



UNA | Revista de Derecho

31 de agosto de 2020

“Cinco años contribuyendo en la difusión de investigaciones, análisis y opiniones de la academia legal colombiana y latinoamericana”

5

ANIVERSARIO

Facultad de Derecho
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

DESCRIPCIÓN

UNA Revista de Derecho es una publicación electrónica con periodicidad anual 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

Alejandra Garay Serna

Editora General

Estudiante de derecho y economía

Universidad de los Andes

Laura Camila Olarte Mojica

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Nicolás Parra González

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Daniel Caycedo Velosa

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

María Camila Jaimes

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Gabriel Olejua

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Miguel Ángel Ala

Estudiante de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Diego Dimaté

Abogado

Universidad de los Andes

David Alonso Escobar

Abogado

Univerisidad de los Andes

Maria Lucía Hernández

Abogada

Universidad de los Andes

COMITÉ ACADÉMICO

Catalina Botero Marino

Máster (DEA) en Derecho Constitucional
Universidad Carlos II de Madrid

Helena Alviar García

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Jorge González Jácome

Doctor en Derecho
Harvard Law School

Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Martín Hevia

Doctor en Derecho
Toronto Faculty of Law

Julieta Lemaitre Ripoll

Doctora en Derecho
Harvard Law School

José Miguel Mendoza

Doctor en Derecho
Oxford University

Esteban Restrepo Saldarriaga

Doctor en Derecho
Yale Law School

Daniel Bonilla Maldonado

Doctor en Derecho

Yale Law School

Lina Fernanda Buchely Ibarra

Doctora en Derecho

Universidad de los Andes

Mauricio García Villegas

Doctor en Derecho

Universidad Católica de Lovaina

Diego Eduardo López Medina

Doctor en Derecho

Harvard Law School

Liliana Obregón Tarazona

Doctora en Derecho

Harvard Law School

Beatriz Eugenia Sánchez Mojica

Doctora en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Juan Manuel Amaya Castro

Doctor en Derecho

Universidad Libre de Amsterdam

ÍNDICE

-Editorial- A todos los que han soñado este sueño (y a los que les siguen) <i>Alejandra Garay Serna</i>	9
El racismo en la cotidianidad: una manifestación del racismo estructural en Colombia <i>Yuri Alexander Romaña Rivas</i>	12
Las mujeres en el fútbol profesional: la difícil carrera contra la discriminación <i>Gabriela Hernández Yori</i>	63
Esterilización forzada a mujeres con discapacidad cognitiva en Colombia: necesidad de un análisis con perspectiva de género <i>Maria Molinares Torres</i>	94
Fuerza mayor y <i>hardship</i> bajo arbitrajes internacionales en contextos de crisis: un análisis a la luz del covid-19 <i>Juan Pablo Gómez Moreno e Izabella Vergara Arenas</i>	127
Análisis y crítica de la teoría de la causa a partir de El Mercader de Venecia <i>Alberto Gómez</i>	162
La normalización estética: emociones y presentación personal en los colegios <i>Daniel Ospina Celis</i>	184
Derecho a la libertad de cultos: ¿es legítima la extensión de un impuesto que afecta a entidades religiosas? <i>Angie Paola Medina López</i>	218
La historia secreta de la dignidad como valor constitucional <i>Samuel Moyn (Trad. Juan Diego Dimaté y Daniel R. Quiroga-Villamarín)</i>	251

- Jurisprudential Review-** WTO's Public Morals Exception 294
Juan Pablo Fernández López
- Línea Jurisprudencial-** El Derecho a la Salud de los migrantes venezolanos en situación migratoria irregular en Colombia 315
Lina María Moya Ortiz y Daniela Hernández Zuluaga
- Reseña-** Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, y Lina Fernanda Buchely Ibarra, eds. Etnografías burocráticas: una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia. I. ed. Colección Estudios Cijus. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Uniandes : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2019. 341
Alejandro León Marín

A TODOS LOS QUE HAN SOÑADO ESTE SUEÑO (Y A LOS QUE LES SIGUEN)

ALEJANDRA GARAY SERNA*

Hoy 31 de agosto de 2020, con orgullo y pasión, hemos publicado el 5to volumen de UNA Revista de Derecho.

Este 2020 fue un año inusual al interior de UNA. Por muchas razones diferentes, la revista estaba perdiendo la fuerza que la había caracterizado antes. Los planes que habíamos construido en el pasado para este 5to volumen no estaban saliendo bien, muchos miembros habían dejado el proyecto y los pocos que quedábamos habíamos perdido motivación. La habíamos dejado de lado y, aunque había una convocatoria abierta y corriendo, ya no nos reuníamos con la misma emoción que en años anteriores ni publicábamos blogs o publicidad con la misma frecuencia. Con vergüenza admito que yo, como directora, alcancé a considerar cerrarla. Después de tantos años de dedicación a este proyecto, pensé que ya estaba cumpliendo mi ciclo y que, si no había suficientes personas interesadas en trabajar por y para UNA, no tenía sentido mantenerla a flote.

