tiene esto? El olvido es asimétrico, no significa lo mismo para todos: “existen individuos y grupos a quienes el olvido les conviene, pero también hay otros que no tienen interés alguno en olvidar, y no pueden, porque sus cuerpos recuerdan”¹¹⁵. Entonces, la prescripción, directa o indirecta del olvido es problemática. Porque aunque se asume que es impersonal —las cosas “se olvidan”— los sujetos son los que olvidan. Para algunos —las víctimas, por ejemplo— existe la necesidad de no olvidar, por lo que buscan transmitir y compartir su recuerdo.¹¹⁶ Esto, dado que al recordar se efectúa un reconocimiento, lo que puede dar paso a un juicio o una sanción —legal, simbólica, etc.— y even-

109 Ibid, 17.

110 Ibid, 14.

111 Todorov, *La conquista de América*, 15.

112 Anderson, *Comunidades imaginadas*, 283.

113 Denis Bertrand, «Pos-posmemoria. Desgaste del tiempo, olvido, reactivación», 2021, 7.

114 Ibid, 9-14.

115 Ibid, 17.

116 Ibid, 18.

tualmente una clausura, como puede ser el perdón. En todo caso, como se ha mencionado antes, este juego o negociación entre memoria y olvido resulta muy relevante, pues así se afianza una suerte de identidad, ya sea personal o colectiva.

En Colombia, el proceso de construcción de la idea de nación se dio a finales del siglo XIX y buena parte del siglo XX. Durante este periodo, se consolidó un imaginario nacional que respondía al principio de unificar el relato histórico para, así, afianzar una memoria e identidad pública¹¹⁷. Se crearon numerosos objetos e imágenes que representaban personas o hechos relativos a la historia *patria*, con el fin de nutrir el mito fundacional del país. Entre ellos, están los monumentos de próceres tanto de la independencia como de la conquista y la colonia. El fin de estos monumentos era, justamente, “mantener hazañas o destinos individuales siempre vivos y presentes en la conciencia de las generaciones venideras”¹¹⁸. De este modo, los personajes fueron retratados con un perfil heroico, celebrados y glorificados como protagonistas de la historia nacional.

El auge de la construcción de estatuas y monumentos en las principales ciudades de América Latina, la llamada “estatuomanía”, fue durante la celebración de los centenarios de independencia ocurridos entre 1908 y 1922¹¹⁹. El periodo de consolidación de lo nacional también coincide con la modernización de las ciudades. Estas tramas narrativas, entonces, se fueron insertando en el tejido material ciudadano mediante objetos icónicos. Por ejemplo, las plazas, antes de mercado, se reconfiguraron: con la inclusión de monumentos cambió su uso y se volvieron contenedores simbólicos de una ciudad moderna que celebraba su historia¹²⁰. De modo que el Estado, mediante el emplazamiento de estas estatuas, fue reclamando los principales espacios públicos para la nación. Para las elites latinoamericanas, la incorporación de estos símbolos en el espacio urbano era crucial para darle a este un contorno de modernidad y progreso. Se adoptó, entonces, un modelo de ciudad que les permitiera ser vistos desde fuera como parte de la “civilización” europea, y así ser reconocidos dentro de esa comunidad¹²¹. La Junta Nacional del Centenario y varias Juntas Departamentales asignaron cuantiosos recursos para la realización de este proyecto. Incluso, le dieron preferencia frente a otros que no se llegaron a ejecutar por falta de fondos. Además, los comisionaron a artistas y casas litográficas europeas, pues había desconfianza frente a la producción nacional en estas áreas¹²². Es decir, los productos artísticos del país no eran considerados dignos de ser indicadores de “progreso”. En este sentido, se debe entender que

117 Amanda Carolina Pérez, “La independencia como gesta heroica en el continuo histórico nacional: la “densidad” de la representación 1880 1909” En *Las historias de un grito : doscientos años de ser colombianos : exposición conmemorativa del bicentenario* (Bogotá D.C: Museo Nacional de Colombia, 2010), 76.

118 Alois Riegl, *El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen*, La balsa de la medusa 7 (Madrid: Visor, 1987), 23.

119 Carolina Vanegas Carrasco, «“Estatuomanía” en América Latina. Aproximaciones a la escultura conmemorativa de fines de siglo XIX y comienzos del siglo XX», *Arquitextos*, n.º 35 (17 de mayo de 2021): 67-82.

120 Carolina Vanegas Carrasco, “Representaciones de la independencia y la construcción de una “imagen nacional” en la celebración del Centenario en 1909” de la representación 1880 1909” En *Las historias de un grito : doscientos años de ser colombianos : exposición conmemorativa del bicentenario* (Bogotá D.C: Museo Nacional de Colombia, 2010), 124.

121 Vanegas, “Estatuomanía en América Latina”, 69.

122 Vanegas, “Representaciones de la independencia”, 124.

la proliferación de escultura pública tuvo un alcance simbólico muy profundo¹²³, tanto en el ámbito político, como en el urbano. La ciudad buscaba ser la viva imagen de la nación, hecha al estilo europeo, con monumentos que mostraran su legado.

Ahora bien, se preguntarán porqué también se representaba a los conquistadores y no solo a los próceres de la independencia. ¿Acaso no nos estábamos liberando del yugo español? En realidad, el ideal de nación tenía un enfoque hispanista¹²⁴. Esto, porque por un lado los conservadores y la Iglesia valoraban la herencia y tradición católica hispánica. Otros sectores más progresistas asumieron la hispanidad como una forma de resistencia a la intervención norteamericana¹²⁵. Asimismo, España, con su participación en los Centenarios de Independencia, buscó reafirmar su liderazgo y jerarquía moral frente a las antiguas colonias¹²⁶. Esto, con el fin de asegurar una suerte de continuidad y también una especie de “reconquista espiritual”¹²⁷ española de América. De este modo, el país niega perder su hegemonía en el relato de América. Por su parte, la hispanidad, como doctrina y mito, fue un instrumento muy potente en la consolidación de la dictadura franquista¹²⁸ y aún sigue presente en algunos sectores políticos.

Movilización en contra de símbolos

Llegado a este punto, es posible identificar porque la figura monumental del conquistador resulta polémica. Esto es porque ha servido para mantener la perspectiva eurocéntrica con la que se ha contado la historia de la “conquista”. En estos monumentos se percibe —de manera más obvia que en otras imágenes— las cualidades tangibles de la ideología que los produjo y que representan¹²⁹. En este caso, materializan la mirada moderno/colonial sobre el pasado y existen para celebrar el mito de la unidad nacional. De este modo, se hace evidente que no son figuras neutrales —aunque hayan sido creadas para neutralizar— ni tampoco reflejan una verdad histórica. Al contrario, las imágenes son usadas con fines propagandísticos, que sirven a ciertos intereses políticos, por lo que su “verdad” está distorsionada, falseada. Su aspiración es, más bien, imponer una memoria histórica de piedra —o bronce—, sin cuestionamientos, ni grietas¹³⁰. Porque, realmente, lo que importa de estos monumentos no es la

123 Adrián Gorelik plantea una dependencia entre los artefactos urbanos y la cultura, por lo que define espacio público como “el producto de una interpretación sobre la relación entre la forma urbana y la cultura política de un momento determinado de la historia”. Vanegas, “Estatuomanía en América Latina”, 70.

124 Vanegas, “Representaciones de la independencia”, 110.

125 Ibid.

126 “En los fundamentos intelectuales del Consejo de Hispanidad (...) se dice que “fue privilegio de las épocas forjadoras de la Historia el crear normas y estilo con que perpetuarse. Cuando España alega en este amanecer de su vida futura su condición de ser eje espiritual del Mundo Hispánico como título de preeminencia en la empresas universales no pretende sino valorizar los ideales que le dieron ser en su día, constituyendo aporte generoso al caudal de la civilización” (decapitados)

127 Véase: Gonzalo Navajas Navarro, «El hispanismo en la era global», *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2008.

128 Riaño, “Decapitados”.

129 Vanegas, “Estatuomanía en América Latina”, 69.

130 “un recuerdo evocado demasiado a menudo y expresado en forma de historia tiende a convertirse en un estereotipo... cristalizado, perfeccionado, adornado.” Primo Levi, *Si esto es un hombre* (Barcelona: El Aleph, 2013).

historia, “sino lo que la historia del homenajeado puede aportar a los intereses que se imponen a los ciudadanos”¹³¹. Podrían tener un valor histórico, si se exponen las condiciones que determinaron su creación y si se contextualiza el discurso ideológico que la imagen pretendía introducir al público¹³². De lo contrario, son símbolos de un poder que puede ser controvertido y en efecto lo ha sido, pues son considerados por algunos como símbolos de odio y opresión.

Las personas, entonces, se oponen a estos monumentos porque fueron creados bajo un modelo de exclusión. Como se ha dicho, no representan una historia común y plural. Son, más bien, una recreación interesada de los acontecimientos, en la que se oculta e invisibiliza a gran parte de la población. Así pues, si en el espacio público sólo son visibles monumentos que glorifican una perspectiva del relato, los excluidos del mismo brillan por su ausencia: “cuanto más se exagera el halago propio, más se silencia la ausencia del otro. Así funcionan los símbolos: celebran para excluir (lo que no quieren que esté)”¹³³. Y si el *otro* aparece, suele presentarse exotizado, y no como un sujeto de derechos. De este modo, los que se movilizan en contra de estas figuras no están interesados en borrar la historia —censurarla—, ni mejorarla. Solo quieren que, simbólicamente, se deje de imponer un relato hegemónico, pues aunque el pasado sea inalterable, los símbolos si se pueden transformar. Aún así las autoridades públicas, y algunos sectores de la población, insisten en conservarlos inmortales e imperturbables.

Así pues, la movilización en contra de los monumentos deja ver que estos constituyen espacios de disputa democrática. Su significado simbólico muta de acuerdo a la mirada, que a su vez cambia a través de las generaciones, sus intereses, sensibilidad y toma de posición. En este sentido, son espacios “donde las sociedades definen sus identidades y objetivos, definen sus enemigos, organizan su pasado, su presente y su futuro”¹³⁴. Es decir, a través de sus símbolos es posible gestionar el pasado, porque el espacio público, con todo lo que comprende, constituye un espacio político por excelencia, dónde se construye el vínculo:

“la cohesión social sucede cuando la sociedad defiende y protege las particularidades individuales de todos sus componentes que ayudan a la convivencia. La sociedad abierta y libre lo es porque se cuestiona continuamente si lo es, y porque al hacerlo genera en todas sus ciudadanos la confianza de que no serán excluidos ni atacados. Existir se conjuga en plural”¹³⁵

Para eso, es justo y necesario revalorar los mitos y leyendas nacionales, interrogar el pasado de forma crítica y honesta sobre nuevas preocupaciones y obsesiones, y reivindicar los sujetos y fragmentos de

131 Riaño, “Decapitados”.

132 Ibid.

133 Ibid.

134 José Murilo de Carvalho, *La formación de las almas: el imaginario de la República en el Brasil*, Intersecciones (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997), 17. Citado en: Vanegas, “Estatuomanía en América Latina”, 69.

135 Riaño, “Decapitados”.

la historia que hayan sido olvidados. De este modo la historia cambia, se desarrolla y se avanza en la resolución del conflicto social: “algunas de las guerras más difíciles y prolongadas de las sociedades de todo el mundo han tratado de aquello que se omitió o se minimizó al relatar una historia... y lo que debía constar”¹³⁶.

Patrimonio

Esta actitud activa y participativa —aunque implique violencia—, respecto a la disposición de los monumentos y otros símbolos del espacio público, es de algún modo consistente con la forma en que se ha entendido el patrimonio cultural, en el régimen jurídico colombiano¹³⁷. Esta es una noción amplia y dinámica porque depende de la noción de cultura misma. De modo que, a lo largo del tiempo, se lo ha valorado diferentemente y a partir de las funciones que se le ha asignado. Sin duda, una de ellas ha sido la de servir a recordar la historia y el pasado, por lo que adquiere gran relevancia la tarea de conservarlo y protegerlo, con el fin de garantizar, justamente, el mantenimiento de una identidad histórica como comunidad humana. No obstante, como se ha establecido, es común que el Estado erija patrimonios de arriba hacia abajo. Con esta imposición no siempre se genera apropiación por parte de la comunidad y puede ser, incluso, inadecuada: “el monumento en su sentido tradicional recordaba y recordaba, pero de una manera muy jerárquica, muy vertical, muy hegemónica, colonial”¹³⁸. Esto, debido a que la función de los monumentos o el patrimonio no es estática: se activa cuando aquello que busca ser evocado entra en contacto con los individuos o los colectivos. Es decir, los monumentos, más allá de ser objetos, son sujetos a ser leídos, vividos, interpretados e interpelados.

Ahora bien, a partir de la Constitución Política de 1991 la concepción y gestión del patrimonio ha cambiado¹³⁹. La instauración de una democracia participativa y representativa favoreció la consolidación de un modelo en el que la identificación y gestión de bienes culturales incluyera, necesariamente, a las comunidades; antes, esto se hacía de forma exclusiva por organizaciones gubernamentales y expertos¹⁴⁰. Por otra parte, la declaración constitucional de una identidad multicultural¹⁴¹ ha favorecido el que se identifiquen estos bienes en relación con distintos grupos; el anterior modelo, de identidad

136 Margaret MacMillan, *Usos y abusos de la historia* (Barcelona: Ariel, 2014). Citado en Riaño, “Decapitados”.

137 Ley 397 de 1997, 7 de agosto de 1997. Ley General de Cultura y la Ley 1185 de 2008, que modifica la anterior: “Recogen y armonizan los instrumentos internacionales, y crean un sistema de protección y salvaguarda para todas aquellas expresiones, bienes, productos, entre otros, que identifican a la sociedad como colombianos.”

138 Saldarriaga, Manuela. “El patrimonio es un cadáver exquisito”. Cerosetenta. 17 de febrero de 2020. <https://cerosetenta.unian-des.edu.co/la-guerra-de-las-estatuas/>

139 Carta Política. art. 70, 71 y 72.

140 María Clara van der Hammen, Thierry Lulle, y Dolly Cristina Palacio, «La construcción del patrimonio como lugar: un estudio de caso en Bogotá», *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, n.º 8 (enero de 2009): 61-85.

141 Carta Política, art 1 y 7.

nacional unívoco, sólo privilegiaba los que corresponden al ideal de nación. Por último, la reforma a la administración pública, hacia un sistema descentralizado, permite que haya autonomía, responsabilidad y recursos en la identificación y gestión de patrimonios a nivel local¹⁴².

Conclusiones

Llegado a este punto, se procede a hacer un examen para determinar si estos actos efectivamente constituyen un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, o si, por el contrario, pueden ser limitados. Como se ha establecido antes, se presume que, como todo discurso, está protegido por el régimen jurídico colombiano. Incluso, por su contenido político e identitario, estos actos pueden ser objeto de especial protección. En principio, este derecho fundamental prevalece sobre otros¹⁴³, como sobre la obligación de proteger las riquezas culturales de la nación¹⁴⁴, o el deber del Estado de proteger la integridad del espacio público y su destinación al uso y goce común¹⁴⁵. Estos actos tampoco se podrían censurar de forma previa a su realización¹⁴⁶.

Ahora bien, para blindar el contraargumento de que los actos de iconoclasia constituyen un discurso de odio y por lo tanto no están cubiertos por la presunción de cobertura *ab initio*, se procede a realizar el mencionado *test tripartito* y así determinar si alguna restricción, al acto en cuestión, es legítima.

Primero, la limitación debe responder al principio de legalidad, que se refiere a que esta debe estar prevista en una norma clara, expresa y taxativa. Este principio sí se cumple. Puesto que, además del deber constitucional de proteger los bienes de interés cultural, existe la prohibición explícita de “dañar” bienes públicos en el Código de Policía¹⁴⁷, que prevé sanciones al respecto. Además, existe el delito de daño al bien ajeno¹⁴⁸.

Continuando, el segundo principio dicta que las limitaciones deben estar orientadas al logro de objetivos legítimos, taxativamente citados en el art. 13.2 de la CADH. Es decir, “la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública”. Este principio es difícil de aplicar en cuanto la noción de “orden público” es muy difusa. Se ha establecido que este no puede ser invocado para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real el derecho en cuestión: debe ceñirse a las exigencias de una sociedad democrática en la que se tenga en cuenta el equilibrio de los intereses

142 Carta Política, art. 313.

143 Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

144 Carta Política, art. 8o.

145 Ibid, art. 82.

146 Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

147 Ley 1801 de 2016, 29 de julio de 2016. Código Nacional de Policía y Convivencia, art. 140.

148 Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal Colombiano. *Diario oficial* 44097. art. 265.

y las características de los actores involucrados¹⁴⁹. Incluso, la Corte IDH ha establecido que la mayor garantía del orden público es la existencia de una democracia funcional:

“[este concepto] reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto (...) que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹⁵⁰

En concordancia con lo anterior, la democracia supone abrir y producir espacios de litigio y polémica en los que las personas puedan manifestarse. En todo caso, la comprensión de este ejercicio no puede desestimar el funcionamiento de las estructuras sociales y su desigualdad —económica, política y cultural—. Porque esto, a su vez, nos informa sobre la estructura de oportunidades de comunicación y expresión. El Estado, entonces, debe corregir las distorsiones que produce la desigualdad en la estructura social, para asegurar que quienes tienen poca capacidad expresiva puedan, igualmente, ser parte del debate público.

La protesta social, por ejemplo, abre un espacio de litigio. Esta resulta relevante en cuanto constituye un derecho y medio fundamental para ciertas poblaciones —que suelen ser las más vulnerables—, para hacer visibles situaciones de emergencia, interpelar a las autoridades competentes y hacerles peticiones —que de otra forma no serían oídas—. Esto les supone, a los grupos desaventajados, la necesidad de crear potentes estrategias de comunicación: como el acto de transformar simbólicamente una imagen a través de su destrucción total o parcial. Esta forma de protesta social no puede considerarse, por sí misma, una amenaza a la democracia. Puede ser, más bien, una expresión de ella. Al respecto, resulta necesario mencionar que la criminalización de la protesta social, y de sus estrategias comunicativas, puede ser un medio de censura indirecta. Al igual que estigmatizar a los manifestantes y sus actos como vándalos y vandálicos, respectivamente. Ahora, la justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a una amenaza —cierta y creíble— de una perturbación potencialmente grave que implique un riesgo para el funcionamiento de la democracia¹⁵¹. De modo que este principio de legitimidad no se cumple para el caso que se ha propuesto, puesto que implicaría la desprotección de múltiples sujetos en su derecho a ejercer, efectivamente, la libertad de expresión en el seno de una democracia¹⁵².

Por último, está el principio que dicta que i) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el objetivo que persigue —la preservación del orden público, la seguridad nacional etc— ; ii) que sea idónea para cumplir el objetivo y iii) que la limitación sea proporcional en su alcance al objetivo en cuestión. Así pues, suponiendo que efectivamente haya una amenaza al orden público, la limitación, directa o indirecta, de no realizar actos iconoclastas no tendría porqué conllevar la res-

149 Botero Marino et al., *El derecho a la libertad de expresión*, 62.

150 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 64.

151 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión., párrs. 80-82.

152 Esteban Rodríguez, «La democracia amordazada: Libertad de expresión, estructura desigual, protesta social y activismo estatal», *Memoria Académica*, V Jornadas de Sociología en la UNLP, 2008, 20.

tauración del mismo. Incluso, la represión de esta expresión puede ser contraproducente¹⁵³, en cuanto puede avivar aún más la insurrección e insumisión, por lo que tampoco sería idónea. Finalmente, la medida no sería proporcional. Porque se estaría privilegiando la integridad de un bien material —que aunque sea protegido por su valor cultural, en últimas puede ser restaurado—, por encima de la posibilidad de que las personas se realicen como sujetos políticos y así reivindiquen su lugar en la memoria histórica y hagan justicia simbólica.

Al determinar que la limitación no procede, se puede concluir que los actos de iconoclasia, contra la imagen monumental de los “conquistadores”, efectivamente constituye un ejercicio legítimo de libertad de expresión. La población se moviliza porque es responsable de su actualidad y devenir político, social e histórico. De modo que se levantan frente a estos símbolos de poder, porque constituyen una mirada opresiva; no solo del relato histórico que los ha marcado, sino de la identidad nacional que excluye su diversidad del imaginario y paisaje simbólico. Se trata, claro, de una actitud y actuación conflictiva, problemática y disidente; pero ahí está el corazón de la democracia: la posibilidad de negarse a algo que no se cree, y resistir. En especial si se trata de algo que, para ciertas personas, significa odio. Así pues, luego de ver caídas las estatuas de estos personajes —despreciables, para muchos— se crea una nueva imagen muy potente: el pedestal sin figura: un vacío muy elocuente¹⁵⁴. Este vacío resulta necesario para darle espacio a la imaginación de pensar y simbolizar alternativas que sean justas y dignas para todos en la sociedad¹⁵⁵.

153 Instrumentos de interpretación de régimen jurídico internacional incluso desaconsejan prohibir los discursos de odio, a menos que sean severos, porque en la práctica tienen efectos contraproducentes: los victimarios se victimizan por ser “reprimidos”. Article 19, «Hate Speech».

154 Riaño, “Decapitados”

155 “la resistencia civil contra el odio también implica, a mi modo de ver, reconquistar los espacios de la imaginación” Carolin Emcke, *Contra el odio*, trad. Belén Santana López, 1. Auflage, Pensamiento (Bogotá: Taurus, 2017). Citado en: Riaño, “Decapitados”.

Bibliografía

Doctrina

Almeida, Maria Cândida Ferreira de, Norman Valencia, y Alcir Pécora, eds. *Pensar el Brasil hoy: teorías literarias y crítica cultural en el Brasil contemporáneo*. Primera edición. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Artes y Humanidades, Departamento de Humanidades y Literatura : Ediciones Uniandes, 2013.

Anderson, Benedict Richard O’Gorman. *Comunidades imaginadas : reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo / Benedict Anderson ; traducción de Eduardo L. Suárez.*, 1993.

Article 19 (Organization). «Hate Speech» Explained: A Toolkit., 2015.

Bassa Mercado, Jaime, y Daniel Mondaca Garay. «Protesta social y derecho: una tensión irresoluble». *Izquierdas*, n.º 46 (mayo de 2019): 105-36.

Belting, Hans. *Antropología de la imagen*. Traducido por Gonzalo María Vélez Espinosa. Buenos Aires, Madrid: Katz, 2007.

Imagen y culto : una historia de la imagen anterior a la edad del arte. Traducido por Cristina Díez y Jesús Espino. Madrid: Akal, 2009.

Bertoni, Eduardo. ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? : derecho penal y libertad de expresión en América Latina / Eduardo Bertoni, compilador., 2010.

Burke, Peter. *Visto y no visto : uso de la imagen como documento histórico*. Traducido por Teófilo de Lozoya. Barcelona: Crítica, 2001.

Choay, Françoise. *Alegoría del patrimonio*. Barcelona, España: Gustavo Gili, 2007.

Colombi, Beatriz. *Diccionario de términos críticos de la literatura y la cultura en América Latina*, 2021.

Contreras, Fernando R. «UNA APROXIMACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DE LA IMAGEN A LA INVESTIGACIÓN DE LA ICONOCLASIA.» *Revista de Filosofía* (00348236) 78 (1 de enero de 2021): 19-19-35.

Dávila, María José. «La destrucción de imágenes monumentales como instrumento de reivindicación política y cultural». Universidad de los Andes, 2021.

Díaz Cruz, Rodrigo. «Iconoclasia, performance y la opacidad de la presencia». *Alteridades* 27, n.º 54 (diciembre de 2017): 13-26.

Eco, Umberto. *Signo*. 1. ed. Temas de filosofía. Barcelona: Labor, 1976.

Emcke, Carolin. *Contra el odio*. Traducido por Belén Santana López. 1. Auflage. Pensamiento. Bogotá: Taurus, 2017.

Fjeld, Anders, Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), y Université de Paris VII, eds. *Movimientos sociales y subjetivaciones políticas*. Primera edición. Colección General. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, 2016.

Freedberg, David. *El poder de las imágenes: estudios sobre la historia y la teoría de la respuesta*. Madrid: Cátedra, 1992.

Fuzesi, Stephen, William A Galston, Suzanne Garment, Ellen Hume, Jerry Hyman, Alex S Jones, Susan King, et al. «Estándares internacionales de libertad de expresión: guía básica para operadores de justicia en América Latina», agosto de 2017, 40.

Gamboni, Dario. *La destrucción del arte: iconoclasia y vandalismo desde la Revolución Francesa / Dario Gamboni; traducción de María Condor*. Traducido por María Condor Orduña. Madrid: Cátedra, 2014.

Gargarella, Roberto. «La concepción constitucional de la libertad de expresión». *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (julio de 2013).

———. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

González-Varas Ibáñez, Ignacio. *Las ruinas de la memoria: ideas y conceptos para una (im)posible teoría del patrimonio cultural*. Primera edición. Teoría. México, D.F.: Siglo Veintiuno Editores [u.a.], 2014.

Gruzinski, Serge, ed. *La guerra de las imágenes: de Cristóbal Colón a «Blade Runner»; (1492 - 2019)*. 1. ed. en español. Sección de obras de historia. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Hammen, María Clara van der, Thierry Lulle, y Dolly Cristina Palacio. «La construcción del patrimonio como lugar: un estudio de caso en Bogotá». *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, n.º 8 (enero de 2009): 61-85.

Inter-American Commission on Human Rights y Rapporteurship on the freedom of expression. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2010.

Las historias de un grito: doscientos años de ser colombianos: exposición conmemorativa del bicentenario / Museo Nacional de Colombia., 2010.

Mandoki, Katya. *Estética cotidiana y juegos de la cultura: prosaica I*. 2. ed. México: Conaculta : Fonca : Siglo Veintiuno Editores, 2008.

Meiklejohn, Alexander, Robert C. Post, Owen M. Fiss, Jack M. Balkin, y Roberto P. Saba. *Libertad de expresión : un ideal en disputa / Alexander Meiklejohn, Robert C. Post, Owen Fiss, Jack M. Balkin ; estudio preliminar Roberto Saba.*, 2021.

Michonneau, Stéphane. «La memoria, ¿objeto de historia?», s. f., 19.

Mignolo, Walter. *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. 1a. ed. Biblioteca Iberoamericana de pensamiento. Barcelona (España): Gedisa Editorial, 2007.

Destruir imágenes monumentales como medio de reivindicación social y política: libertad de expresión en la disputa sobre los símbolos y la memoria histórica

Valeria López Acuña

Pablo, Barruenzo Vaquero. «Derribo de estatuas: ¿revanchismo inculto o legítima rebeldía?» *The Conversation*, septiembre de 2020.

Pacheco, Rubén Darío. «Un taco de dinamita». *El Universal*, 26 de septiembre de 2013.

Padilla Peñuela, Christian. *La llamada de la tierra: el nacionalismo en la escultura colombiana*. 1. ed. Colección de ensayos sobre el campo del arte colombiano. Ensayos de autor 2007. Bogotá: Fundación Gilberto Alzate Avendaño : Alcaldía Mayor, 2008.

Portela Montoya, Maria Victoria. «La resignificación del Patrimonio Cultural: un derecho disciplinado», septiembre de 2020.

Quintana, Laura. ¿Cómo se forma un sujeto político? prácticas estéticas y acciones colectivas. Editado por Carlos Andrés Manrique. Primera edición. Colección General. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Filosofía, 2016.

Riaño, Peio H. *Decapitados: una historia contra los monumentos a racistas, esclavistas e invasores*. 1. ed. Barcelona: B, 2021.

Riegl, Alois. *El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen*. La balsa de la medusa 7. Madrid: Visor, 1987.

Rodríguez, Esteban. «La democracia amordazada: Libertad de expresión, estructura desigual, protesta social y activismo estatal». *Memoria Académica*, V Jornadas de Sociología en la UNLP, 2008, 20.

Rojas-Sotelo, Miguel. «Iconoclastia, justicia indígena, historia y memoria. Actos de fabulación y soberanía». *Estudios Artísticos* 8, n.º 12 (17 de mayo de 2021).

Sánchez Sorondo, Gabriel. *Historia oculta de la conquista de América*. Colección Historia incógnita. Madrid: Ediciones Nowtilus, 2009.

Velandia Onofre, Darío. *Destrucción y culto: políticas de la imagen sagrada en América y España (1563-1700)*. 1. ed. Colección Historia y teoría del arte. [Bogotá, D.C.,] Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Artes y Humanidades : [Ediciones Uniandes, 2021.

Normas

Constitución Política de la República de Colombia, 20 de julio de 1991. *Diario oficial* 51990, arts. 7, 8, 20, 82.

Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal Colombiano. *Diario oficial* 44097. art. 265.

Ley 1801 de 2016, 29 de julio de 2016. Código Nacional de Policía y Convivencia, art. 140.

Ley 397 de 1997, 7 de agosto de 1997. Ley General de Cultura

Ley 1185 de 2008, marzo 12 de 2008. “Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones”.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-403 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-056 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-104 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

Destruir imágenes monumentales como medio de reivindicación social y política: libertad de expresión en la disputa sobre los símbolos y la memoria histórica

Valeria López Acuña

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015 de 2015, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-329 de 2018, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia.. Sentencia T-155 del 4 de abril de 2019, Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.

Instrumentos internacionales

Organización de los Estados Americanos:

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 Noviembre 1969, art. 131, 13.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta Democrática Interamericana*, 11 de septiembre de 2001, art. 43.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 2 Mayo 1948, art. IV.

Organización de las Naciones Unidas:

Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), art. 19.

Organización de las Naciones Unidas (ONU): Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 2200 A (XXI), 16 Diciembre 1966, 2200 A (XXI), arts., 19, 20.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General 34 – Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Libertad de opinión y libertad de expresión.

Aprobada en el 102º periodo de sesiones, 11 a 29 de julio de 2011. CCPR/C/GC/34.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2014. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15, 31 diciembre 2015, párr. 18.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Aprobada en el 108º periodo ordinario de sesiones, octubre de 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Ponderación y racionalidad: Habermas y una aproximación crítica a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

José Santiago Angarita Durán¹

Recibido: 28 de septiembre de 2022. Aceptado: 13 de diciembre de 2022.

Resumen

La utilidad actual de la ponderación como mecanismo metodológico para la decisión judicial es innegable. Sin embargo, esto no la ha exceptuado de críticas importantes que deben ser consideradas antes de su plena aceptación como mecanismo en la decisión judicial. Jürgen Habermas, en *Facticidad y Validez*, plantea una de las más relevantes y estructuradas objeciones a la teoría ponderativa, compuesta por dos argumentos principales: uno sustancial, relacionado con el debilitamiento de los Derechos Fundamentales y los juicios irracionales del mecanismo de ponderación; y otro conceptual, fundado en la eventual pérdida de la categoría de corrección del derecho, que traería consigo la ponderación². Se buscará realizar un análisis de los argumentos críticos de Habermas con la finalidad de establecer, previo estudio estructural de la teoría ponderativa de Robert Alexy, que las objeciones a las implicaciones racionales que son ostensibles en la ponderación —resaltadas por Habermas— no pueden ser sostenidas en los actuales sistemas de adjudicación constitucional; además de que no constituyen, propiamente, críticas que pongan en peligro la fuerza de los derechos fundamentales, incluyendo la racionalidad del sistema judicial y su determinación.

Palabras clave

Derecho constitucional, Jürgen Habermas, Ponderación, Robert Alexy, Racionalidad.

¹ Abogado. Egresado con distinción *cum laude* de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta. Magister (c) en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, sede Bogotá. Investigador del Observatorio de Paz de la Universidad Libre. Contacto: joses-angarita@unilibre.edu.co y jsantiagoaduran@gmail.com.

Weighting and Rationality: Habermas and a Critical Approach to Robert Alexy's Weighting Theory.

José Santiago Angarita Durán³

Recibido: September 28, 2022. Aceptado: December 13, 2022.

Abstract

The current usefulness of weighting as a methodological mechanism for judicial decision is undeniable. However, this has not exempted it from important criticisms that must be considered before its full acceptance as a mechanism in judicial decision making. Jürgen Habermas, in *Facticity and Validity*, raises one of the most relevant and structured objections to the weighting theory, composed of two main arguments: one substantial, related to the weakening of Fundamental Rights and the irrational judgments of the weighting mechanism; and another conceptual, based on the eventual loss of the category of correctness of law, which weighting would bring with it. In the present research, an analysis of Habermas' critical arguments will be sought in order to establish, after a structural study of Robert Alexy's weighting theory, that the objections to the rational implications that are ostensible in weighting —highlighted by Habermas— cannot be sustained in the current systems of constitutional adjudication, and do not constitute, properly speaking, criticisms that endanger the strength of fundamental rights, including the rationality of the judicial system and its determination.

Key words

Constitutional law, Jürgen Habermas, Weighting, Robert Alexy, Rationality.

³ Lawyer. Graduated with distinction cum laude from the Universidad Libre of Colombia, Cúcuta section. Magister (c) in Philosophy of Law and Legal Theory, Bogotá campus. Researcher at the Peace Observatory of the Universidad Libre. Contact: joses-angarita@unilibre.edu.co and jsantiagoaduran@gmail.com.

Sumario

Introducción. 1. Conceptualización, alcance y consecuencias de la Teoría de los Principios y de la Teoría ponderativa de Robert Alexy. 2. Conceptualización, alcance y consecuencias de la crítica de la Teoría del discurso de Jürgen Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy. 3. Análisis crítico de la respuesta de Robert Alexy a las críticas de Habermas sobre la racionalidad en la ponderación. 4. Consecuencias sustanciales y conceptuales de la aplicación de la Ponderación a la luz de la crítica de Habermas. Conclusiones.

Introducción

La ponderación es el mecanismo de interpretación y aplicación de derechos fundamentales más utilizado en las jurisdicciones constitucionales⁴. El pospositivismo jurídico⁵, como enfoque metodológico, permite identificar, en las constituciones de la primera mitad del siglo XXI, enunciados normativos que, contrarios a la tradición positivo normativista, no poseen la estructura de supuesto de hecho condicionante y consecuencia condicionada, común en las normas de cualquier ordenamiento jurídico existente en Colombia en la primera y segunda mitad del siglo XX⁶. Esto, por supuesto, significó un gran avance en materia de protección de derechos fundamentales y estructuración del Estado democrático constitucional. Pero, al mismo tiempo, comprometió las formas de considerar la aplicación de normas y los mecanismos utilizados. El cambio de paradigma interpretativo y aplicativo vino acompañado de una nueva forma de considerar al derecho y por supuesto, sus consecuencias en la función judicial.

En el presente artículo se buscará disertar sobre la racionalidad del mecanismo denominado *ponderación de principios* presentado por Robert Alexy y cuál es la relevancia de la crítica realizada por Jürgen Habermas en 1992 sobre el peligro de debilitamiento de los derechos fundamentales como principios (racionalidad del mecanismo) y la pretensión de corrección de la teoría ponderativa. No obstante, para considerar estructuralmente el asunto, es necesario abordarlo sistemáticamente y bajo un orden específico que se propone sea el siguiente:

4 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá, Externado, 2016).

5 Entre el concepto de pospositivismo jurídico y neoconstitucionalismo, concepto ampliamente utilizado actualmente, existen diferencias lógicas y teóricas que requieren ser consideradas. Sin embargo, en vista de la extensión del presente ensayo, se hace necesario obviarlas y adoptar, por conveniencia teórico jurídica, el concepto de pospositivismo jurídico. Véase: Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista”, *Revista de la academia del Colegio de abogados de Pichincha* 2, N° 3 (2017).

6 Hay quienes indican que esta estructura de enunciados normativos no es nueva, sino que es de larga data. Verbigracia, Hans Kelsen ya había señalado una crítica importante sobre lo que denominaba los intereses ponderativos, que presuponen la existencia de normas secundarias o normas con estructura no tradicional de consecuencia jurídica. Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho* (Madrid, Trotta, 2011).

(i) El primer aspecto importante consiste en poder identificar las normas existentes dentro del sistema normativo y la diferenciación lógico conceptual entre reglas y principios. El segundo punto consistirá en estudiar la ponderación y sus principales componentes estructurales, analizando de forma breve su funcionamiento y sus criterios metodológicos. Corresponde esto a la teoría de los principios y a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

(ii) El segundo aspecto consistirá en plantear el problema de la crítica de la Teoría discursiva de Jürgen Habermas sobre la racionalidad en la ponderación y la corrección del derecho en ella.

(iii) Luego de esto, será necesario analizar críticamente las objeciones de Habermas y cuáles son las principales consideraciones sobre ellas en este artículo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 en Colombia se instituyó un nuevo paradigma en el derecho. El control de constitucionalidad y el mecanismo de Acción de Tutela abrieron la puerta a preguntas que no habían tenido relevancia antes en el plano judicial colombiano⁷. Sin embargo, el aspecto que más confusión produjo fue la proposición normativa y la adopción de la transfiguración de su forma tradicional. Las normas jurídicas con este paradigma no serían solamente las estructuradas de forma lógico-deductiva, sino también aquellas cuya estructura solamente hiciera una enunciación específica: principios. Estos, de acuerdo con Robert Alexy, también hacen parte de la clasificación de normas jurídicas y del sistema normativo, pero poseen una estructura distinta que impide, por antonomasia, que su aplicación se realice de forma silogística⁸.

En este orden de ideas, el sistema jurídico no solamente está compuesto por normas con estructura de regla, también lo conforman las normas tipo principio que, pese a no tener la estructura deóntica tradicional, deben ser consideradas normas jurídicas de aplicación y cumplimiento obligatorio dentro del sistema. Para diferenciar mejor los principios de las reglas como normas jurídicas, conforme a Robert Alexy, los principios pueden ser considerados mandatos de optimización que deben cumplirse en la medida de lo jurídica y fácticamente posible⁹. La regla jurídica, por su parte, debe aplicarse de

7 Carlos Gaviria Díaz, 9 Conferencias: Círculo de Viena (Medellín, Señal Editora, 2017).

8 Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales (Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2019).

9 *Ibidem.*, 120.

forma directa y categórica. Desde este punto de vista la diferenciación es clara: las reglas jurídicas y los principios integran el sistema normativo, pero poseen una diferenciación en su aplicación, ¿cómo podemos identificar esta diferencia? ¿Es necesaria una consideración distinta? José Aguiló señala que, con estos cambios introducidos, se requieren nuevas formas teóricas de considerar el derecho:

“Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una re- visión o no del «paradigma» teórico que se fraguó en torno a la idea de «imperio de la ley¹⁰”.

Antes de continuar con los objetivos propuestos, y, de acuerdo con la unidad de análisis utilizada (adjudicación constitucional), se hace necesario analizar cómo se presentan los principios en los textos constitucionales y por qué son aplicados por los funcionarios judiciales en su mandato de adjudicación. Para Robert Alexy, los derechos fundamentales son, por antonomasia de su estructura, la forma más clara en que se presentan los principios en el ordenamiento jurídico constitucional moderno¹¹. Estos principios, carecen de la estructura condicional tradicional de las reglas, pero son considerados normas dentro del sistema jurídico estructuralmente y por mandato de la Corte Constitucional Colombiana¹².

La ponderación es, de acuerdo con lo anterior, una herramienta que permite aplicar las normas tipo principio que no pueden ser aplicadas mediante el método lógico-deductivo de la decisión judicial. Por esto, es necesario estudiar su estructura y sus criterios metodológicos en función de cómo se resuelve la aplicación del principio X o el principio Y. Como se señalaba anteriormente, la ponderación es una herramienta metodológica que permite aplicar los principios teniendo en cuenta la relación de precedencia condicionada entre dos de estos. La ponderación como mandato de optimización es expuesta por Robert Alexy, y de esta misma forma, en el libro *Teoría de los derechos fundamentales*, este ha sido el responsable de brindar de forma más clara la estructura que debe seguir esta herramienta para su aplicación¹³. Estos criterios son los siguientes:

i) Ley de ponderación.

ii) Fórmula del peso.

10 Josep Aguiló Regla, “Positivismo y pospositivismo: Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 30 (2007): 4.

11 Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5, N° 11 (2009): 3-14.

12 Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp. Enrique Cáceres (México, UNAM, 2005).

13 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*.

iii) Cargas de argumentación.

La crítica a la racionalidad de la ponderación fue uno de los temas más tratados en escenarios académicos y de debate sobre la decisión judicial y los derechos fundamentales. Sin embargo, el desarrollo conceptual y teórico que ha tenido en los últimos tiempos no ha sido el deseado. Se considera que la crítica de mayor peso, y, por tanto, la más difícil de rebatir, fue la planteada por Jürgen Habermas en su libro *Facticidad y Validez*, publicado en el año de 1992. Es tan importante y estructurada, que el mismo Robert Alexy dedica el inicio de su epílogo a controvertir esta crítica en sus dos argumentos y a defender la ponderación de la famosa caída de la *barrera cortafuegos* y pérdida de la *pretensión de corrección del derecho*.