Con muy pocas expectativas, en febrero decidimos abrir una convocatoria para nuevos miembros. Tomamos la decisión, un poco arriesgada, de abrirla por primera vez tanto a estudiantes como a egresados de nuestra Facultad. Se trató de un grito desesperado por nuevas ideas y nuevas perspectivas. Esa convocatoria era muy importante para el futuro de la revista: si no era exitosa, yo corroboraría mi sospecha de que no había suficientes personas interesadas en trabajar por UNA, lo que nos llevaría a pensar en el cierre definitivo del proyecto. Si resultaba exitosa, haríamos una revolución.

Para mi sorpresa, la convocatoria tuvo una acogida que superó cualquier escenario que me hubiera podido imaginar. Las entrevistas fueron un éxito total y en el marco de esa convocatoria entraron a la revista dos estudiantes: Maria Camila Jaimes y Gabriel Olejua; dos egresados: Maria Lucía Hernández y Daniel Ospina y nuestro primer miembro internacional: Miguel Ángel Ala, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú y quien, en la distancia, ha trabajado incondicionalmente por este proyecto. Unas semanas después, Juan Diego Dimaté, que había sido miembro en el pasado, regresó a ser parte de nuestro equipo editorial. De un momento a otro, éramos el doble. Con la entrada del

* Estudiante de derecho y economía en la Universidad de los Andes. Editora General del 5to Volumen de UNA Revista de Derecho.

nuevo equipo, ampliamos la convocatoria de artículos y en tiempo récord logramos una de las convocatorias más amplias de la historia de UNA.

En ese momento, me di cuenta de que mantener o no la revista a flote no era decisión mía, pues UNA era mucho más que lo que estaba sucediendo en ese momento. UNA nunca dejará de ser la que soñaron Emilio Lehoucq, Felipe Yamín y Andrés Caro en la plazoleta del Z de nuestra Universidad. Pero tampoco dejará de ser la que soñaron años después Santiago Vernaza, Gabriela Pedraza, Juan Diego Dimaté, Angélica Rodríguez y Luis Enrique Penagos (y muchos otros que no alcanzaré a nombrar en este escrito) en las reuniones del sótano del ML y en los salones del Centro de Prácticas,.

A ellos, los que soñaron este sueño en el pasado

Las ideas y objetivos que ustedes tuvieron durante su paso por UNA, no han dejado de existir. Se materializaron no solo en las ediciones publicadas y en los cientos de documentos que hoy hacen parte de nuestra base de datos (guías, métodos, planes e investigaciones) sino en esa fuerza casi natural que impulsa a la revista a crecer y a participar en el debate académico en cada momento. Todo lo que nosotros, los miembros actuales de UNA, escribimos y hacemos se construye por encima de la base sólida que ustedes, con amor y dedicación, nos dejaron. Por eso, les agradeceré infinitamente.

A nosotros, los que soñamos este sueño hoy

Daniel Caycedo, David Alonso, Nicolás Parra, Laura Olarte, Juan Diego Dimaté, María Lucía Hernández, Daniel Ospina, Camila Jaimes, Gabriel Olejua y Miguel Ángel Ala: no saben lo orgullosa que estoy de todo lo que hemos logrado. En la distancia, y en un tiempo récord, hicimos una de las convocatorias más exitosas de la historia de UNA. Sé que muchos de ustedes solo han podido conocer presencialmente a una fracción del equipo con el que han venido trabajando. Es una situación difícil e inusual, pero creo que hemos construido un vínculo de amistad y respeto invaluable alrededor de la revista. No podría pensar en un mejor equipo que ustedes. Su motivación, dedicación y ambición hacia el proyecto han llevado a UNA a uno de los mejores momentos de su historia. Se los agradezco. Pronto vendrá el momento en que podremos celebrar juntos todo lo que hemos logrado.

Quiero agradecer especialmente a dos personas externas a la revista, pero que han creído y trabajado por ella desde sus inicios: Juan Camilo Boada y Daniel Quiroga-Villamarín. En más de una ocasión han escogido a UNA como foro para expresar sus ideas y aportes a la academia jurídica latinoamericana y colombiana. Nos han apoyado con artículos, blogs, reseñas, traducciones y podcasts. Se han mantenido pendientes de nuestras publicaciones y han estado ahí para UNA cuando los hemos necesitado. Sus aportes y devoción nos han hecho creer que hacemos parte de algo grande. Gracias.

Y a ustedes, los que sueñen este sueño en el futuro

En agosto del 2019 recibí un proyecto que escapaba por mucho mis capacidades de gestión. Hoy puedo decir, sin temor a equivocarme, que ha sido un año de increíble crecimiento tanto para mí como para UNA. Este volumen es solo una pequeña parte de lo que yo, en UNA, he soñado. De lo que todos los que hemos trabajado para este volumen hemos soñado. Pues el proyecto de UNA Revista de Derecho durante este 2020 se ha extendido mucho más allá de esta publicación.