Habermas consideró que la definición de principios como mandatos de optimización en sí misma debilita los derechos fundamentales, toda vez, que, al tratarse de un cumplimiento gradual, el criterio que orienta esta graduación no se obtiene de la misma norma y requiere de una ponderación *orientada a fines*¹⁴. También, en el mismo sentido, consideró que de allí se derivaba un problema conceptual que conducía a la pérdida del criterio de las *decisiones correctas* en el derecho. La principal crítica habermasiana gira en torno al hecho de que, si la ponderación se orienta a fines, de acuerdo a la discrecionalidad de quien realice la ponderación, se pueden sacrificar derechos fundamentales buscando proteger derechos de la colectividad democrática, y, además, no existe el criterio de las decisiones judiciales correctas o válidas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos¹⁵.

Lo que se pretende hacer a partir de esta investigación es retomar la crítica habermasiana a la racionalidad en la ponderación y considerarla desde la decisión judicial de forma exclusiva. Si de la misma norma —principio como mandato de optimización— el juez no puede obtener el criterio gradual que le permita determinar la ponderación de dos principios, este sin duda se verá obligado a recurrir a otro tipo de razones justificativas: políticas, sociales, filosóficas y éticas. El inconveniente racional, radica entonces, en que la ponderación sería una mera herramienta especulativa que justifica, mediante criterios estructurales con pretensión de racionalidad, argumentos discrecionales y de alta influencia política y filosófica¹⁶, lo que en sí mismo es un problema cuando se orienta a fines. El apotegma pudiese el siguiente: si el juez es liberal, la ponderación puede ser liberal; si el juez es conservador, la ponderación será conservadora.

14 Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, N° 66 (2002): 13-64.

15 Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Madrid: Trotta, 2011).

16 Esta crítica, conviene señalarlo, no es exclusiva de Habermas en *Facticidad y Validez*. Hans Kelsen, en 1934 señaló que la ponderación de intereses no es una solución al problema de la discrecionalidad judicial en la interpretación correcta de las normas —de hecho, Kelsen considera que esto no posible en la interpretación judicial— sino simplemente un planteamiento del problema mismo, ya que la pauta de decisión de un interés sobre otro no se puede obtener ni de la norma ni de la ley misma. Sin embargo, para Kelsen esto no parece ser más que una consecuencia de la necesaria interpretación normativa.

Seleccionar el criterio gradual es, de acuerdo con Habermas, un asunto subjetivo y orientado a fines no dispuestos ni deliberativa ni racionalmente¹⁷. Esto, por un lado, plantea el problema de la discrecionalidad en la decisión judicial y la racionalidad en el mecanismo de ponderación. Por otro lado, señala la pérdida de tener o pretender decisiones correctas —justas— dentro de un ordenamiento jurídico. De esta forma, al igual que Kelsen, Habermas cree concluir que la ponderación no es un mecanismo de solución racional sino una herramienta que aporta criterios metodológicos que permiten, al intérprete de la colisión, mantener un margen de acción discrecional que puede orientarse a fines en los casos que resuelve.

De acuerdo con lo anterior, resulta fundamental analizar las respuestas que realiza Robert Alexy en defensa de la Ponderación judicial de principios. Esta defensa resulta, para muchos, suficiente e imbatible, resaltando, además, que pese a las limitaciones racionales que tiene la ponderación, esta como mecanismo posee una virtud específica que no tiene la discrecionalidad al momento de decidir empíricamente la afectación de un principio: la sectorización valorativa de los criterios graduales que terminan siendo racionales en su selección¹⁸ (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales 2019). Para efectos de lo anterior, Alexy plantea una serie de ejemplos que pretenden controvertir, en primer lugar, la crítica de la racionalidad, la crítica de la barrera cortafuegos y la crítica sobre la pretensión de corrección. Estos ejemplos deben ser analizados detenidamente y contrastarlos con ejemplos que pueden conducir a conclusiones distintas.

I. Conceptualización, alcance y consecuencias de la Teoría de los Principios y de la Teoría ponderativa de Robert Alexy.

I.2. Principios y reglas: dos categorías de normas jurídicas.

Los ordenamientos jurídicos actuales dentro de su catálogo normativo no contienen un solo tipo de normas. En el ordenamiento jurídico colombiano, verbigracia, son ostensibles las proposiciones normativas con estructuras lógicas distintas entre sí mismas, lo que supone cuestionamientos y dudas sobre la aplicación judicial y el alcance que tiene cada categoría normativa. Es necesario, a partir de esto, realizar una distinción conceptual entre estos distintos tipos y se establecer el alcance y el criterio distintivo específico de cada uno.

De acuerdo con Robert Alexy, la distinción entre reglas y principios tuvo su principal coyuntura en

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

la segunda mitad del siglo XX cuando fue desarrollada en los modelos romano germánicos constitucionales pese a que la terminología que los señalaba era distinta. Además, esta distinción fue utilizada por Ronald Dworkin en su conocida crítica a H.L.A. Hart en 1976 sobre el modelo positivista¹⁹. Esta distinción constituye un desarrollo normativo-teórico sobre la posibilidad y los límites de la racionalidad de los derechos fundamentales y su aplicación. Establecer, por tanto, un criterio distintivo entre reglas y principios y su unificación como normas jurídicas, requiere analizar distintos desarrollos conceptuales y teorías que señalan, por un lado, los principios como normas estructuralmente distintas y los principios como normas que se aplican de manera distinta²⁰.

La primera distinción importante tiene que ver con los conceptos específicos y los conceptos generales. Regla y principio, contrario a algunas conceptualizaciones teóricas que señalan que los principios no son normas, hacen parte de esta categoría conceptual que tiene como esencia propositiva el *deber ser*. Las reglas y los principios pertenecen a una misma categoría deóntica, por lo que la distinción se formula sobre dos tipos de normas²¹.

I.2.1. La generalidad, la determinación de los casos de aplicación y la importancia de las normas en el sistema jurídico como criterio distintivo.

Los principios, al igual que las reglas, son un tipo de norma jurídica. Diferenciar estas tipologías normativas requiere una consideración especial de criterios de distinta índole. Resulta, por ejemplo, de altísima utilidad para este objetivo conocer el grado de aplicación que posee un principio y el grado de aplicación que contiene una regla: la generalidad como criterio distintivo entre dos normas jurídicas. De acuerdo con, los principios son normas que poseen un grado de aplicación altamente generalizado; mientras que las reglas poseen un grado de aplicación de nivel relativamente bajo²². Por otro lado, hay quienes sostienen, no de forma equivocada, que este criterio es superable y no aporta ninguna razón suficiente de distinción, toda vez que una norma tipo regla puede configurarse para que tenga un alto grado de generalidad y sea aplicada en múltiples casos, como se verá a continuación.

Otro de los criterios que resultan relevantes para la distinción entre normas y principios, tiene que ver con el tipo de norma que se aplica en el caso concreto o que se ve presente en este. No obstante, no pocos casos requieren la aplicación transversal de principios que, además, tiene como fundamento el desarrollo de otro criterio distintivo de las normas: la importancia de cada tipo dentro del sistema

19 Robert Alexy, Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad (Madrid, Palestra, 2019).

20 *Ibidem*. 58.

21 Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

22 *Ibidem*. 64.

jurídico²³. Puede señalarse, a partir de esto, que los criterios distintivos parecen insuficientes y no otorgan una barrera legible entre reglas y principios.

Quedan, entonces, dos caminos: o existen criterios distintivos entre reglas y principios o entre estos tipos de normas la única diferencia resulta nominal. La primera posición, que resulta válida para efectos del artículo, es la adoptada por Robert Alexy en su Teoría de los Derechos fundamentales. Esta tiene como criterios distintivos factores graduales y cualitativos entre reglas y principios. Verbigracia, las reglas contienen determinaciones de lo fáctica y jurídicamente posible que las convierten en mandatos definitivos; mientras que los principios se cumplen en diferentes grados como mandatos de optimización²⁴. Es, ahora, necesario desarrollar estos criterios de forma más profunda y cuál es su importancia en la teoría de los principios de Robert Alexy.

I.2.2. Principios como mandatos de optimización y reglas como mandatos categóricos²⁵.

La distinción fundamental entre los principios y las reglas tiene que ver con un factor cualitativo. Los principios son mandatos de optimización que deben cumplirse gradualmente dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que así lo permitan²⁶. Por su parte, las normas tipo regla se aplican o no, no existe un cumplimiento gradual, por ello son, fenomenológicamente, categóricas. En este orden, los principios y las reglas tienen soluciones distintas cuando colisionan entre sí. Allí se presenta una distinción clarísima entre estos dos tipos normas jurídicas.

I.2.3. Una distinción determinante entre reglas y principios.

La mejor manera de poder diferenciar entre reglas y principios consiste en observar la forma en que se solucionan sus colisiones. De acuerdo con Robert Alexy, cuando los principios colisionan entre sí enmarcando situaciones fácticas y jurídicas que van en contravía, uno debe ceder ante el otro, teniendo en cuenta su peso en el caso concreto. Es decir, en el plano normativo, uno precede al otro en su cumplimiento²⁷. Por su parte, cuando las reglas entran en conflicto, hay dos soluciones: o una regla marca una excepción a su cumplimiento en caso de conflicto, o una anula a la otra por ser completamente

23 *Ibidem*. 65.

24 José María Peláez Mejía, “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy”, *Ius Et Praxis* 25, N° 3 (2019): 167-214.

25 Es preciso tener en cuenta la distinción conceptual y filosófica que realiza Kelsen, tomando elementos de la distinción kantiana, entre proposiciones jurídicas como imperativos categóricos y juicios hipotéticos. Sin embargo, la adopción de lo categórico se da en razón del cumplimiento o no de una regla como norma y el principio lógico de no contradicción.

26 Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

27 *Ibidem*. Pág. 70.

categoría su cumplimiento. En este sentido, señala Alexy:

“Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios -como pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.²⁸”

Al tratarse de una dimensión de peso, las colisiones entre principios no se encuentran relacionadas con la validez ni con la prioridad absoluta de uno de ellos²⁹. Los principios, en estos casos, se enfrentan a una relación de precedencia condicionada en el caso concreto. Desde este punto de vista, la diferencia es clara: las reglas jurídicas y los principios integran el sistema normativo, con aplicación distinta. Plántese de esta forma: a) la diferencia está en la aplicación; b) La diferencia está en cómo se resuelve la colisión; y c) *b* es consecuencia de *a*.

Las reglas jurídicas se aplican mediante la forma de subsunción lógica, es decir, confrontando el supuesto de hecho condicionante con la consecuencia condicionada. El primero, de forma abstracta, con los hechos específicos que son jurídicamente relevantes³⁰. No obstante, los principios, por su estructura lógica no tradicional, y por no confrontarse en la dimensión de la validez, no pueden ser aplicados de manera similar. No es posible, entonces, mediante el método subsunción, deducir una consecuencia jurídica condicionada de un principio. Frente a esta imposibilidad metodológica de la subsunción de los principios, aparece la ponderación como una herramienta que permite, considerando la relación de precedencia condicionada necesaria en estos casos, determinar la precedencia del que se considera más relevante en el caso específico y concreto.

1.2.4. La teoría ponderativa y su estructura.

Robert Alexy ha detallado en múltiples escritos y con suficiente claridad la estructura de su teoría ponderativa. Para comprenderla, es necesario convenir con Alexy en que la ponderación es sólo una parte de un principio comprensivo y de mayor envergadura: la proporcionalidad³¹. Este, dentro de su estructura sistémica, se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³². La *Ley de ponderación* sería, entonces, el desarrollo integral de este último dentro

28 *Ibidem*. Pág. 71.

29 *Ibid*.

30 Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”.

31 Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, 8.

32 *Ibidem*. Pág. 8.

jurídicas y no posibilidades materiales como la idoneidad y la necesidad.

I.2.4.1. Ley de ponderación.

El primer criterio de la ponderación es, en estricto sentido, el desarrollo de los principios en colisión dentro de sus propias posibilidades jurídicas. Esto, como se ha mencionado antes, hace parte de un principio del que se constituye la ponderación y de un subprincipio que sustenta así mismo la Ley de ponderación: la proporcionalidad en sentido estricto³³. La ley de ponderación puede sustanciarse en este enunciado:

“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene ser la importancia de la satisfacción del otro.³⁴”

En términos un poco más claros: si no se satisface un principio o se menoscaba en un grado específico, la satisfacción del principio contrapuesto tiene que ser importante en ese mismo grado o mayor. De acuerdo con Robert Alexy, este apotegma permite desarrollar tres instancias o requerimientos constitutivos de la ponderación. El primer paso consiste en la determinación gradual sobre la afectación o el menoscabo de un principio; el segundo —que, de acuerdo con Carlos Bernal Pulido, puede unirse análogamente al primero— es la determinación de la importancia de la satisfacción del otro principio en colisión. El tercer y último paso consiste en determinar si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro³⁵. El desarrollo de estos pasos tiene en cuenta variables que deben ser consideradas en la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto y en la justificación de la afectación o no cumplimiento de uno de ellos. Véanse a continuación.

Escala triádica de intensidades.

El grado de no satisfacción o de afectación de un principio, de acuerdo a las particularidades del caso concreto bajo examen, es determinable en una escala triple gradual de intensidades: *leve*, *medio* e *intenso*³⁶.

33 Ibid.

34 Ibidem. Pág. 10.

35 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

36 Ibidem. Pág. 36.

Peso abstracto de los principios relevantes.

El criterio del peso abstracto consiste en que, en algunos casos y pese a que en algunas situaciones los principios tienen la misma jerarquía por su origen normativo, uno de estos puede tener mayor relevancia de acuerdo al entorno cultural y social en el que se crearon. Quiere decir esto, que el peso abstracto es aquel que se asigna a un principio sin consideración del caso concreto.

Conforme a la ley de colisión, ningún principio puede preceder a otro de forma absoluta y de forma definitiva sin tener en cuenta la relación de precedencia condicionada en casos concretos, como en el caso de las reglas. De acuerdo con Robert Alexy, los principios representan razones que pueden ser reemplazadas por otras razones en casos concretos, y a diferencia de las reglas, no poseen un carácter definitivo³⁷. Pese a esto, el peso abstracto determina el peso que se le asigna a cada principio independientemente del caso concreto al que se aplica. Alexy precisa que el carácter *prima facie* de un principio puede ser reforzado por cargas argumentativas que, por medio de razones que se consideran buenas, logran darle mayor peso o mayor importancia en abstracto. Podría ser este el caso del principio de Dignidad Humana y su desarrollo en la Corte Constitucional Colombiana, donde se le ha determinado como un principio que, en abstracto, puede tener mayor peso sobre otros principios³⁸.

Seguridad de las premisas empíricas.

Otro criterio importante es el de la seguridad de las apreciaciones empíricas, o, según Alexy, la variable S, que tiene que ver con la certeza sobre la afectación de un principio. De acuerdo con este criterio, la certeza sobre la afectación de los principios que se encuentran en colisión, se determina por aspectos empíricos. Y, por su parte, la certeza de lo que produciría la afectación o el no cumplimiento de un derecho fundamental, también determina un papel importante en la graduación de la afectación y en el peso que se reconoce a un principio³⁹.

I.2.4.2. Fórmula del peso.

Luego de determinar las escalas triádicas de afectación, el peso abstracto de los principios en colisión y la certeza de las premisas empíricas de afectación, conviene avanzar sobre la justificación de la intervención y/o afectación de un principio en virtud de la satisfacción del otro. Es decir, la determinación de cómo está justificada la precedencia condicionada de los principios en un caso concreto. La fórmu-

³⁷ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. STC T-881 del del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre.

³⁹ Bernal Pulido, El derecho de los derechos.

la del peso, planteada por Alexy, pretende, mediante un ejercicio numérico ilustrativo que tiene en cuenta las variables anteriores, justificar esta intervención.

Por asuntos de extensión, no se realizará un desarrollo detallado de la estructura de la fórmula ni de cómo es el comportamiento de sus variables. Es necesario, por el momento, señalar que las variables de afectación de principios, o su determinación gradual, pueden recibir la siguiente calificación numérica por analogía⁴⁰: leve (1), medio (2) e intenso (4). Estos mismos valores son atribuibles al peso abstracto. Una vez atribuido el valor numérico al grado de afectación de los principios en el caso concreto, queda por corresponder la seguridad de las premisas fácticas, que, de acuerdo con Alexy en su *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, puede ser seguro (1), plausible (1/2) y no con evidencia falso (1/4)⁴¹.

$$G_{Pi, jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

En conclusión, lo que desarrolla la fórmula del peso mediante una ecuación aritmética ilustrativa (la única que puede aportar un cociente) es la justificación de afectación y satisfacción de principios, que permite saber cuándo es justificable satisfacer un principio teniendo en cuenta la vulneración del otro. Conviene ahora preguntarse, ¿qué sucede si existe igualdad de peso —empate— entre los resultados que da la fórmula del peso ilustrada numéricamente? Es decir, ¿qué sucede si el resultado no puede justificar la satisfacción-afectación de dos principios? A continuación, se detalla la solución a ese escenario.

1.2.4.3. Cargas argumentativas.

El último criterio corresponde a las cargas de la argumentación y pretende establecer una solución en caso de empate entre los resultados numéricos de la operación aritmética de la fórmula del peso. Existen dos criterios que Robert Alexy aporta en dos momentos diferentes de su vida. El primero de

⁴⁰ Robert Alexy señala que en la argumentación jurídica se puede trabajar con cocientes solo mediante analogía, que en este sentido busquen ilustrar la fórmula de la ponderación.

⁴¹ Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

ellos, desde luego, explicitado en la *Teoría de los derechos fundamentales*, señala que debe darse prevalencia a los principios que se relacionen con la libertad y la igualdad. El segundo, que muestra un Robert Alexy que ha reaccionado a las críticas y contradicciones frente a su trabajo, es bastante distinto al anterior e incluso puede ocupar una mayor contradicción y/o indecisión. Para el segundo Alexy, la decisión que se enjuicia (satisfacción de un principio sobre otro) se mostraría como proporcionada. Los empates, en este sentido, juegan a favor del acto que se enjuicia⁴².

II. Conceptualización, alcance y consecuencias de la crítica de la Teoría del discurso de Jürgen Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

Habermas no es considerado, por desgracia, un autor indispensable en el mundo jurídico. Relegado de este campo, se ha asumido que sus principales obras *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981) y *Facticidad y Validez* (1992), no requieren una comprensión suficiente que reconozca su apuesta por un tercer modelo sociológico de la democracia deliberativa y sus determinaciones en la administración de justicia de los tribunales constitucionales. El desarrollo de este artículo no pretende lograr una comprensión crítica del modelo planteado por Habermas; sin embargo, para identificar los argumentos contra al modelo ponderativo de Robert Alexy, se hace imperativo considerar algunas precisiones teóricas.

I. El giro sociológico del derecho: brevariario de una Teoría Jurídica.

La *Teoría de la Acción Comunicativa* representa una de las principales obras de Jürgen Habermas. Su marcado y significativo impacto en el mundo académico, fue fundamental en escenarios sociológicos y comunicativos. Robert Alexy, por su parte, considerará que esto no es así, condicionando la salida e importancia del modelo habermasiano a un planteamiento exclusivo de la teoría jurídica⁴³. En esta, se propone replantear al marxismo ortodoxo y su percepción histórica materialista de la transformación y la incidencia de los mecanismos de producción en los sistemas y subsistemas sociales⁴⁴. El verdadero factor determinante en la configuración social, según Habermas, no es sino las relaciones comunicativas que se dan entre un grupo social y la forma en que estas logran comunicarse. La teoría comunicativa

42 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*.

43 Óscar Mejía Quintana, "El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas", *Revista Panameña de política*, N° 14 (2012): 67-103.

44 Habermas, *Facticidad y Validez*.

de habermasiana, entonces, se basa en procesos comunicativos que condicionan la economía, cultura y derecho, mediante la intersubjetividad de la verdad en una comunicación temporal y contingente⁴⁵.

La obra jurídica de Habermas tiene una potentísima densidad sociológica. Lejos de su adjudicada condición de filósofo, en *Facticidad y Validez*⁴⁶ se propone, bajo la consideración del esquema cuatrifuncional de Parsons, realizar una reconstrucción que permita entender la validez del derecho desde una doble perspectiva: como integración sistémica y como integración social⁴⁷. La tensión presente entre estos tipos de integración, que pueden responder a lo social y a lo normativo respectivamente, es algo que, según Habermas, ha sido alimentado por las teorías tradicionales del derecho: realismo jurídico, positivismo jurídico y hermenéutica jurídica⁴⁸.

La determinación final de Habermas en *Facticidad y Validez* responde, en esencia, a la posibilidad de justificar las estructuras democráticas institucionales mediante la argumentación moral y la aplicación de un consenso político-jurídico. Este nuevo modelo democrático deliberativo permite a las instituciones judiciales no aspirar a decisiones *justas para algunos*; sino, deontológicamente, a decisiones *justas para todos*⁴⁹.

2. Irracionalidad de la justicia.

La propuesta de Habermas, como se señaló antes, lejos de ser filosófica tiene una altísima incidencia sociológica. Por ello, el estudio que Habermas realiza de la decisión judicial es no es teórico ni formal, sino sociológico y jurídico. La conclusión es que la decisión judicial, por causa de la discrecionalidad que suponen los modelos positivista, naturalista y realista, resulta en la indeterminación del derecho y, en ese mismo sentido, en la irracionalidad de la justicia, lo que indefectiblemente orienta las decisiones judiciales hacia la variante axiológica de *decisiones justas para algunos*⁵⁰. Los modelos teórico-normativistas que Habermas acusa, presentan tal nivel de discrecionalidad judicial, que se hace imposible realizar una revisión racional sobre lo justa o injusta que puede llegar a ser una decisión —su corrección— y sobre el ideal regulativo al que debe apuntar el derecho⁵¹.

A partir de esto, Habermas se propone contraponer los dos ideales regulativos que han orientado la decisión judicial a lo largo de la historia de los modelos democráticos de adjudicación constitucional. El primero, responde al modelo regulativo axiológico de *decisiones justas para algunos* y el segundo, al

45 Torrado, Intervención Amicus Curiae, 3.

46 *Ibidem*.

47 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

48 *Ibidem*. Pág. 90.

49 *Ibidem*. Pág. 90.

50 Habermas, *Facticidad y Validez*.

51 *Ibidem*. Pág. 326.

ideal regulativo deontológico de *decisiones justas para todos*. Este último es adoptado por Habermas como el que debe orientar la decisión judicial en el modelo de democracia deliberativa⁵².

3. Pretensión de corrección en el derecho.

Para entender la crítica habermasiana al modelo ponderativo es necesario comprender el concepto de corrección en el derecho y cuáles son sus implicaciones en la decisión judicial. Robert Alexy consideró que la crítica de Habermas a la teoría ponderativa tenía dos vertientes: una sustancial y otra conceptual⁵³. La conceptual, que nos interesa en este momento, corresponde a la pérdida de corrección del derecho que se da en la ponderación de derechos fundamentales. Hace referencia, entonces, a la idea de justicia o injusticia que puede tener una decisión judicial en relación con criterios de lo válido/inválido y/o correcto/incorrecto. Para Habermas, la decisión judicial de la ponderación, ante la pérdida de corrección, puede hacer referencia a un modelo axiológico concreto de un modo de vida; pero no a la corrección/incorrección de la decisión⁵⁴.

De acuerdo con Alexy, la validez del derecho no puede entenderse sino desde un modelo triádico, que permita superar el problema de la validez por la norma fundamental en Kelsen, Kant y Hart⁵⁵. La dimensión de este modelo triádico, que corresponde a la dimensión de corrección, es la que Alexy ha denominado Dimensión Ética. Sin la pretensión de corrección —coinciden Habermas y Alexy— en un sistema jurídico, la adjudicación constitucional sería un error. Incluso, un sistema sin pretensión corrección, no vale jurídicamente solo con sus otras dos dimensiones: jurídica y social.

4. Ronald Dworkin y Robert Alexy: respuestas al ideal regulativo de la decisión judicial.

El primer dilema histórico de la decisión judicial, según Habermas, es el que se presenta con el ideal regulativo axiológico/deontológico en los modelos de adjudicación constitucional. La irracionalidad judicial, producto de la indeterminación del derecho y la discrecionalidad, hacen que el modelo regulativo de decisiones justas para algunos prevalezca en los modelos de adjudicación constitucional actuales. Para superarlo, y poder adscribirse al ideal regulativo de decisiones justas para todos, que se atenga a la pretensión de corrección y al modelo axiológico de decisiones

52 *Ibidem*. Pág. 328.

53 Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”.

54 Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen* (Fráncfort, Suhrkamp, 1996).

55 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

judiciales, Habermas hace una lectura interesante de Ronald Dworkin, en la que considera que su tesis de la respuesta correcta y el derecho como integralidad⁵⁶ reduce la discrecionalidad del juez y permite adscribirse a un ideal regulativo deontológico.

Pese a esto, Habermas considera que el modelo decisional del Juez Hércules en Ronald Dworkin —juez con la capacidad de interpretar el sistema jurídico teniendo en cuenta factores sociales, principios normativos como cartas de triunfo y precedentes interpretativos—es problemático, aunque siga un deseable y bien intencionado ideal regulativo deontológico⁵⁷. Lejos de ser una figura dialógica, el Juez Hércules Dworkiniano actuaría sobre la exclusión de intereses de distintos grupos sociales y/o individuales, arrogándose una interpretación subjetiva que pretende abarcar una facticidad social demasiado amplia⁵⁸.

Habermas se encuentra, entonces, ante un problema evidente: la teoría de la respuesta correcta y el derecho como integralidad de Ronald Dworkin representa la solución para el ideal regulativo deontológico que este defiende. Sin embargo, la figura de un juez monológico —Juez Constitucional— con la capacidad de interpretar factores normativos, sociales e históricos, resulta poco democrática y atenta contra la intersubjetividad de derechos de otros integrantes de la sociedad⁵⁹.

La solución al problema del Juez Hércules con interpretación monológica que propone Dworkin, es la adopción de una teoría discursiva del derecho. En este sentido, Habermas recoge elementos de la Teoría de la argumentación de Robert Alexy y, asume, que una concepción dialógica del derecho, por su doble naturaleza, es la única forma de tener en cuenta los intereses de los distintos actores de la sociedad y lograr captar sus razones constitutivas sobre la estructura moral del derecho y su función⁶⁰.

Surge, entonces, el siguiente cuestionamiento: ¿por qué Habermas critica a Robert Alexy si considera su teoría sobre la naturaleza discursiva del derecho y la argumentación jurídica como un elemento necesario en los modelos de adjudicación⁶¹? Pues bien, para entender esto es necesario plantear lo sucedido con Dworkin: de un lado, Habermas asume como necesaria la integralidad del derecho Dworkiniana, pero niega la función del Juez Hércules por su ca-

56 Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 2012).

57 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

58 Yefri Yoel Torrado, *Intervención Amicus Curiae* (Cúcuta: Tribunal Superior de Norte de Santander, 2017).

59 Habermas, *Facticidad y Validez*.

60 *Ibidem*. Pág. 326.

61 Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

rácter interpretativo monológico. Con Alexy, por su parte, Habermas soluciona el problema de Dworkin adoptando la naturaleza discursiva del derecho; pero concluyendo que la teoría ponderativa en la adjudicación constitucional en Alexy conduce indefectiblemente al ideal regulativo de decisiones justas para algunos.

5. Ponderación judicial.

El ideal regulativo de la adjudicación constitucional en Alexy, de acuerdo con Habermas, da lugar a una serie de críticas que esgrime el representante de la escuela de Frankfurt frente a la Teoría ponderativa. De acuerdo con el mismo Robert Alexy, la crítica de Habermas puede entenderse en dos sentidos: el primero de ellos es sustancial; el segundo, conceptual. Para el desarrollo de este artículo se consideran adecuadas ambas conceptualizaciones críticas, por lo que la estructura de este subcapítulo contará con ellas.

La primera precisión que realiza Habermas es que la elección de un derecho fundamental sobre otro, y, sobre todo, la consideración de este como bien jurídico ponderable⁶², corresponde sin dudas a un condicionamiento axiológico de decisiones que no son justas para todos sino justas para algunas personas (quienes ven protegidos sus intereses). De allí, se desprende el primer aspecto crítico:

5.1. Objeción sustancial a la Teoría Ponderativa: debilitamiento e irracionalidad.

La primera objeción habermasiana consiste en una alerta sobre el debilitamiento normativo de los derechos fundamentales cuando son considerados mandatos de optimización⁶³. Señala Habermas que, si los principios no deben realizarse conforme a una categoría deóntica sino conforme a posibilidades fácticas y jurídicas de optimización, se corre el riesgo de llegar a una ponderación orientada a fines que transformen el derecho en un negocio de realización de valores en cada caso concreto que se presente. Específicamente señala:

“[...]si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación a fines”⁶⁴.

62 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

63 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” 13-64.

64 Habermas, Facticidad y Validez.

La principal consecuencia de esto, según Habermas, es el debilitamiento de los derechos fundamentales que causan el derrumbamiento de una barrera cortafuegos. Al no existir una unidad de medida o “moneda de cambio”, que determine la relación de precedencia de principios que colisionan entre sí, todas las razones pueden adoptar el papel de argumentos que establecen fines⁶⁵. Esto, desde luego, derrumba aquello que Habermas determina la “barrera cortafuegos” que permite entender deontológicamente los principios al igual que las normas, con un cumplimiento normativamente estricto.

Habermas conviene en que el primer error consiste en que los principios asumidos como mandatos de optimización, se equiparan a los valores jurídicos, que no poseen un carácter normativo deontológico sino teleológico, propio de estos últimos⁶⁶. Este primer error sustancial tiene la siguiente consideración:

“Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico.”⁶⁷

La consideración final, en este sentido, es que a la luz de las normas fundamentales se determina lo que es obligatorio realizar; mientras que a la luz de los valores se determina lo más recomendable, viable o conveniente⁶⁸. Esto, tiene como consecuencia el hecho de que en caso de ponderación, se oriente a fines la conveniencia/inconveniencia o mejor/peor, de la protección de cada derecho, con lo que se pueden afectar derechos individuales por el mor de los derechos colectivos⁶⁹.

5.1.1. Irracionalidad en la ponderación.

La anterior crítica se encuentra acompañada de una que parece muchísimo más potente y difícil de tratar: la irracionalidad en la ponderación. Por tratarse directamente del asunto sobre el que se desarrolla este artículo, esta crítica debe considerarse de forma detenida y analítica.

65 Jürgen Habermas, Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School. (Berlin, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996).

66 Al igual que lo hace Robert Alexy, señala Habermas, también Bockenforde reduce las normas con carácter de principios a enunciados valorativos: “las normas objetivas concernientes a principios” o “normas-principios del orden jurídico objetivo” descansarían en “decisiones valorativas”. Habermas, Facticidad y Validez.

67 Habermas, Facticidad y Validez.

68 *Ibidem*. Pág. 329.

69 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

La ponderación es, según su pretensión, una racionalización del manejo y aplicación del principio de proporcionalidad⁷⁰. Por ello, las críticas que le son dirigidas en este rubro le hacen bastante daño y afectan su utilidad, legitimidad y eficacia. Habermas apunta a que en la ponderación no existen criterios racionales de decisión; por lo que la práctica se lleva a cabo de forma arbitraria o no reflexiva. La primera consideración sobre esta crítica es que el grado de cumplimiento de un mandato no puede obtenerse de la norma misma, por lo que la ponderación que se haga de ella, con raíz en su discrecionalidad, se verá orientada a fines de estándares no previamente determinados, como la norma misma⁷¹.

Al lado de ello, los argumentos que se utilizan para la protección de un derecho sobre otro, abren la puerta a que cobren primacía aquellas razones que están lejos de ser normativas —integradas al sistema—; como las costumbres o las que representan en el contexto social alguna funcionalidad o utilidad⁷². Señala Habermas:

“[...] aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.”⁷³

La falta de una unidad de medida, que garantice que cada uno de esos derechos se aplique de forma unívoca, además abre la puerta a que los argumentos que se introducen en la ponderación a favor de un principio u otro puedan llegar a ser antitéticos con la misma unidad normativa constitucional⁷⁴. En un último sentido, Habermas acusa a Alexy de construir su sistema ponderativo con una pretensión de racionalidad que no responde a la construcción discursiva jurídica, sino a una estimación coste-beneficio de tipo económico⁷⁵.

Seleccionar el criterio de precedencia —gradual, en el caso de la Ley de ponderación y numérico, en la fórmula del peso— es, entonces, un asunto subjetivo y orientado a fines no dispuestos en la norma misma. Esto, por un lado, plantea el problema de la discrecionalidad en la decisión judicial y la racionalidad en el mecanismo de ponderación. Ponderación, a propósito, destinada, como señala Atienza, a orientar decisiones racionales dentro del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de sus criterios.

5.2. Objeción conceptual a la teoría ponderativa: pérdida de la pretensión de corrección.

La segunda objeción que se identifica en la teoría de Habermas, y que el mismo posiciona de forma especial en *Facticidad y Validez*, es la que hace sobre la pérdida de la pretensión de corrección del derecho

70 Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*. (Madrid, Trotta, 2013).

71 Habermas, *Facticidad y Validez*.

72 *Ibidem*. Pág. 332.

73 *Ibidem*. Pág. 332.

74 *Ibidem*. Pág. 333.

75 *Ibidem*. Pág. 329.

en la teoría ponderativa de Robert Alexy⁷⁶. En su teoría sobre la validez del derecho, Alexy sostiene que el concepto de validez y derecho se sustenta en que la legalidad adecuada al sistema y a la eficacia del mismo —propia del positivismo— debe también considerar el contenido de corrección de justicia que tiene una norma y su sistema⁷⁷. Para Habermas, cuando se ponderan derechos, se sacan de lo que él denomina *ámbito de lo válido-ínválido*. La sentencia judicial que se obtiene de la ponderación, respondería a una adecuación axiológica; o forma de vida dentro de la sociedad, pero no correspondería a la adecuación sobre una respuesta correcta, y/o, justamente correcta⁷⁸.

Alexy sostiene que el derecho es un sistema de normas formuladas con pretensión de corrección⁷⁹, por lo que esta crítica no puede pasar desapercibida. Sin embargo, por cuestiones de extensión no se estudiará el concepto y la validez del derecho en él, o su doble naturaleza⁸⁰; sino se considerarán directamente los argumentos objetivos de Habermas sobre porqué en la ponderación se pierde la pretensión de corrección. La primera crítica habermasiana en este sentido hace referencia a la no distinción de Alexy entre la vinculación del derecho y la justicia de la creación normativa⁸¹. Se pueden identificar, entonces, dos escenarios: uno de fundamentación y otro de aplicación. El primero de estos, es blanco de los dardos de Habermas. La objeción se desarrolla en este sentido:

En la argumentación que se utiliza para la creación del derecho —su fundamentación—, Habermas sostiene que es indispensable que la corrección del derecho venga de la coherencia de un sistema jurídico y no del contenido de una norma jurídica⁸². Esto, en el sentido en que la política deliberativa, representada e institucionalizada por la sociedad civil mediante una expresión comunicativa plural, juega un papel fundamental en la decisión judicial constitucional y la inferencia de discurso que realiza el juez sobre los contenidos normativos del derecho⁸³. En la ponderación, al adoptarse el ideal regulativo de *decisiones justas para algunos*, hay, indefectiblemente, una limitación a la deliberación democrática, en el sentido en que se aceptan argumentos que no devienen del ordenamiento jurídico legislado; sino de la corrección de los juicios morales generales, cualitativamente distintos de los jurídicos.

76 Robert Alexy señala, efusivamente, que, de ser acertada esta crítica sobre la teoría ponderativa, todo el modelo constitucional alemán de más de media década habría caído en un error inconcebible. Y, por demás, la ponderación no podría aceptarse dentro del derecho. Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

77 Antonio Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, N° 18 (2018): 139-164.

78 Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*.

79 Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho* (Madrid, Gedisa, 2004).

80 Al respecto se recomienda para la ampliación de este asunto la lectura de Carlos Bernal Pulido, *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón de Rober Alexy* (Lima, Palestra, 2011).

81 Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

82 *Ibidem*. Pág. 27.

83 *Ibidem*. Pág. 28.

En otras palabras, Habermas considera que en la ponderación se exige una argumentación de orden no positivizada, y, por lo tanto, no democráticamente deliberada y concretada en la institucionalidad legislativa. Esto, por supuesto, ante las indeterminaciones o contradicciones normativas, que decantarían en una pérdida de corrección, que solo se lograría en la correspondencia del argumento con un ordenamiento jurídico coherente, en el que, desde luego, los principios tendrían un carácter excluyentemente axiológico frente a la ponderación.

6. Tribunal Constitucional Alemán: demostración sociológica de la crítica habermasiana.

Antes se había mencionado la intensidad sociológica de la obra de Habermas y su reivindicación del sistema cuatrifuncional de Parsons, al buscar realizar una reconstrucción sociológica que permitiera entender la validez del derecho desde una doble perspectiva: como integración sistémica y como integración social⁸⁴. Esto, por supuesto, lo puso punto aparte de los filósofos del derecho y lo trasladó al escenario de la sociología jurídica, donde, luego de fundamentar y defender sus objeciones, las lleva al plano de la decisión judicial en el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Allí, se puede evidenciar de forma concisa su crítica a la teoría ponderativa —ampliamente utilizada, como es sabido, por el primero de estos cuerpos colegiados—.

6.1. Modelos normativos de adjudicación constitucional: Tribunal Constitucional Alemán.

La metodología de trabajo del Tribunal Constitucional Alemán es blanco de críticas por parte de Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez* en lo que respecta a dos puntos importantes: primero, la pérdida del carácter deontológico de los principios jurídicos al asimilarlos con valores morales; y segundo, la discrecionalidad judicial y falta de racionalidad que comporta la ponderación judicial, al convertir derechos en valores y argumentos jurídicos en patrones éticos no positivizados⁸⁵.

Lo anterior, verbigracia, puede verse en algunas decisiones del Tribunal Federal Constitucional que el mismo Robert Alexy enuncia y explica para fundamentar su teoría ponderativa. Se enunciará y explicará un ejemplo de caso tratado por el Tribunal, que ayudará a comprender mejor la crítica habermasiana, ya desarrollada conceptualmente en este artículo⁸⁶.

84 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

85 Habermas, *Facticidad y Validez*.

86 Se recomienda la ampliación de estos ejemplos tratados por el Tribunal Constitucional Federal, en especial el denominado *Velo Islámico* (BVerfGE 108, 282 2003), que puede aportar elementos de estudio interesantes sobre la ponderación que el mismo Alexy

Política liberal de drogas.

En este caso el Tribunal Constitucional Federal buscó determinar la constitucionalidad entre la sanción penal impuesta a la producción, comercio y/o porte de sustancias derivadas del Cannabis, y el derecho a la libertad general y personal constitucionalmente establecida⁸⁷ (BVerfGE 90, 145 1994). El primer problema que enfrentaba, en este sentido, responde a la liberalización de la política del cannabis y sus efectos, toda vez que existía el riesgo de aumentar los daños que la producción y comercialización de esta droga traen a la sociedad y a los individuos, motivo por el que justamente se penaliza.

Para la solución de este caso, el Tribunal consideró que no existían argumentos fácticos concretos que pudiesen determinar la efectividad de la medida de sanción o el daño que se pudiese captar con su liberalización. El test de proporcionalidad, como puede verse, no es fácilmente aplicable en este caso y, mucho menos fácil, desarrollarlo sobre los subprincipios de idoneidad y necesidad. Ante esto, el Tribunal determinó que el legislador puede elegir entre varias alternativas que lejos de ser correctas, son potencialmente adecuadas para alcanzar el fin de los mandatos⁸⁸.

III. Consideraciones sobre las críticas de Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

No han sido pocos los espaldarazos que ha recibido la teoría ponderativa de Robert Alexy frente las objeciones realizadas por Jürgen Habermas. Robert Alexy, de esperarse, ha orientado varios estudios posteriores de su *Teoría de los Derechos fundamentales* a defender la ponderación y, de acuerdo con Atienza, a explicarla de forma detallada y sustancial, con lo que se pueden evitar este tipo de objeciones⁸⁹. Como puede preverse, en este capítulo se abordarán de forma crítica las objeciones, buscando brindar algunas respuestas sucintas que permitan entender en un sentido casi dialéctico, en qué punto se encuentra el debate sobre la racionalidad en la ponderación y cuál será su futuro, si es que lo tiene. Se seguirá el mismo orden en el que fueron estudiadas las objeciones en el epígrafe anterior.

I. Objeción sustancial a la Teoría Ponderativa de Robert Alexy.

denominó “casuística”.

87 Tribunal Constitucional Federal Alemán. STC BVerfGE 90, 145 del 09 de marzo de 1994. Segunda Sala.

88 *Ibidem*. Pág. 183. Al respecto, se invita a la lectura de la sentencia sobre la advertencia del consumo de tabaco, donde el tribunal concluye que la intensidad de la intervención es leve; mientras que la importancia de satisfacción es muy alta: “evidente y justificada”. Tribunal Constitucional Federal Alemán. STC BVerfGE 95, del 22 de enero de 1997. Segunda Sala.

89 Atienza, Curso de Argumentación Jurídica.

La primera crítica de Habermas, como es sabido, estuvo orientada al debilitamiento normativo que podrían tener los derechos fundamentales al ser tenidos en cuenta como mandatos de optimización. Esto, señala el autor, debido a que las normas de este tipo se enfrentan a la pérdida de su categoría deóntica, y asumen, dentro de la adjudicación constitucional, el papel de valores morales con categoría axiológica que pueden ser negociados en cuanto a sus posibilidades fácticas y jurídicas⁹⁰.

1.1. Los valores pueden ser universales y obligatorios: difuminación entre la frontera axiológica y deontológica.

La crítica del debilitamiento de los derechos fundamentales no es fácil de tratar. Sin embargo, puede ser considerada desde una perspectiva pragmática que permita evidenciar que la diferenciación que señala Habermas no es sustancial sino conceptual, en lo que quedaría superada en términos de adjudicación constitucional su importancia. La implicación de Habermas es que la perspectiva axiológica no puede considerarse deontológicamente, por la naturaleza misma de ambas⁹¹. Por esto, trasladar los derechos fundamentales a un escenario en el que pueden ser ponderados, les quita esa barrera cortafuegos deontológica y los traslada a una argumentación que puede estar más o menos adecuadas a una forma/estilo de vida axiológica. Manuel Atienza plantea algunas preguntas interesantes sobre esta primera objeción habermasiana. Con una estructura argumentativa bastante escueta, pueden reformular algunas de las pretensiones del filósofo de Frankfurt⁹²:

¿Por qué los valores que tienen relación directa fáctica con los derechos fundamentales o derechos humanos no pueden ser universales a la vez que estos mismos?⁹³. Es decir, ¿por qué considerar que los valores no pueden tener, en cuanto se encuentran descritos en normas fundamentales, un carácter deontológico a la vez que axiológico? En este sentido, la barrera cortafuegos se mantendría y no sería posible adjudicar indeterminación e irracionalidad a la teoría de los derechos fundamentales (principios) como mandatos de optimización. Su sentido deontológico, a la vez que axiológico en su materia, seguiría de pie.

90 Habermas, *Facticidad y Validez*.

91 *Ibidem*. Pág. 327.

92 Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*.

93 *Ibidem*. Pág. 543.

De acuerdo con Habermas las normas obligan sin ningún tipo de excepción⁹⁴. No obstante, esta afirmación puede ser poco aceptable, sobre todo cuando ya se ha hablado de los conflictos entre normas, y la validez de estas en una situación *prima facie* frente a un situación de caso concreto⁹⁵:

“¿No habría razones para pensar que deja de existir la diferencia que Habermas traza entre las normas y los valores? Y, a propósito de esto últimos, si lo que caracteriza a los valores es su orientación teleológica, ¿habría que aceptar, como consecuencia de ello, que las «normas de fin» no son en realidad normas? ¿No está emitiendo una norma el legislador que establece para el juez la obligación de, bajo ciertas circunstancias, tomar la decisión que más favorezca el interés del menor?»⁹⁶”

La apreciación de que el carácter deontológico de una norma, a diferencia del axiológico de los valores, es su cumplimiento irrestricto, va en contra de consideraciones como el caso concreto, que en nada afectan su cumplimiento deóntico, sino su coherencia⁹⁷ aplicativa.

1.2. La no tan irracional racionalidad de la ponderación.

Al lado del debilitamiento de los derechos fundamentales, se encuentra el riesgo de irracionalidad. Ambos pueden ser entendidos como uno mismo. Según Habermas, durante la ponderación se debilita el carácter deontológico de los derechos fundamentales por tratarse de una ponderación de juicios irracionales. Ante la ausencia de una unidad de valor que determine la relación de precedencia de dos principios, esta se orienta indefectiblemente teleológicamente a fines⁹⁸.

Robert Alexy⁹⁹ admite que la crítica racional de la ponderación que realiza Habermas sería válida si

94 *Ibidem*. Pág. 543.

95 *Ibidem*. Pág. 544.

96 *Ibidem*. Pág. 544.

97 El concepto de coherencia es bastante trabajado por Habermas. Este considera que lo contrario a la ponderación, y lo verdaderamente deliberativo, es hallar dentro de la integralidad normativa aquella norma que *prima facie* se acomode mejor a la situación requerida de forma coherente. Sobre este asunto, Manuel Atienza tiene algunas consideraciones sobre la racionalidad para elegir “lo coherente”. Se recomienda para ampliar esta crítica.

98 Habermas, *Facticidad y validez*.

99 Alexy realiza una defensa importante de la ponderación en este sentido, toda vez que plantea dos tesis que pueden oponerse a la objeción sobre la racionalidad: una radical y otra moderada. La primera de estas señala que el resultado de ponderación es racional en todos los casos; mientras que la segunda, advierte que no puede ayudar de forma racional en todos los casos, pero sí en algunos

no fuese posible emitir juicios racionales sobre la Ley de ponderación y sus componentes: a) grado de afectación de un principio; b) grado de importancia de satisfacción de otro; y c) justificación de la relación intervención-satisfacción entre ambos¹⁰⁰ (Alexy 2002). Lo interesante de esto, es que Alexy decide defender su teoría ponderativa mediante el análisis de ejemplos, por considerar que estos brindan elementos de comprensión importantes sobre la racionalidad presente en la ponderación.

Los casos que expone Alexy —uno de ellos ya referenciado aquí— pueden clasificarse de acuerdo a la dificultad que implica graduar su afectación-satisfacción. El caso, ampliamente trabajado por Robert Alexy, sobre la obligación de las tabacaleras de etiquetar sus productos con advertencias sobre los daños que producen, ofrece varias herramientas que permiten avizorar un alto grado de racionalidad. Elegir el grado de afectación-satisfacción de un principio no escapa de criterios racionales:

- a) Piénsese en el grado de afectación que causa la intervención al derecho al libre oficio. Evidentemente sería *leve*. Una medida de este tipo, marcar sus productos, no afecta de forma *intensa* su actividad y el derecho a realizar sus actividades comerciales¹⁰¹.
- b) Por otro lado, es sencillo analizar los beneficios que tendría para la salud pública esta medida. Es decir, es fácil determinar el grado de importancia de satisfacción del principio contrario: alto¹⁰².

Es interesante el siguiente planteamiento de Alexy con respecto a lo anterior:

“Basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.¹⁰³”

Lo que quiere decir esto, es que de acuerdo con las escalas de graduación de afectación-satisfacción de la Ley de Ponderación, sí es posible establecer una ordenación válida y racional sobre dichos grados, por lo que esto puede fundamentar un resultado o decisión racionalmente. Las estimaciones, entonces, sobre la intensidad de intervención y la importancia de satisfacción del principio contrario, no son arbitrarias ni irracionales, toda vez que establecen límites dentro de la ponderación¹⁰⁴.

casos difíciles (numéricamente superiores), lo que justifica su existencia en la adjudicación constitucional.

100 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

101 *Ibidem*. Pág. 32.

102 *Ibidem*. Pág. 33.

103 *Ibidem*. Pág. 33.

104 *Ibidem*.

1.3. La barrera cortafuegos de Habermas.

Robert Alexy es conciso en la defensa de su teoría ponderativa y de los principios como mandatos de optimización: la *barrera cortafuegos* se mantiene en la ponderación. Para sustentar, Alexy señala que la Ley de ponderación tiene como fundamento, aunque no forma parte, la Ley decreciente de utilidad marginal¹⁰⁵. Lo que esto quiere decir, en algún sentido, es que la ponderación se orienta sobre este principio: la determinación de la intensidad de la intervención, los principios no se debilitan, sino que ganan fuerza¹⁰⁶. Los principios, entonces, como derechos fundamentales, ganan un núcleo resistente que mantiene la famosa *barrera cortafuegos*.

“Una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención.”¹⁰⁷.

Esto quiere decir, por un lado, que un derecho no se ve satisfecho por la excesiva afectación del otro. La importancia —alta— de satisfacción del derecho a la salud pública no justifica la intervención-afectación sobre en el otro derecho en colisión: libertad de profesión. Debe demostrarse mediante razones independientes esta importancia, por lo que no se debilita ningún derecho fundamental y se mantiene la barrera de protección que alega Habermas se pierde en la ponderación. Ponderar, no es debilitar.

2. Objeción conceptual a la Teoría Ponderativa de Robert Alexy.

La segunda parte de la crítica de Jürgen Habermas a la ponderación de Robert Alexy corresponde a la crítica sobre la pérdida de corrección que acarrearía la ponderación en la adjudicación constitucional. El principal argumento de Habermas es que la racionalidad de la argumentación jurídica es relativa a la racionalidad de la legislación; y si la racionalidad no estuviese determinada por el ámbito normativo, no sería jurídica sino legislativa, lo que vulneraría gravemente el principio democrático. Además, por supuesto, de diferenciar estrictamente la corrección de los argumentos jurídicos y la corrección de los argumentos morales, que se filtran en la ponderación¹⁰⁸. Señala Habermas:

“La decisión jurídica de un caso particular solo puede ser correcta si se ajusta a un sistema jurí-

105 La referencia se encuentra en el epílogo de la Teoría de los derechos fundamentales. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

106 Ibidem. Pág. 534

107 Ibid.

108 Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

dico coherente.¹⁰⁹”.

De esta forma, el derecho y la decisión judicial se sacan del ámbito de lo válido/inválido, o de lo justificado; y entra al ámbito del “más o menos”; “es algo adecuado”; o, “puede servir”. Con esto, de ninguna manera se puede acceder a determinar si dicha decisión de caso concreto es correcta o incorrecta.

La respuesta de Alexy está orientada en dos direcciones. Lo primero que hace es describir dos modelos democráticos predominantes: uno formal y otro material. En el primero, por supuesto, existe un tipo de marco de acción abierto para el legislador. Sustentado en la idea de democracia representativa, todo puede hacer el parlamento sin limitaciones¹¹⁰. El segundo modelo, limita de forma radical el campo de acción del legislador, pues todo ya se encuentra demarcado por la constitución y lo que el parlamento hace es formalizar esos contenidos, en un procedimiento también previsto¹¹¹.

Alexy considera que su modelo se adscribe a un nivel intermedio entre los descritos. Con ello, supera los cuestionamientos formales y materiales, y adecúa su sistema de derechos fundamentales a un modelo que, sin ser exclusivamente material sobre la actividad legislativa, impone límites sustanciales mínimos, que lo buscan es modelar la legislación, sin afectar completamente el marco de acción parlamentario¹¹².

Quedaría superada, entonces, esta crítica, en el hecho de que es posible valorar la independencia parlamentaria surgida de la deliberación democrática, sin olvidar que existen límites de *justicia mínima* y configuración material que no pueden ser rebasados en ningún sentido¹¹³, y que, siguiendo el acuerdo entre Alexy y Habermas, tienen componentes morales parlamentarios.

Por otro lado, la argumentación jurídica y la racionalidad de su corrección, puede responder entonces al sistema normativo. Sin embargo, establece también una racionalidad de argumentación moral que en nada afecta el principio democrático o la corrección en la decisión judicial, en el sentido en que esta también se da sobre enunciados normativos presupuestos en el marco intermedio de *justicia mínima*. La decisión correcta, entonces, en el caso concreto, respondería también a esa argumentación práctica que no escapa del ámbito de la acción comunicativa, recalado por Habermas.

Conclusiones.

La crítica habermasiana a la Teoría de los principios y a la Teoría ponderativa de Robert Alexy, en tan-

109 Habermas, *Facticidad y Validez*, 304.

110 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

111 *Ibidem*. Pág. 8

112 Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

113 *Ibidem*. Pág. 19.

to no puede pasar desapercibida, tampoco carece de utilidad conceptual y sustancial para comprender, elemento a elemento, la funcionalidad metodológica de la ponderación y su aplicación dentro de la adjudicación constitucional. Con base en esto, se puede concluir lo siguiente:

- a) La objeción sobre el debilitamiento de los derechos fundamentales (entendidos principios sujetos a un mandato de optimización) permite entender también la integralidad de la teoría principialista y el cómo se mantiene la *barrera cortafuegos*, al no determinarse, mediante las razones que justifican la necesidad de la intervención, el grado afectación que sufrirá el principio contrario. Esto mantiene la barrera cortafuegos y garantiza no sacrificar derechos fundamentales.
- b) La delimitación excluyente entre lo axiológico y deontológico que sostiene Habermas es deficiente, incluso en el caso en que se presentan conflictos de normas y lo que se ve afectado es su validez: una norma se aplica y la otra debe ser excluida del sistema jurídico. El sentido teleológico de los valores también puede presentarse en un sentido deontológico normativo; lo que garantiza que ambos aspectos puedan convivir en una norma jurídica como los derechos fundamentales.
- c) La racionalidad no es un criterio ausente en la ponderación. El hecho de poder determinar los grados de importancia de satisfacción y de no satisfacción de un derecho sobre otro, evoca ya un procedimiento sujeto a la racionalidad. Véase los ejemplos presentados. De otro lado, la propuesta de Habermas de encontrar un derecho fundamental *prima facie* coherente con el caso que se debe aplicar, no parece suficiente. ¿Cómo se determina esta coherencia? No pueden ser, según Atienza, los criterios que proporciona Alexy para determinar cuál es la norma coherente aplicable al caso¹¹⁴.
- d) Lo anterior se contrasta con los modelos de la decisión judicial y cómo se presentan dentro de la adjudicación constitucional. La cuestión esencial que puede concluirse del estudio de los distintos modelos, incluyendo el planteado por Habermas, es: ¿qué otro procedimiento ofrece criterios de fundamentación además de la ponderación?
- e) La precisión de Habermas de que la corrección jurídica solo se puede ajustar a un sistema jurídico coherente bajo presupuestos de argumentación netamente jurídica, es poco sostenible. Los criterios de justicia mínima y configuración material que se dan en la deliberación

114 Atienza, Curso de Argumentación Jurídica.

legislativa, mismos que determinan la corrección en la ponderación, no atentan contra la democracia. Estos presupuestos normativos que se encuentran en el marco intermedio de *justicia mínima*, habilitan la argumentación práctica en la decisión judicial, al referirse a criterios constitucionales.

Bibliografía

- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá D.C. : Universidad Externado, 2016.
- Gaviria Díaz, C. (2017). *9 conferencias*. Medellín: UdeA.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2011.
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista. *CAP Jurídica*, 2(3), 59-102.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2019.
- Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11 (2009): 3-14.
- Alexy, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.” *Revista Española de derecho constitucional* 22, N° 66 (2002): 13-64.
- Bernal Pulido, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.
- Peláez Mejía, José María. “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy.” *Ius et praxis* 25, N° 3 (2019):167-214.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (Vol. Ed. primera). Madrid: Trotta, 2011.
- Aguilo Reglá, Josep. “Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.” *Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 30 (2007).

Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

T-881. (2002). Sala Séptima de revisión. M.P. Eduardo Montealegre. *Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T-542060 y T-602073.

Mejía Quintana, Óscar. “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas.” *Revista Panameña de Política*, N° 14 (2012): 67-103.

Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2011.

Torrado, Yefri. *Intervención Amicus Curiae*. Cúcuta: Tribunal Superior de Norte de Santander. 2018.

Habermas, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*. Fráncfort: Suhrkamp, 1996.

Habermas, Jürgen. “Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia.” En *Facticidad y validez*. Jürgen Habermas, 263-310. Madrid: Trotta, 2010.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

Habermas, Jürgen. *Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*. Die Einbeziehung des Anderen. Berlin: Studien zur politischen Theorie, 1996.

Leiva Rabel, Antonio. “Correction and Facticity: justice and democracy.” *Revista de Derecho (UCU-DAL)* 14, N°18 (2018):139-164.

Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

Bernal Pulido, Carlos. *La Doble Dimensión del Derecho. La Tesis de la Doble Naturaleza del Derecho de Robert Alexy*. Lima: Palestra, 2011.

BVerfGE 90, 145. (09 de marzo de 1994). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.

BVerfGE 95, 1. (22 de enero de 1997). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.

BVerfGE 108, 282. (24 de Septiembre de 2003). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.

Las “mujeres” como una *categoría-contorno*: ¿el antiesencialismo de Judith Butler puede ser operativo para la teoría jurídica feminista?

María José León Marín¹

Resumen:

La teoría crítica de Judith Butler en *El género en disputa* sobre el sujeto político de los feminismos abrió la posibilidad para pensar a las mujeres como una *categoría-contorno*. Sin embargo, poco se ha dicho sobre la posibilidad de traducir esto al discurso jurídico, que opera con categorías. En este artículo, propongo que la idea de poner en crisis el concepto “mujeres” para quitarle el significado fijo, unívoco y atemporal puede traducirse e implementarse en el lenguaje jurídico, mediante una lectura deconstructiva que no implica renunciar al significante. Para ello, retomo el debate esencialismo vs. antiesencialismo feminista en el que se inscribe la propuesta de Butler, analizo su tesis y la manera en la que fue leída. Al final, sugiero que un primer paso puede ser repensar y usar uno de los métodos legales feministas, propuestos por Katharine Barlett, a la luz de la deconstrucción: la pregunta por las mujeres, al igual que su respuesta, puede ser abierta, situada y contingente. Como ejemplo de esto, me refiero al caso de una mujer transgénero que fue analizado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-771 de 2013.

Palabras clave:

Mujeres; perspectiva de género; Judith Butler; feminismos; teoría jurídica; antiesencialismo.

¹ Abogada con grado Summa Cum Laude de la Universidad de Los Andes (2022-10) y candidata a grado del pregrado en literatura de la Universidad de Los Andes (2022-20). Investigadora asistente de la línea de política de drogas de Dejusticia. mj.leon@uniandes.edu.co

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (2). Julio 2022. e-ISSN2539-5343.

“Women” as an *outline-category*: can Judith Butler’s anti-essentialism be operative for feminist legal theory?

María José León Marín²

Abstract:

Judith Butler’s critical theory in *Gender in Trouble* on the political subject of feminisms opened the possibility to think of women as an *outline-category*. However, little has been said about the possibility of translating this into legal discourse, which works with categories. In this article, I propose that the idea of putting the concept of “women” in crisis to remove its fixed, univocal, and ahistorical meaning can be translated and implemented in legal language, through a deconstructive reading that does not imply renouncing to the signifier. To this end, I take up the essentialism vs. anti-essentialism debate in feminist theory in which Butler’s proposal is inscribed and I analyze her thesis and the way in which it was read. In the end, I suggest that a first step may be to rethink and use one of the feminist legal methods, proposed by Katharine Barlett, in the light of deconstruction: the question about women, as well as its answer, can be open, situated, and contingent. As an example, I refer to the case of a transgender woman analyzed by the Colombian Constitutional Court in ruling T-771 of 2013.

Key words:

Women; gender perspective; Judith Butler; feminisms; legal theory; anti-essentialism.

² Lawyer with a Summa Cum Laude degree from the Universidad de Los Andes (2022-10) and candidate for an undergraduate degree in literature from the Universidad de Los Andes (2022-20). Assistant researcher of the drug policy line of Dejusticia. mj.leon@uniandes.edu.co

1. Introducción

En 1987, Gayatri Spivak acuñó por primera vez el término “esencialismos estratégicos”. Un concepto que se refiere a la unión de los grupos marginalizados o subalternizados bajo identidades fijas, estables, limitadas que permitan y faciliten una agenda política³. El esencialismo estratégico, entonces, condensó y explicitó una práctica recurrente –entre otros grupos– por algunas mujeres feministas. Una estrategia práctica que, en muchos casos, fue –y sigue siendo– respaldada y fundamentada por perspectivas teóricas que han sido tildadas de esencialistas en el movimiento feminista. Esto debido a que se basan en una idea totalizante y excluyente de la “mujer”, como ocurre, por ejemplo, en los feminismos liberales clásicos, radicales o del poder, y culturales.

En ese sentido, una de las grandes disputas y quiebres en los feminismos ha sido la definición de su sujeto político. Así pues, entre las múltiples críticas que se han hecho al esencialismo en el que se basan varias teorías feministas, algunas teóricas han centrado su mirada, según Joan Scott, en “la fijación exclusiva en cuestiones del ‘sujeto’ y la tendencia a reificar el antagonismo subjetivo que se origina entre hombres y mujeres como el hecho central del género”⁴. Una preocupación que también comparte Janet Halley, quien va más allá. Para ella, el feminismo –para ser visto y entendido como tal– debe cumplir tres requisitos: (i) hacer una distinción entre masculino/femenino y/o entre hombre/mujer, (ii) establecer algún tipo de subordinación o desventaja de lo femenino frente a lo masculino, y (iii) oponerse a esto último⁵.

En esa misma línea se sitúa la crítica de Judith Butler en su famoso libro *El género en disputa* (1990). Allí, Butler –desde una perspectiva posmoderna y posestructuralista– inaugura su reflexión sobre lo poco estratégico que resulta ser el esencialismo que predominaba en ese entonces en la teoría feminista. Así pues, de forma reaccionaria, Butler defiende que esta táctica en realidad crea, reafirma y reproduce la división de género en lugar de subvertirla. De tal forma que sus planteamientos se consolidan como una lectura crítica de esta estrategia (la del sujeto político “mujeres”) a la luz de sus problemas teóricos. Por esa razón, su propuesta parte de una visión antiesencialista que reconoce la inestabilidad de las categorías –entre ellas la de “género”– y la necesidad de mirarlas desde una perspectiva deconstructivista. Esto, como defenderé aquí a partir de una lectura lingüística, no implica desecharlas, sino pensarlas como palabras o conceptos fluidos. Como *categorías-contornos*: abiertas a adquirir nuevos y distintos significados.

Como era de esperarse, la teoría crítica de Butler sobre el sujeto político de los feminismos fue y sigue siendo arduamente reprochada, cuestionada y comentada. Entre otras, por desacreditar una categoría con la que, en efecto, se han logrado triunfos y, también, por el efecto inmovilizador que tiene sobre la unión por una agenda política común feminista. No obstante, a pesar de las varias reacciones que sus

3 Ver: Spivak, Gayatri Chakravorty. (2006). *In Other Worlds: Essays on Cultural Politics*. Routledge.

4 Esta es una traducción propia, al igual que las demás citas que están en otro idioma en el artículo. Cita original: “I am troubled (...) by the exclusive fixation on questions of ‘the subject’ and by the tendency to reify subjectively originating antagonism between males and females as the central fact of gender”. Joan W. Scott, «Gender: A Useful Category of Historical Analysis», *The American Historical Review* 91, n.º 5 (1986): 1064, <https://doi.org/10.2307/1864376>.

5 Janet E. Halley, *Split decisions: how and why to take a break from feminism* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006), 18.

posturas han catalizado, poco se ha dicho sobre las implicaciones teóricas y prácticas de sus críticas y propuestas en el campo jurídico.

Bajo ese panorama, en este artículo pretendo aportar insumos para pensar en ese vacío. Para ello, parto de la base de que el debate del esencialismo y el antiesencialismo sobre el sujeto político de los feminismos, en el que se inserta el pensamiento de Butler, es en el fondo un diálogo que gira en torno a la pregunta por lo que entienden los feminismos por “mujer”/“mujeres”: ¿qué y quiénes son y pueden ser las mujeres? Una pregunta que puede ser llevada al discurso jurídico y, en ese sentido, puede ser abordada a la luz o a partir de la teoría de Butler. En ese sentido, la lectura y las sugerencias que hago en este texto buscan sembrar semillas para pensar en los aportes de esta autora como una herramienta para la teoría jurídica feminista, pero –en línea con el pensamiento de Sara Ahmed⁶– aclaro que mi propuesta teórica está ligada a la práctica y, especialmente, a la forma en la que el derecho se nutre y se transforma a partir de las experiencias de las mujeres.

En concreto, defenderé que el antiesencialismo de Judith Butler puede ser operativo para la teoría jurídica feminista. Para ello, a lo largo del documento desarrollaré cuatro puntos: (i) el debate teórico feminista –esencialismo vs. antiesencialismo– en el que se inscribe la crítica de Butler; (ii) su propuesta antiesencialista de la *categoría-contorno* “mujeres” sin contenido fijo; (iii) cómo este pensamiento podría ser traducido e introducido en el discurso jurídico a partir del caso analizado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-771 de 2013; y, finalmente, (iv) una conclusión para pensar a Butler como la semilla de una teoría jurídica feminista, antiesencialista y funcional.

2. El debate esencialismo vs. antiesencialismo en los feminismos

En el prólogo original de *El género en disputa* (1990), Judith Butler menciona lo siguiente:

En 1989 mi atención se centraba en criticar un supuesto heterosexual dominante en la teoría literaria feminista. Mi intención era rebatir los planteamientos que presuponían los límites y la corrección del género, y que limitaban su significado a las concepciones generalmente aceptadas de masculinidad y femineidad. (...) Me parecía –y me sigue pareciendo– que el feminismo debía intentar no idealizar ciertas expresiones de género que al mismo tiempo originan nuevas formas de jerarquía y exclusión.⁷

⁶ Ahmed plantea en su libro *Vivir una vida feminista* que los trabajos de las feministas negras y racializadas, como bell hooks, Gloria Anzaldúa y Audre Lorde, la hicieron pensar en lo que se enseña y se lee como teoría crítica en la academia. A raíz de esos textos, Ahmed dice que se encontró con “una escritura en la que la experiencia corporizada del poder constituía la base del conocimiento”. Por lo que, recordando la frase de Carol Hanisch (lo personal es político), afirma allí que “lo personal es teórico”. Sara Ahmed y Tamara Tenenbaum, *Vivir una vida feminista*, Primera edición (Buenos Aires: Buenos Aires, 2021), 35.

⁷ Judith Butler, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, trad. María Antonia Muñoz (Barcelona: Paidós, 2007), 49.

De esta manera, la autora sitúa su crítica en el debate teórico feminista sobre la esencialización de las mujeres, que hoy sigue siendo relevante. Desde ese entonces, las dos vertientes de la discusión han asumido lugares opuestos. Según la conceptualización de Jaramillo, por un lado, se encuentran aquellos feminismos esencialistas “que consideran que el género es el principal (esencial) factor de opresión para todos los individuos que pertenecen al sexo femenino”⁸. Aquí se podrían clasificar las teorías que asumen y parten de la base de la existencia de “la mujer” o de “las mujeres” como una categoría unívoca, compartida, abstracta y universal.

Por otro lado, en oposición a esa corriente teórica se encuentran los feminismos antiesencialistas, que “rechazan esta preponderancia del género y afirman, por el contrario, que la opresión que padecen los individuos del sexo femenino es distinta en cada caso porque tan importante como el género, en tanto factor de opresión, son la raza, la orientación sexual, la clase y la pertenencia a un determinado grupo étnico”⁹. En este lado del debate se pueden, entonces, ubicar las demás teorías feministas que pluralizan la categoría “mujer” al abrir el espectro del análisis de la opresión. Esto se puede encontrar de distintas formas en la teoría feminista. Bien sea a través de pensamientos más situados y contextuales, de la problematización y diversificación o pluralización del sujeto unívoco y excluyente “mujer”/“mujeres”, y/o de la inclusión e interrelación de otros factores distintos de análisis como la clase, la raza, la discapacidad, la etnicidad u otras categorías.

Bajo ese panorama, a continuación, desarrollaré algunos ejemplos de los espectros del debate teórico para entender de dónde viene la crítica de Butler y cuáles son los diálogos que entabla.

1.1. La “mujer” y los feminismos esencialistas

Tres grandes ejemplos de teorías esencialistas en los feminismos son las propuestas planteadas por algunas feministas liberales clásicas, radicales o del poder, y culturales o de la diferencia. En este apartado me referiré brevemente a cada una de estas teorías para iluminar los aspectos por los que han sido clasificadas como esencialistas en este debate.

En primer lugar, el feminismo liberal clásico se centró en la lucha por los derechos civiles y políticos de las mujeres bajo el argumento de igualdad de capacidades humanas, amparado en el principio de igualdad formal del derecho¹⁰. Algunas exponentes de este feminismo fueron Mary Wollstonecraft –quien se centró en la lucha por la independencia intelectual de las mujeres–¹¹ y Olympe de Gouges –con la Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana–¹².

Sin embargo, como lo analiza Lépinard al estudiar la lucha por la ley de cuotas en Francia, para lograr

8 Robin West y Isabel Cristina Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, Biblioteca universitaria (Santafé de Bogotá: Ed. Uniandes [u.a.], 2000), 49.

9 West y Jaramillo, 49.

10 West y Jaramillo, 41.

11 Ver: Wollstonecraft, Mary (1792) *Vindicación de los derechos de las mujeres*, cap. 2, 3 y 9. Disponible en: https://teoriapoliticaseinstitutohome.files.wordpress.com/2020/02/vindicacion3b3n_de_los_derechos_de_la_mujer.pdf

12 Ver: De Gouges, Olympe (1791) “Declaración de los Derechos de las Mujer y la Ciudadana” disponible en: <http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf>

ese reconocimiento jurídico las feministas liberales clásicas defendieron una perspectiva esencialista de las mujeres, aquí entendidas abstractamente como ‘la mitad de la población’. En sus palabras:

En esta movida estratégica para hablar el lenguaje del poder, las defensoras de la paridad no han desestabilizado la categoría ‘mujeres’. Por el contrario, han cimentado a las mujeres en una identidad de género y raza fija y han definido los intereses de las mujeres blancas como los intereses de todas las mujeres.¹³

De esta forma, la estrategia esencialista del feminismo liberal clásico se abanderó de una visión abstracta, blanca y hegemónica de las mujeres, entendidas como la mitad de la población por oposición a la otra mitad (los hombres), dentro de la lógica binaria masculino/femenino. En consecuencia, su visión teórica replicó el *statu quo* y afectó, deslegitimó e incluso negó las luchas de otras minorías rotuladas bajo otras categorías analíticas ‘no universalizables’.

En segundo lugar, una de las mayores defensoras del esencialismo de género ha sido Catharine MacKinnon, pensadora del feminismo radical. En palabras de Jaramillo, “MacKinnon es tal vez quien con mayor ahínco ha defendido el esencialismo de género, en el sentido de señalar que el género marca definitiva y similarmente la vida de todas las mujeres”¹⁴. Su teoría, en ese sentido, se centra en explicar la opresión de la mujer –en singular– a través de su cosificación y sometimiento en el campo de la sexualidad, dominado –según MacKinnon– por la violencia masculina:

La sexualidad está dividida en géneros, y el género está sexualizado. Lo masculino y lo femenino son creados a través de la erotización de la dominación y la sumisión. La diferencia hombre/mujer y la dinámica dominación/sumisión se definen mutuamente. Este es el significado social del sexo, y la explicación distintivamente feminista de la desigualdad de género.¹⁵

13 Traducción propia. Texto original: “they share an overwhelming emphasis on the singular difference of sex that obliterates other differences. This prominence granted to gender prevented them from theorizing how relations such as class, race, or sexuality intersect with and shape gender relations. (...) In this strategic move to speak the language of power, parity advocates have not destabilized the category women. On the contrary, they have grounded women in a fixed gendered and raced identity and defined white women’s interests as the interests of all women.” Lépinard, «The Contentious Subject of Feminism: Defining Women in France from the Second Wave to Parity», *Signs* 32 (1 de diciembre de 2007): 7, <https://doi.org/10.1086/508376>. The French Parliament passed the parity reforms, which established a 50% quota for women candidates in all elections. The parity reforms sparked debate within French feminism, and continued long-standing conflicts in feminist theory over the subject of feminism itself: “women.” This article explores various definitions of “women” that have marked the French feminist movement from its second wave to the 1990’s. It first shows how French feminists from the second wave, despite conflicts over the definition of gender difference, emphasized gender over other social differences, making it impossible to theorize the intersection of gender and other differences. It then discusses how this conceptual framework from the 1970’s has persisted in contemporary debates. Particular attention is paid to the parity debate and to how theorizations of gender difference have been both strengthened and transformed in their political encounter with nationalism and French republicanism. This paper finally explores the unintended consequences of this feminist politics and of the omissions and exclusions which have remained constant from the 70’s to the present day.”, “container-title”: “Signs”, “DOI”: “10.1086/508376”, “journalAbbreviation”: “Signs”, “page”: “375-403”, “source”: “ResearchGate”, “title”: “The Contentious Subject of Feminism: Defining Women in France from the Second Wave to Parity”, “title-short”: “The Contentious Subject of Feminism”, “volume”: “32”, “author”: [{ “family”: “Lépinard”, “given”: “Eléonore” }], “issued”: { “date-parts”: [[“2007”, “12”, “1”]] }, “locator”: “7” }, “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”]

14 West y Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, 58.

15 Catharine A MacKinnon, «Hacia una teoría feminista del Estado», en *Sociología y Crítica Jurídica* (Universidad de Los Andes, 2006), 193.

Así pues, el argumento de esta autora se basa en *una mujer* que es unívoca y descontextualizada: sin importar factores como la raza y la clase, ni su deseo o voluntad para tener una relación sexual, siempre será una víctima de violación porque toda la sexualidad femenina está atravesada por la violencia característica de la sexualidad masculina. En ese sentido, MacKinnon también asume una perspectiva esencialista porque clasifica a la mujer o bien como víctima o como virtuosa. Por un lado, no se cuestiona si puede ser violadora ella también: “Ser violable, una posición que es social y no biológica define lo que es una mujer”¹⁶. Por otro lado, tampoco abre la posibilidad a que una mujer pueda consentir ni sentir placer al tener una relación sexual porque es catalogada como una víctima: “en la medida en que la coerción se ha convertido en parte integral de la sexualidad masculina, la violación puede ser sexual en la medida en que es violenta y por ese motivo”¹⁷.

Finalmente, el feminismo cultural o de la diferencia, desarrollado por teóricas como Carol Gilligan y Robin West, ha buscado reivindicar los valores, características y roles asociados culturalmente a las mujeres y a lo femenino. Como lo explica Jaramillo, Gilligan centra su trabajo en defender que la teoría del desarrollo moral de Kohlberg se cimienta en una perspectiva exclusivamente masculina, de razonamiento abstracto e individual, que desconoce las diferencias del razonamiento entre hombres y mujeres. Las últimas obedecerían a una lógica más contextual y relacional, que –para Gilligan– es producto de las diferencias en la formación cultural entre los dos géneros¹⁸.

En ese sentido, el feminismo cultural reivindica la diferencia de las mujeres en relación con los hombres, es decir: a partir de lo que no es masculino. Por esa razón, esta teoría también defiende una postura esencialista sobre la mujer basada en su diferencia en el marco del binario masculino/femenino, hombre/mujer, por su relación con el cuidado, con la maternidad, con el ámbito privado y por su punto de vista más contextual que abstracto.

1.2. ¿Acaso no soy una mujer?¹⁹: las reacciones antiesencialistas

Las visiones esencialistas de estos feminismos occidentales provocaron un debate teórico y político en el movimiento por parte de las ‘otras’ mujeres, no hegemónicas, que quedaron al margen de las definiciones esencialistas y abstractas que defendieron las liberales clásicas, las radicales y las culturales, entre otras. Así pues, la reacción antiesencialista vino principalmente en boca de los feminismos de las mujeres marginalizadas dentro de esa misma categoría de “mujer”: racializadas, indígenas, lesbianas, transgénero, con discapacidad, entre otras. Su lucha, entonces, se centró en ampliar la visión y la comprensión de la opresión de las mujeres a través de la articulación del género con otras categorías identitarias, del análisis contextual y de la crítica al binario femenino/masculino.

Según Jaramillo, uno de los principales feminismos antiesencialistas fue de las mujeres negras. Entre

¹⁶ MacKinnon, 212.

¹⁷ MacKinnon, 206.

¹⁸ West y Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, 46.

¹⁹ Esta expresión viene del título del discurso de Sojourner Truth, “Ain’t I a Woman?” en la Convención de Mujeres en Akron, Ohio en 1851. Disponible en: https://thehermitage.com/wp-content/uploads/2016/02/Sojourner-Truth_Aint-I-a-Woman_1851.pdf

sus exponentes, se encuentran Patricia Hill Collins, Marta Mahoney, Dorothy E. Roberts, bell hooks, Angela Davis y Kimberle Crenshaw²⁰. La última de ellas destaca por ser una de las primeras teóricas del análisis interseccional feminista: una estrategia que busca estudiar a las mujeres desde una perspectiva situada, relacional y contextual que integre los distintos factores o categorías que atraviesan su condición, especialmente la raza.

En concreto, Crenshaw atacó el esencialismo de las teorías hegemónicas feministas, haciendo eco a la pregunta planteada por Sojourner Truth en 1851: “¿cómo pueden ser hechas las afirmaciones de ‘las mujeres son’, ‘las mujeres creen’ o ‘las mujeres necesitan’ cuando tales afirmaciones son inaplicables o no responden a las necesidades, intereses y experiencias de las mujeres negras?”²¹. En ese sentido, interpeló directamente la estrategia esencialista de las teorías feministas hegemónicas a través de su desconocimiento y anulación de otras mujeres que no comparten características culturales, económicas, raciales y sociales con las mujeres blancas occidentales. En consecuencia, Crenshaw defiende que la teoría feminista permanece blanca y que su potencial para ampliar su análisis, al tener en cuenta a las mujeres no privilegiadas, sigue pendiente²².

Otra perspectiva antiesencialista en los feminismos ha sido la de las feministas latinoamericanas e indígenas. Estas teorías se han articulado a partir de matrices de pensamiento que abiertamente se distancian de los feminismos occidentales por su visión esencialista. Ello en tanto las teorías feministas occidentales que responden a estas visiones esenciales de “la mujer” o de “las mujeres” no logran abarcar ni explicar las realidades de las mujeres en contextos marginados o culturalmente distintos. Entre sus exponentes, se encuentran Uma Narayan, Gloria Anzaldúa, Cherrie Moraga, María Lugones, Ochy Curiel, Mara Viveros, Julieta Paredes y Lorena Cabnal, entre otras²³.

En particular, el feminismo comunitario ha sido una de las propuestas práctico-teóricas que se ha distanciado de la teoría feminista esencialista. Al respecto, Lorena Cabnal se ubica en lo que denomina un ‘paraguas amplio de los Feminismos contrahegemónicos’: “aquellos que cuestionan la representación clásica del sujeto feminista dentro de la teoría y la praxis feminista como la mujer blanca, occidental, de clase media y heterosexual”.²⁴ Por ello, desde una visión situada y comunitaria, Julieta Paredes analiza cómo los feminismos occidentales –refiriéndose al feminismo liberal clásico y al feminismo de la diferencia– no resultan funcionales para entender a las mujeres en lugares periféricos como América Latina o Abya Yala: “esto no se puede entender dentro de nuestras formas vida aquí en Bolivia, con fuertes concepciones comunitarias”²⁵. Así pues –ante la insuficiencia y falta de correspondencia de la concepción hegemónica del sujeto feminista con su realidad– Paredes propone una

20 West y Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, n. 43.

21 Traducción propia. Texto original: “When feminist theory and politics that claim to reflect women’s experience and women’s aspirations do not include or speak to Black women, Black women must ask: “Ain’t We Women?” If this is so, how can the claims that “women are,” “women believe” and “women need” be made when such claims are inapplicable or unresponsive to the needs, interests and experiences of Black women?” Kimberle Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*, 1, 1989 (s. f.): 154.

22 Crenshaw, 154.

23 West y Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, 45.

24 Lorena Cabnal, *Feminismos diversos: el feminismo comunitario* (España: Creative Commons, 2010), 7.

25 Julieta Paredes, *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario*, Segunda (México: Creative Commons, 2014), 78-79.

matriz propia y contextual de pensamiento: “por eso nos hemos planteado (...) hacer nuestro propio feminismo, pensarnos a partir de la realidad que vivimos”²⁶.

Ahora bien, una de las más fuertes reacciones a la estrategia esencialista de las teorías feministas ha sido la del feminismo posmoderno. Dado que el pensamiento de Judith Butler se enmarca en esta corriente teórica, dedicaré el siguiente apartado a explicar el contexto y la propuesta de este feminismo para luego ahondar en su crítica.

3. El antiesencialismo feminista de Judith Butler

1.1. Su marco teórico: el posmodernismo, el posestructuralismo y los feminismos

A mediados del siglo XX surgió la escuela posestructuralista francesa como una reacción a las propuestas universales y binarias del estructuralismo. Esta escuela se enfocó en el estudio del lenguaje, mediante el estudio de la lingüística y de la semiótica: todo aquello relacionado con el orden simbólico y la producción de signos²⁷. Asimismo, dialogó también con la filosofía posmoderna que cuestionó los ideales universales que instauró la modernidad²⁸.

Entre sus precursores está Jacques Derrida, el filósofo que analizó la teoría del signo lingüístico de Ferdinand Saussure desde una perspectiva deconstructivista. En su teoría, Saussure estableció que la unidad básica de la lengua es el signo lingüístico o la palabra: la unión entre el significante (la forma, la grafía, el sonido) con el significado (el contenido, el concepto, la idea)²⁹. Más aún, el teórico afirmó que los principios asociados al signo lingüístico son dos, a saber: (i) solo existe en virtud de la asociación e indivisibilidad del significado y del significante, y que (ii) “la entidad lingüística no está completamente determinada más que cuando está deslindada, separada de todo lo que la rodea en la cadena fónica”³⁰.

Sin embargo, en su lectura posmoderna y posestructuralista de esta teoría de las palabras, Derrida concluyó que “en el sistema de la lengua no hay más que diferencias”³¹ y que el discurso “nunca es un conjunto cerrado”³². Es decir que –según los postulados del mismo Saussure– ningún signo es estable, fijo o determinado, en tanto cada palabra, cada símbolo, adquiere sentido según el contexto en el que se encuentre, a través de relaciones de asociación y de oposición con otros elementos. Esta perspectiva fluida es conocida como la deconstrucción y para el análisis posmoderno y posestructuralista es un concepto fundamental, pues “significa analizar en contexto la forma en la que opera cualquier oposi-

26 Paredes, 78-79.

27 Kristina Wolff, «Postmodern Feminism», 2007, 1, <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeosp067>.

28 Wolff, 1.

29 Ferdinand Saussure, *Curso de lingüística general* (Losada, 1974), 188.

30 Saussure, 179.

31 Jacques Derrida, «La Différance», en *Márgenes de la filosofía* (Cátedra, 1986), 47.

32 Jacques Derrida, «La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas», en *La escritura y la diferencia* (Anthropos, 1966), 12.

ción binaria, revertiendo y desplazando su construcción jerárquica, en lugar de aceptarla como real o evidente por sí misma o en la naturaleza de las cosas”³³.

Ese análisis deconstructivista también dialoga con la reconstrucción histórica que elaboró Foucault a través del cuestionamiento genealógico. Como lo explica Butler, esta metodología le permite a Foucault, en *La historia de la sexualidad*, develar cómo los regímenes discursivos producen los sujetos que dicen representar:

La producción táctica de la categorización discreta y binaria del sexo esconde la finalidad estratégica de ese mismo sistema de producción al proponer que «sexo» es «una causa» de la experiencia, la conducta y el deseo sexuales. El cuestionamiento genealógico de Foucault muestra que esta supuesta «causa» es «un efecto», la producción de un régimen dado de sexualidad, que intenta regular la experiencia sexual al determinar las categorías discretas del sexo como funciones fundacionales y causales.³⁴

Bajo este panorama, el feminismo posmoderno surge a partir del trabajo de Iris Marion Young, Jane Flax, Luce Irigaray, Hélène Cixous, Judith Butler, Seyla Benhabib y Julia Kristeva, entre otras³⁵. Se trata de una corriente teórica que cuestiona y rechaza las prácticas esencialistas tradicionales establecidas por el pensamiento moderno. Así, se centra en el análisis del discurso como un lugar de poder: cuestiona los binarismos jerarquizantes (masculino/femenino, objetivo/subjetivo, cuerpo/mente) como también la propia noción del género y de la identidad.

Estos últimos son vistos aquí como una construcción que ocurre en y por el discurso, es decir en el plano de lo simbólico: “la teoría feminista posmoderna desafía la noción misma de género, reconociendo que está socialmente construida, que es fluida y conceptualizada dentro de un contexto histórico, político y cultural específico”³⁶. Por esa razón, esta escuela critica otros feminismos que se apoyan en posturas esencialistas sobre “la mujer”, pues para las feministas posmodernas la idea de un “sujeto femenino” es constituida discursivamente. En consecuencia, tanto la resistencia al concepto del género como su reafirmación se dan por medio de ese orden simbólico.

1.2. La propuesta crítica de Butler: contra el esencialismo “estratégico” feminista

En ese contexto, el pensamiento de Judith Butler pone el lente en la estrategia del sujeto “mujeres” como una categoría coherente, única y universal, que se ha mostrado necesaria para la representación

33 Traducción propia. Cita original: “means analyzing in context the way any binary opposition operates, reversing and displacing its hierarchical construction, rather than accepting it as real or self-evident or in the nature of things”. Scott, «Gender», 1066.

34 Butler, *El género en disputa*, 82.

35 West y Jaramillo, *Género y teoría del derecho*, 46.

36 Traducción propia. Cita original: “postmodern feminist theory challenges the very notion of gender, recognizing that it is socially constructed, fluid, and conceptualized within a specific historical, political, and cultural context”. Wolff, «Postmodern Feminism», 3.

y la lucha política feminista. A través del análisis teórico de esa estrategia, Butler argumenta cómo la identidad de género –lejos de ser una esencia o una identidad propia de “las mujeres”– en realidad es un efecto producido por discursos y símbolos normativizados, a través de la sedimentación y la repetición histórica. Por esa razón, los feminismos –en lugar de repetir y perpetuar esa construcción– deberían asumirla –desde una perspectiva deconstructivista– como un constructo inestable, fluido y cambiante. Bajo este entendimiento, ahondaré en cómo y desde cuál perspectiva Butler llega a estas conclusiones.

1.2.1. La teoría de la performatividad del género

La crítica de Butler al esencialismo del sujeto “mujer” comienza por la distinción de sexo y género. Para ella, la unidad de ese sujeto es puesta en tela de juicio con esta categorización propia de los feminismos: “si el género es los significados culturales que acepta el cuerpo sexuado, entonces no puede afirmarse que un género únicamente sea producto de un sexo”³⁷. El género, entonces, permitiría múltiples interpretaciones del sexo que no tendrían por qué relacionarse con la diferencia sexual, ni mucho menos reflejar su binarismo.

No obstante, para dar ese efecto de unidad y de coherencia, la construcción del género estaría mediada por prácticas regulatorias relacionadas con la diferenciación y la oposición binaria con “otra identidad”. En esa relación, según Butler, entran a jugar factores como el sexo, el género y el deseo. El efecto de la identidad de “las mujeres” necesita, entonces, una heterosexualidad oposicional y estable: “instituir una heterosexualidad obligatoria y naturalizada requiere y reglamenta al género como una relación binaria en la que el término masculino se distingue del femenino, y esta diferenciación se consigue mediante las prácticas del deseo heterosexual”³⁸.

Para Butler, sin embargo, no hay una distinción real entre el sexo y el género. Ambos son un constructo discursivo, histórico y social producido sobre el cuerpo: el género –visto como una manifestación social y cultural– produce el efecto de condición natural, previa y extralingüística del sexo –visto como una condición biológica y binaria–³⁹. En ese sentido, en diálogo con Foucault, Butler indica que no existe tal cosa como la diferencia o la identidad ni sexuales ni de género. Tanto el sexo como el género han sido culturalmente construidos y han devenido un régimen simbólico naturalizado que se refuerza por prácticas regulatorias. Estas producen –hacen inteligibles– esas “identidades” y les niegan ese estatus a otras, desviadas de ese discurso.

Entonces para Butler la “identidad de género” no existe en tanto la identidad se produce a través de los actos, como lo afirmó Nietzsche en 1887 (citado por Butler en el 2007, 84): “no hay ningún ser detrás del hacer, del actuar, del devenir: ‘el agente ha sido ficticiamente añadido al hacer, el hacer es todo’⁴⁰. El género, en ese sentido, no sería más que una representación que hacemos a diario para materializar

³⁷ Butler, *El género en disputa*, 54.

³⁸ Butler, 81.

³⁹ Butler, 23.

⁴⁰ Butler, 84.

y constituir ese discurso, que en realidad no expresa una “esencia” ni una “identidad subjetiva”, sino un régimen discursivo instaurado y reforzado a través de lo que Butler denomina “prácticas regulatorias”.

De tal forma, Butler devela cómo el sistema simbólico produce lo que dice representar: “no existe una identidad de género⁴¹ detrás de las expresiones de género; esa identidad se construye performativamente por las mismas ‘expresiones’ que, al parecer, son resultado de ésta”⁴². En ese sentido, el género –en clave de la lectura deconstructiva de Derrida– no sería más que un signo abierto a adquirir significados: no tendría un contenido fijo ni estable, dado que sería un discurso cuya legitimación y fondo están dados por la práctica iterada y por el contexto en el que se produce.

A pesar de ello, Butler reconoce que la identidad de género es vista como un logro y como una afirmación del sujeto. En ese contexto, el poder que esconde ese régimen discursivo recae en la posibilidad de cuestionar o afirmar la identidad de una persona a través de sus prácticas de género, que producen o no ese efecto de coherencia y estabilidad⁴³. Ese discurso, entonces, se vuelve normativo: la inteligibilidad de “la identidad de género” depende de que el *performance* reproduzca, cree y recree las prácticas regulatorias propias de la lógica binaria –anteriormente mencionada– para que socialmente sea reconocida como tal.

Sin embargo, este hecho, a su vez, abre la puerta para minar el binarismo del género. Si en realidad el género no es una identidad ni una expresión de nada más allá de un régimen discursivo sedimentado históricamente por la práctica reiterada de los *performances* que lo constituyen, entonces los cambios en esas representaciones pueden ir poco a poco trastocando y abriendo espacio para que ese discurso mute o se amplíe. Así el *performance* podría darles cabida a otras actuaciones no normativas: “en la ruptura o la repetición subversiva de este estilo, se hallarán posibilidades de transformar el género”⁴⁴.

1.2.2. ¿Qué hacer entonces?: la propuesta de Butler

Tras ahondar en la mirada crítica de la estrategia de esencialización desde sus implicaciones prácticas y teóricas, Butler concluye que: (i) los discursos que producen esas diferencias sexuales o de género son los mismos discursos que aparentan representarlas, y (ii) como estas diferencias son producidas –no son “hechos naturales”– entonces pueden ser subvertidas, cambiadas y minadas por otras lógicas no esencialistas dentro del mismo orden que las produce: es decir, el discurso y los actos simbólicos.

En consecuencia, según la teoría de Judith Butler, no resulta estratégico usar la categoría “mujeres” como sujeto político de los feminismos, pues lejos de intentar romper esa lógica binaria y discursiva que produce, materializa y refuerza opresiones contra las mujeres lo que hace es crearla, reproducirla y perpetuar ese entendimiento dicotómico, cerrado y unívoco sobre las personas y los intereses que dicen representar los feminismos. Este es el punto que señala Butler al decir que la categoría “mujeres”

41 Para ahondar en las diferencias entre identidad sexual, identidad de género y expresión de género ver: <https://www.genderbread.org/resource/genderbread-person-v-1>

42 Butler, *El género en disputa*, 85.

43 Butler, 37.

44 Judith Butler y Marie Lourties, «Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista», *Debate Feminista* 18 (1998): 297.

solo reproduce una lógica binaria de masculino/femenino, que es el único lugar posible para poder crear esa ficción de agrupación y de coherencia de algo que es profundamente abierto, relacional, contextual y fluido: el género.

En últimas el uso de la categoría “mujer” no solo refuerza un binarismo jerarquizante, sino que cierra toda posibilidad de representación: para poder unificar los feminismos invisibiliza, oculta y niega las posibilidades de los sujetos que dice representar. Por ello, Butler considera que los feminismos deben virar hacia otras formas de representación –coaliciones políticas– que empiecen por mirar crítica y deconstructivamente la categoría “mujeres”. No para incluir y fijar su multiplicidad sino para abrir su significado⁴⁵. Es decir, para reconocer esa mutabilidad, apertura e inestabilidad de la categoría:

Una coalición abierta creará identidades que alternadamente se instauren y se abandonen en función de los objetivos del momento; se tratará de un conjunto abierto que permita múltiples coincidencias y discrepancias sin obediencia a un *telos* normativo de definición cerrada.⁴⁶

Esto es clave en su análisis, pues quiere decir que desde este momento su propuesta no le apuntaba a negar o desechar la categoría “mujeres” ni la posibilidad de pensar en un sujeto político para articular la lucha feminista. Por el contrario, la lectura deconstructivista, posestructural y posmoderna que hace Butler desde el comienzo invita a explotar el significado cerrado y contenido de lo que los feminismos esencialistas habían teorizado como “mujeres”. Busca, en lugar de ello, reusar esa grafía como molde, un contorno, que pueda articular coyunturas y contingencias eventuales, deferidas, por venir: que las mujeres no sean un sujeto fijo, único ni atemporal.

1.3. Esencialismo vs. antiesencialismo: reacciones a la propuesta de Butler

La propuesta crítica de Butler fue leída, comentada y criticada por varias teóricas⁴⁷ que reflejaron y reconfiguraron el espectro del debate esencialismo vs. antiesencialismo feminista. Si bien esta discusión aborda preguntas sobre la materialidad del cuerpo y el disputado origen del género⁴⁸, me centraré en recopilar las interpretaciones e interpelaciones más importantes a la teoría de Butler relacionadas con

45 Considero que este es un punto clave para entender la diferencia entre la propuesta crítica de Butler sobre la categoría “mujer”/“mujeres” y las propuestas de los feminismos interseccionales. Butler no pretende incluir identidades fijas y múltiples en la categoría, sino que busca que deje de tener un significado fijo y atemporal. Por eso habla de coaliciones abiertas, coyunturales y cambiantes. Si bien la interseccionalidad comparte con esta perspectiva la necesidad de situar a las mujeres y de entenderlas desde una perspectiva relacional, no necesariamente propone una visión crítica de las categorías que articula (género, clase, raza, discapacidad, etnicidad, etc.). Pienso que esto puede explorarse más y mejor, e incluso considero que la visión de Butler podría pensarse en relación con las propuestas de los feminismos decoloniales, por ejemplo con la idea de una “ética de coalición en proceso” que propone María Lugones, a partir de las propuestas de Audre Lorde, en su texto “Hacia un feminismo descolonial” (2011).

46 Butler, *El género en disputa*, 70.

47 En el prólogo de la segunda edición de *El género en disputa* (2007) Butler agradece por las críticas a Biddy Martin, Eve Sedgwick, Slavoj Žižek, Wendy Brown, Saidiya Rartman, Mandy Merck, Lynne Layton, Timothy Kaufmann-Osborne, Jessica Benjannún, Seyla Benhabib, Nancy Fraser, Diana Fuss, Jay Presser, Lisa Duggan y Elizabeth Grosz.

48 Ver: Benhabib, S. (1995b). Subjectivity, Historiography, and Politics: Reflections on the «Feminism/Postmodernism Exchange». En *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange* (pp. 107-127). Routledge.

el uso, desecho o deconstrucción de la categoría “mujeres”.

Por un lado, feministas contemporáneas como Joan Scott y Janet Halley entendieron su propuesta desde los lentes antiesencialistas pero propositivos y funcionales para las luchas feministas. Scott comienza por reconocer que, según la teoría de Butler, las categorías “hombre” y “mujer” son problemáticas dado que lo masculino y lo femenino no son características inherentes a los seres humanos sino constructos ficcionales⁴⁹. En ese sentido, señala un matiz importante que suele pasar desapercibido en la interpretación o lectura de Butler al decir que:

Podemos escribir la historia de ese proceso [el surgimiento de nuevos símbolos culturales] solo si reconocemos que ‘hombre’ y ‘mujer’ son categorías vacías y desbordantes a la vez. Vacías porque no tienen un significado último y trascendente. Desbordantes porque incluso cuando parecen estar fijas, todavía contienen en ellas mismas definiciones alternativas, negadas o suprimidas⁵⁰.

En ese sentido, la lectura que hace Scott de la propuesta de Butler coincide con la interpretación de Janet Halley. Para ella, la idea de poner en crisis el género no paraliza los feminismos, como otras teóricas la han interpretado. Según Halley, si se lee a Butler en clave de la propuesta de Foucault, invitar a los feminismos a poner en crisis el sujeto “mujer” en realidad implica ampliar el rango de apertura de su compromiso político⁵¹. En últimas, desde estas perspectivas, la crítica de Butler a la categoría “mujer”/ “mujeres” no implicaría desecharla sino entenderla como una palabra abierta al cambio y a ser releída o revisitada desde la deconstrucción.

Nancy Fraser comparte parcialmente esta lectura de Butler. Para ella, si bien es cierto que “los movimientos feministas no pueden evitar hacer reclamos en nombre de ‘las mujeres’”⁵² también es un hecho que “la categoría ‘mujeres’ que se construye a través de esas afirmaciones está necesariamente sujeta a una continua deconstrucción”⁵³. Sin embargo, la autora no ahonda sobre esta última afirmación.

Fraser, asimismo, propone otras dos preguntas importantes para pensar en la propuesta de Butler. Por un lado, formula cuestiones sobre la utilidad que tendría para los feminismos aceptar la invitación a poner en crisis la categoría “mujeres”, hasta ahora esencializada: ¿por qué la resignificación de la categoría es necesariamente buena? ¿no podría haber resignificaciones desfavorables, opresivas y reaccionarias también?⁵⁴. Por otro lado, Fraser –de manera aguda– extrapola el problema de la repre-

49 Scott, «Gender», 1064.

50 Traducción propia. Texto original: “We can write the history of that process [the emergence of new cultural symbols] only if we recognize that “man” and “woman” are at once empty and overflowing categories. Empty because they have no ultimate, transcendent meaning. Overflowing because even when they appear to be fixed, they still contain within them alternative, denied, or suppressed definitions”. Scott, 1074.

51 Halley, *Split decisions*, 144.

52 Traducción propia. Texto original: “feminist movements cannot avoid making claims in the name of ‘women’”. Nancy Fraser, «False Antitheses», en *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange* (New York: Routledge, 1995), 68.

53 Traducción propia. Texto original: “the category ‘women’ that is constructed via those claims is necessarily subject to continual deconstruction” Fraser, 68.

54 Fraser, 68.

sentación y de la exclusión que representa la categoría fija y esencializada a las luchas de otros grupos marginalizados:

¿Todo lo que dice Butler sobre las ‘mujeres’ no es también cierto sobre ‘hombres’, ‘trabajadores’, ‘personas de color’, ‘Chicanos’ o cualquier otra denominación colectiva? No existe una relación privilegiada entre la denominación ‘mujeres’ y el generalizado problema político sobre cómo construir culturas de solidaridad que no sean homogeneizantes ni represivas.⁵⁵

Por su parte, la lectura de Martha Nussbaum coincide con Fraser en el cuestionamiento sobre la subversión de la categoría y su utilidad para la lucha política: “subversión es subversión, y en principio puede ir en cualquier dirección”⁵⁶. Sin embargo, esta filósofa va mucho más allá en su discrepancia con la propuesta de Butler. El corazón de su argumento está en que la invitación a poner en crisis el sujeto de los feminismos paralizaría la agenda y la lucha política del movimiento, al mismo tiempo que nos resignaría a tener que aceptar las estructuras que oprimen a las mujeres.

Esta lectura de la propuesta tiene tres premisas. En primer lugar, la resistencia –en la teoría de Butler– siempre es imaginada como personal, más o menos privada, sin involucrar acciones organizadas y articuladas para impulsar cambios legales e institucionales. Por ello, en segundo lugar, las estructuras institucionales que marginalizan a las mujeres y aseguran su inequidad nunca serán transformadas profundamente. En consecuencia y en tercer lugar, lo único que queda es intentar encontrar un poco de libertad dentro de esas estructuras ‘parodiándolas’⁵⁷. Bajo esta perspectiva, para Nussbaum la propuesta de Butler no debe tener cabida en los feminismos pues los cambios logrados a favor de las mujeres provienen de demandas de justicia, de la acción colectiva y articulada, que han hecho los feminismos amparados en esta categoría.

1.4. La respuesta de Butler a las críticas de su crítica: las “mujeres” como una *categoría-contorno*

Aunque desde *El género en disputa* Butler invitó a los feminismos a poner en crisis la normatividad y prescriptividad de la categoría “mujeres” a través de una mirada crítica y deconstructiva, en varios casos se ha interpretado esto como una incitación a desechar la categoría y, por ende, a asumir la imposibilidad de tener un sujeto político feminista. Por ello, tras las múltiples críticas que tuvo su teoría –solo algunas presentadas aquí–, Butler retomó la propuesta de deconstruir la categoría ‘mujeres’

55 Traducción propia. Texto original: “Isn’t everything Butler says about “women” also true of “men,” “workers,” “people of color,” “Chicanos,” or any collective nomination? There is no privileged relation between the appellation “women” and what is actually the general political problem of how to construct cultures of solidarity that are not homogenizing and repressive”. Fraser, 70.

56 Traducción propia. Texto original: “subversion is subversion, and it can in principle go in any direction”. Martha C. Nussbaum, «The Professor of Parody: The hip defeatism of Judith Butler», *The New Republic*, 22 de febrero de 1999, <https://newrepublic.com/article/150687/professor-parody>.

57 Nussbaum.

en “Contingent Foundations”, así: “parece como si hubiera una necesidad política de hablar como y para las mujeres en el feminismo, y no discutiría esa necesidad. Sin duda, esa es la forma como opera la política de la representación”⁵⁸. De este punto parte el análisis de Butler: en efecto la categoría es necesaria para la agencia política feminista, la pregunta es cómo construirla, pensarla y articularla. Hacer de esto un problema político no equivale a desechar el sujeto: “deconstruir el sujeto no es negar o desechar el concepto (...) es cuestionar y, más importante aún, abrir un término, como el sujeto, a una reutilización o redespiegue que previamente no ha sido autorizado”⁵⁹.

Por esa razón, la categoría no debe pensarse como un punto de partida en el que se instaure o se condensa la identidad del sujeto de los feminismos, sino como un campo indefinible de diferencias que no puede ser totalizado ni resumido por una categoría descriptiva: un significante sin significado fijo, un *contorno*, según la lectura que hizo Derrida de Saussure. Solo así el mismo término deviene un sitio de apertura permanente, actualizable y resignificable que, por tanto, expande las posibilidades de lo que significa ser mujer. Por esa razón, en últimas, deconstruir la categoría “mujeres” implica hacer posible una mayor agencia de quienes conforman y conformarán los feminismos en la construcción del sujeto político, pues esta lectura de la palabra abre la puerta a significados –a *performances*– múltiples, cambiantes y contingentes que pueden eventualmente llenar de contenido la categoría “mujeres”⁶⁰.

3. La lógica antiesencialista y deconstructivista de Butler en lenguaje jurídico: ¿qué hacer con la categoría “mujeres” en el derecho?

A pesar de las múltiples lecturas y reacciones que la teoría de Butler ha propiciado, poco se ha pensado sobre las implicaciones teóricas y prácticas de sus críticas en el marco del pensamiento jurídico. La mirada deconstructivista de las feministas legales posmodernas se ha centrado, más bien, en develar los sesgos de género escondidos en una amplia gama de presunciones y normas jurídicas. En palabras de Katharine Barlett, “algo básico para estos proyectos ha sido la postura crítica de que no solo el derecho en sí sino también los criterios que le dan validez y legitimidad son más construcciones sociales que hechos o presupuestos universales”⁶¹.

Así, por ejemplo, Mary Joe Frug analizó el derecho como un discurso normativo que produce la identidad de género. En ese sentido, su propuesta comparte la base foucaultiana en la que se cimienta la propuesta de Butler: los regímenes discursivos –tales como el derecho– producen los sujetos que dicen representar. Bajo ese entendido, Frug analiza cómo los mecanismos del sistema jurídico producen significados sobre el cuerpo femenino y, por ende, la diferencia sexual. Ello, con miras a dar luces de posibles caminos para

58 Traducción propia. Texto original: “Within feminism, it seems as if there is some political necessity to speak as and for women, and I would not contest that necessity. Surely, that is the way in which representational politics operates”. Judith Butler, «Contingent Foundations», en *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange* (New York: Routledge, 1995), 49.

59 Traducción propia. Texto original: “To deconstruct the subject of feminism is not, then, to censure its usage”. Butler, 49.

60 Butler, 50.

61 Traducción propia. Texto original: “Basic to these projects has been the critical insight that not only law itself, but also the criteria for legal validity and legitimacy, are social constructs rather than universal givens”. Katharine T. Barlett, «Feminist Legal Methods», 4, 103 (febrero de 1990): 878.

resistir al rol del derecho en la producción de una asimetría radical entre hombres y mujeres⁶².

Sin embargo, su propuesta –al igual que la de las demás posmodernas– se centra en señalar las construcciones sociales de las categorías de opresión, sin explorar a fondo propuestas que puedan materializarse en cambios del sistema jurídico o en la traducción e inmersión de la teoría posmoderna feminista en el derecho. Por ello, propongo aquí una relectura de los métodos feministas desarrollados por Barlett en su artículo “Feminist Legal Methods” que pueda integrar y hacer funcional la propuesta antiesencialista y deconstructivista de Butler sobre la *categoría-contorno* “mujeres”. Esta exploración parte de la base de que el derecho se pregunta constantemente qué y quiénes son las “mujeres”, una categoría con la que opera el sistema jurídico y que es la base de la discusión entre las posturas esencialistas y antiesencialistas sobre el sujeto político de los feminismos. De manera que, si el sistema jurídico –al igual que el sistema político de representación– necesita categorías para funcionar y ser operativo, una apuesta razonable puede comenzar por reinterpretar y minar el significado estable, cerrado y totalizante de la categoría “mujeres” en el derecho. Así, lo que el derecho entiende por “mujeres” podría convertirse en una *categoría-contorno*: abierta, permeable y cambiante, sin tener que renunciar a ella.

Ahora bien, ¿cómo hacerlo y por dónde comenzar? En “Contingent Foundations” Butler da una pista:

Uno podría preguntarse: ¿pero no tiene que haber un conjunto de normas que discriminen entre las descripciones que deben adherirse a la categoría de mujeres y las que no? La única respuesta a esta pregunta es una contra-pregunta: ¿quién establecería esas normas y qué reacciones producirían? Establecer una normativa base para responder la cuestión sobre qué debe incluirse en la descripción de las mujeres sería ciertamente producir un nuevo sitio de contienda política⁶³.

Así pues, propongo pensar en una forma práctica de integrar la perspectiva de Butler en el derecho a través de la ‘contienda política’, pensada aquí en escenarios de estrategias que interroguen a los operadores jurídicos sobre lo que significa la categoría “mujer”/ “mujeres” en el derecho. De esta forma podría abrirse la posibilidad de pensar el concepto en clave deconstructivista al influir en cómo se crean, se transforman y se interpretan las categorías con las que opera el sistema jurídico⁶⁴.

En concreto, un camino posible para activar esa contienda política propia de las *categorías-contornos*

62 Mary Joe Frug, «A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft)», *Harvard Law Review* 105, n.º 5 (1992): 1052, <https://doi.org/10.2307/1341520>.

63 Traducción propia. Cita original: “One might well ask: but doesn’t there have to be a set of norms that discriminate between those descriptions that ought to adhere to the category of women and those that do not? The only answer to that question is a counter-question: who would set those norms, and what contestations would they produce? To establish a normative foundation for settling the question of what ought properly to be included in the description of women would be only and always to produce a new site of political contest”. Butler, «Contingent Foundations», 51.

64 En este punto nuevamente reitero mi posición de no desligar la producción teórica de la práctica, en línea con la propuesta de Sara Ahmed que mencioné en la introducción. La teoría feminista se ha construido principalmente a partir de las experiencias de las mujeres y, por eso, considero que un aporte para transformar la teoría jurídica feminista puede partir de retomar la pregunta por las mujeres que propuso Barlett.

de Butler en la arena jurídica es la reutilización y reinterpretación posmoderna de uno de los métodos legales feministas que teorizó Barlett en 1990: “la pregunta por las mujeres”⁶⁵. Un método diseñado para exponer cómo los preceptos jurídicos pueden silenciosamente –y bajo una pretensión de neutralidad– discriminar, excluir y exigir un determinado comportamiento asociado a un rol, estereotipo o estigma social a las mujeres u otros grupos minoritarios. En suma, se trata de cuestionar cómo una determinada norma jurídica concibe, construye y, por tanto, afecta diferencialmente a las mujeres.

Ahora bien, aunque en la teoría de Barlett esta estrategia es pensada en términos binarios de masculino/femenino en los que usualmente la pregunta por las mujeres se refiere únicamente a cierto tipo de mujer blanca y privilegiada⁶⁶, también es cierto que este método puede reinterpretarse desde la perspectiva de Butler para forzar a los operadores jurídicos –y, por esa vía, a la producción del derecho– a deconstruir y desestabilizar el significado de la categoría “mujeres”. Esto significa, por un lado, cuestionar de forma situada qué y quiénes dan contenido a esa palabra y, por otro lado, a dejar el concepto abierto a eventuales y venideras significaciones.

Un ejemplo de ello fue el razonamiento que usó la Corte Constitucional en la Sentencia T-771 de 2013 para amparar los derechos a la salud, a la vida, la integridad física, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas transgénero⁶⁷. Se trata de un caso en el que una mujer transgénero solicitó a su EPS una cirugía de reasignación sexual y una mamoplastia de aumento como parte de su tránsito. Sin embargo, esta última le fue negada por tener una finalidad meramente cosmética. En ese contexto, la Corte Constitucional aclaró que este tipo de cirugías pueden ser funcionales al ser un medio para reafirmar la identidad de género de las personas, por lo que es una forma de garantizar su derecho a la salud en sentido amplio: “su pretensión de acceder a procedimientos médicos encaminados a lograr transformaciones corporales que se corresponden con su idea de feminidad ha de contar con el respeto y la protección estatal, so pena de vulnerar las garantías constitucionales que le asisten en su condición de *mujer*”⁶⁸ (itálicas propias).

65 Barlett lo llama “the woman question” en inglés.

66 “Standing alone, and as usually posed in feminist legal method, it asks about the exclusion of women. Feminist have begun to observe, however, that any analysis using the general category of woman is itself exclusionary, of a particular group of women – namely white, and otherwise privileged women”. Barlett, 847.

67 “En suma, las decisiones revisadas han concedido la protección a personas *trans* que solicitan la realización del proceso de reafirmación sexual con base en los siguientes fundamentos: (i) el derecho a la salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar; (ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona *trans* y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital; (iii) las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas *trans* vulneran sus derecho a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo; (iv) las entidades promotoras de salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización “*de forma científica y técnica*”; (v) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas *trans* demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último, (v) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas *trans* implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan, la cual constituye una barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social.” Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Fundamento 3.3.

68 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Fundamento 6.4.

Así pues, para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional hizo un razonamiento como el que propone Barlett mediante la pregunta por las mujeres transgénero en el marco de la categoría “mujeres” y en el contexto del sistema de salud:

La feminidad de las mujeres trans es retada por formas estructurales e institucionalizadas de discriminación, que van desde limitaciones para acceder a instalaciones sanitarias “para mujeres”, o la dificultad de cambiar el sexo en sus documentos de identidad, hasta la desprotección en el acceso al trabajo debido a que se les exige presentación de libreta militar para emplearse, entre otras. La constante lucha de las mujeres trans por defender su identidad frente a ideas naturalistas del género, particulariza su construcción identitaria en relación con las mujeres que presentan correspondencia entre el sexo asignado al nacer y su identidad de género (mujeres cisgénero). En consecuencia, en casos como este, procedimientos de reafirmación sexual como el implante de mamas no pueda ser considerado como un tratamiento cosmético. Los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres trans que, si bien no buscan curar una determinada enfermedad, se erigen como medio indispensables para que pueda garantizarse a este grupo de *mujeres* bienestar emocional, físico, y sexual.⁶⁹ (itálicas propias)

De manera que el fundamento de la decisión responde a la pregunta por lo que los operadores jurídicos entienden por “mujer” y por las coaliciones cambiantes de experiencias y personas que pueden darle sentido a esa categoría reconocida y utilizada por el sistema jurídico. Así pues, este caso muestra cómo la categoría “mujeres” puede ser pensada en el derecho desde una perspectiva abierta y deconstruida, como la que propone Butler, a partir de la pregunta por sus distintas posibilidades y significados. Esto, como lo muestra el razonamiento de la Corte Constitucional, no implica ni lleva a desechar el concepto sino, por el contrario, a entender que está abierto al cambio, a diferentes contextos situados y a eventuales y posibles contenidos. De hecho, así lo resalta la Sala: “las categorías que dan paso al binarismo sobre el cual se ha construido nuestra idea de género no son atemporales, inmanentes ni capturan una determinada esencia (...) lo que hace que su significado se transforme continuamente”⁷⁰.

Así pues, retomar el método legal feminista de la pregunta por las mujeres en contextos específicos y con lógicas contingentes permite cuestionar lo que el derecho entiende por “mujeres”. En ese sentido, este método puede integrar el pensamiento antiesencialista y deconstructivo de Butler en el derecho al permitir disputar, controvertir y minar el significado normativo de la categoría “mujeres” con base en el tratamiento que el sistema le da a las coaliciones cambiantes que ocupan ese contorno.

69 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Fundamento 6.4.

70 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. Fundamento 6.4.

4. Conclusiones: semillas para una lectura deconstructiva de “las mujeres” en el derecho

Como lo he analizado a lo largo de este texto, la famosa tesis de Butler se inscribe en el debate teórico sobre el sujeto político de los feminismos a través de los lentes o bien esencialistas o bien antiesencialistas. Allí ha habido grandes discusiones que vienen desde la primera ola del feminismo, liderada por las feministas liberales clásicas, quienes se centraron en defender los derechos civiles y políticos de las mujeres bajo el argumento de que eran “la mitad” de la población, hasta la tercera ola feminista que, principalmente en cabeza de los feminismos negros, reaccionó justamente a ese sujeto “mujer”, en singular, que correspondía únicamente a ciertas mujeres que compartían características hegemónicas excluyentes para muchas otras: ricas, blancas, heterosexuales, sin discapacidades, etcétera. Esta disputa, no obstante, sigue vigente hoy más que nunca, por ejemplo en los debates sobre la posibilidad de incluir o no a las mujeres transgénero en los feminismos.

En ese contexto, Butler desde una perspectiva posmoderna y posestructuralista, en la que prima el análisis discursivo y simbólico, analiza lo poco estratégico que resulta el esencialismo de la categoría “mujer”/“mujeres” para la lucha política feminista, pues en realidad solo crea, reafirma y perpetúa la división de género en lugar de subvertirla. Para ella, la expresión de género es en sí misma la producción y reproducción de la identidad de género, que –a su vez—es validada socialmente. Por lo tanto, hay una apertura a la subversión de ese discurso sedimentado, pues de la misma forma en la que se itera se puede empezar a minar, a torcer, a desviar “la norma” en el performance mismo. Su propuesta, entonces, se enuncia desde la orilla antiesencialista de la discusión: las categorías, como los signos lingüísticos, son inestables y el género no es la excepción. Por ello, necesitamos pensar la categoría “mujeres” desde perspectivas deconstructivistas que nos permitan verla como una palabra abierta, contingente y situada, sin renunciar a su significante. Es decir, como una *categoría-contorno*.

En ese sentido, una pregunta que surge, desde la teoría legal feminista, es cómo hacer operativa esta propuesta en el mundo del derecho, que necesita de las categorías para ser funcional, por lo que necesariamente también se pregunta qué y quiénes son las mujeres. Una posible vía podría ser retomar los distintos métodos, metodologías⁷¹ y, en general, las estrategias que han propuesto las teóricas feministas del derecho para transformarlo. Aquí propongo ese ejercicio a partir de la relectura de uno de los métodos que propuso Katharine Barlett: la pregunta por las mujeres y cómo esa pregunta necesariamente es situada, por lo que hacerla permite pensar y reconocer jurídicamente a las mujeres como una coalición abierta y cambiante. Es decir, una estrategia que parte de la práctica para transformar

71 Propongo la diferencia entre los métodos feministas, que propone Barlett, con la metodología con base en la propuesta de Sandra Harding en el texto “Introduction: Is There a Feminist Method?” (1987). Allí, Harding afirma que no existen métodos feministas, pues los métodos de investigación social siempre son los mismos. Lo que cambia, para ella, en realidad son las metodologías y las epistemologías feministas. En particular, aquí la *metodología* se refiere a la teoría y el análisis sobre cómo la investigación procede o debe proceder. Es decir, cómo la teoría se aplica en la práctica de la investigación. Al respecto, Harding asegura que el aporte de las investigadoras feministas ha sido señalar de qué formas la aplicación de ciertas teorías en la investigación ha dificultado entender la participación de las mujeres en la sociedad y, correlativamente, proponer cómo usar las aproximaciones teóricas para entender sus vidas y mundos. Sandra G. Harding, ed., «Introduction: Is There A Feminist Method?», en *Feminism and Methodology: Social Science Issues* (Bloomington : Milton Keynes [Buckinghamshire]: Indiana University Press ; Open University Press, 1987), 103.

la teoría. Así lo muestra el análisis que realizó la Corte Constitucional en la Sentencia T-771 de 2013, al preguntarse quiénes caben en la categoría “mujeres” desde una perspectiva abierta y deconstruida, para resolver el caso de una mujer transgénero que solicitó una cirugía de reasignación sexual y una mamoplastia de aumento como parte de su tránsito.

Así pues, tras haber recorrido el debate feminista esencialismo vs. antiesencialismo, en el que se inscribe el pensamiento de Judith Butler, se abre un camino por pensar a las mujeres como una *categoría-contorno* que –lejos de inmovilizar la lucha política feminista, como lo han señalado Nancy Fraser y Martha Nussbaum– nos libere de seguir ciertas características canónicas para poder ser reconocidas como mujeres y como sujetos de derechos. La apuesta por poner en crisis el significado de “mujeres” debe traducirse e implementarse de forma operativa en el lenguaje jurídico, de lo contrario la estrategia legal feminista tendrá siempre una fecha de vencimiento. Un primer paso puede ser repensar los métodos y las metodologías legales feministas en clave de deconstrucción: la pregunta por las mujeres, al igual que su respuesta, puede ser abierta, situada y contingente.

Esta visión no solo responde a la propuesta crítica de Butler sobre el sujeto político de los feminismos, sino que también puede responder a los cuestionamientos e inquietudes que algunos feminismos y movimientos de mujeres latinoamericanos han hecho en ese sentido. Es decir: esta propuesta podría responder en el campo jurídico a las matrices de pensamiento propias y situadas, que por ejemplo señala Julieta Paredes, sobre las distintas y múltiples mujeres que hay en los contextos de América Latina, pues implica invitar a la teoría a abrirse a la posibilidad de realidades contingentes y cambiantes.

En todo caso, esta lectura en clave lingüística de la teoría crítica de Butler aplicada al derecho podría ser complementada o cuestionada desde otras perspectivas, como por ejemplo desde la sociología jurídica o a partir de reflexiones más amplias sobre la relación entre la hermenéutica y la filosofía jurídica. De hecho, la invitación a pensar la teoría feminista ligada a la práctica, la vida y la experiencia de las mujeres necesariamente es una provocación a pensar en lo que aquí propongo con esos lentes. Asimismo, la pregunta por la operatividad de la crítica al esencialismo del sujeto político de los feminismos de Butler puede ser comparada con la mirada interseccional, que ha tenido más acogida en el derecho. Por último, vale la pena pensar la sugerencia de reinventar el método de la pregunta por las mujeres desde la deconstrucción para otras categorías que le interesan a los estudios de género y de diversidad, como lo indicaron Fraser y Nussbaum, al igual que en los efectos negativos y positivos de poner en crisis un concepto tan clave para los feminismos: ¿las ventajas de la crítica podrían devenir desventajas para las mujeres?

Bibliografía

- Ahmed, Sara, y Tamara Tenenbaum. *Vivir una vida feminista*. Primera edición. Buenos Aires: Buenos Aires, 2021.
- Barlett, Katharine T. «Feminist Legal Methods», 4, 103 (febrero de 1990): 829-88.
- Benhabib, Seyla, ed. *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*. Thinking Gender. New York: Routledge, 1995.
- Butler, Judith. «Contingent Foundations». En *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, 35-59. New York: Routledge, 1995.
- . *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Traducido por María Antonia Muñoz. Barcelona: Paidós, 2007.
- Butler, Judith, y Marie Lourties. «Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista». *Debate Feminista* 18 (1998): 296-314.
- Cabnal, Lorena. *Feminismos diversos: el feminismo comunitario*. España: Creative Commons, 2010.
- Crenshaw, Kimberle. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum*, 1, 1989 (s. f.): 31.
- Derrida, Jacques. «La Différance». En *Márgenes de la filosofía*, 37-63. Cátedra, 1986.
- . «La estructura, el signo y el juego en el discurso de las ciencias humanas». En *La escritura y la diferencia*. Anthropos, 1966.

Fraser, Nancy. «False Antitheses». En *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, 59-75. New York: Routledge, 1995.

Frug, Mary Joe. «A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft)». *Harvard Law Review* 105, n.º 5 (1992): 1045-75. <https://doi.org/10.2307/1341520>.

Halley, Janet E. *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2006.

Harding, Sandra G., ed. «Introduction: Is There A Feminist Method?» En *Feminism and Methodology: Social Science Issues*. Bloomington : Milton Keynes [Buckinghamshire]: Indiana University Press ; Open University Press, 1987.

Lépinard, Eléonore. «The Contentious Subject of Feminism: Defining Women in France from the Second Wave to Parity». *Signs* 32 (1 de diciembre de 2007): 375-403. <https://doi.org/10.1086/508376>.

MacKinnon, Catharine A. «Hacia una teoría feminista del Estado». En *Sociología y Crítica Jurídica*. Universidad de Los Andes, 2006.

Nussbaum, Martha C. «The Professor of Parody: The hip defeatism of Judith Butler». *The New Republic*, 22 de febrero de 1999. <https://newrepublic.com/article/150687/professor-parody>.

Paredes, Julieta. *Hilando fino. Desde el feminismo comunitario*. Segunda. México: Creative Commons, 2014.

Saussure, Ferdinand. *Curso de lingüística general*. Losada, 1974.

Las “mujeres” como una *categoría-contorno*: ¿el antiesencialismo de Judith Butler puede ser operativo para la teoría jurídica feminista?

María José León Marín

Scott, Joan W. «Gender: A Useful Category of Historical Analysis». *The American Historical Review* 91, n.º 5 (1986): 1053-75. <https://doi.org/10.2307/1864376>.

West, Robin, y Isabel Cristina Jaramillo. *Género y teoría del derecho*. Biblioteca universitaria. Santafe de Bogotá: Ed. Uniandes [u.a.], 2000.

Wolff, Kristina. «Postmodern Feminism», 2007. <https://doi.org/10.1002/9781405165518.wbeospo67>.