Por eso, les quiero contar un poco de lo que hemos logrado este año. En marzo, le dimos la bienvenida a los primeros egresados miembros del Comité Editorial y a nuestro primer miembro internacional. En mayo, comenzamos a construir nuestro proyecto de renovación del Podcast *Academiqueando* para sacar nuestra primera temporada en servicios de streaming (Spotify, Apple Music, etc). De ese proyecto, hoy tenemos 3 Podcasts grabados y 2 en proceso de planeación. En junio, consolidamos una alianza internacional con la Asociación IUS ET VERITAS de Perú. Esta alianza es la primera de muchas que nos permitirán participar más activamente y con mayor cercanía del debate académico en nuestro continente. Pero además, hicimos un proceso editorial impecable trabajando en conjunto y en constante comunicación con los autores, quienes le apostaron a UNA como foro para hacer públicas sus ideas.

Por todo esto y más, es para mí un honor presentar a todos los lectores este número. Léanlo, analícenlo, discútanlo y cítenlo. Las puertas de UNA siempre estarán abiertas para el debate, pues, como bien lo dijo Andrés Caro en la presentación de nuestro primer volumen: “No es La Revista (...). Es una más: es una que espera otras con quienes discutir, con quienes hablar.”

Hoy 31 de agosto, con orgullo y pasión, hemos publicado otro volumen de UNA Revista de Derecho.

EL RACISMO EN LA COTIDIANIDAD: UNA MANIFESTACIÓN DEL RACISMO ESTRUCTURAL EN COLOMBIA*

YURI ALEXANDER ROMAÑA RIVAS**

Recibido: 11 de mayo del 2020. Aceptado: 5 de junio de 2020.

RESUMEN

Este artículo analiza cómo el lenguaje racista cotidiano es una manifestación del racismo estructural en Colombia en detrimento de personas negras, constituyéndose así en una forma de afectación diaria de derechos humanos y fundamentales. Este artículo busca analizar el estado del arte sobre racismo estructural, y cómo éste se manifiesta a través de discursos racistas en el cotidiano. Esta aproximación busca comprender la brecha entre la condena formal al racismo y las prácticas cotidianas de uso de expresiones racistas. Esta dicotomía tiene que ver, en parte, con la ausencia de un debate serio y profundo sobre racismo en Colombia. La pervivencia de este lenguaje racista evidencia la necesidad de implementar políticas públicas para dismantelar el sistema social racializado que existe en Colombia, y con ello construir una sociedad en la que verdaderamente se reconozca, respete, y valore la diversidad racial.

PALABRAS CLAVE

Racismo estructural, sistema social racializado, subordinación racial, lenguaje racista, comunidades negras, afrocolombianos/as.

* En el marco del programa de Certificado en Estudios Afrolatinoamericanos (modalidad virtual) con el Afro-Latin American Research Institute de Harvard University, una versión inicial de este artículo fue reconocida como uno de las mejores producciones académicas de dicho programa. Disponible en: https://certificadoalari.fas.harvard.edu/files/certificadoalari/files/aviso_certificado_.pdf

** Abogado (Profesional Especializado Grado 33) de la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Trabajó por más de cinco años como abogado especialista en derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en Washington D.C. Es abogado de la Universidad Tecnológica del Chocó (U.T.CH) “Diego Luis Córdoba”, y tiene una maestría en Derecho Internacional y Estudios Legales de American University Washington College of Law (WCL), Estados Unidos. Los argumentos expresados en este artículo son responsabilidad exclusiva del autor, y no representan o comprometen a la JEP.

EVERYDAY RACISM: A MANIFESTATION OF STRUCTURAL RACISM IN COLOMBIA*

YURI ALEXANDER ROMAÑA RIVAS**

Received: may 11, 2020. Accepted: june 5, 2020.

ABSTRACT

This article analyzes how the racist language of everyday life in Colombia is an expression of structural racism to the detriment of Black people, thus constituting a form of daily infringement of their human rights and fundamental rights. This article seeks to analyze the state of the art literature on the topic of structural racism, and how the latter manifests itself through racist discourses in everyday life. This approach seeks to understand the gap between the formal condemnations of racism and the daily use of racist expressions. This dichotomy has to do, in part, with the absence of a serious and in-depth debate about racism in Colombia. The persistence of this racist language shows the need to implement public policies to dismantle the racialized social system that exists in Colombia, and thereby build a society in which racial diversity is truly recognized, respected, and valued.

KEY WORDS

Structural racism, racialized social system, racial subordination, racist language, black communities, Afro-Colombians.

* Within the context of the Certificate program in Afro-Latin American Studies (virtual modality) with the Afro-Latin American Research Institute of Harvard University, an initial version of this article was recognized as one of the 10 best academic productions of the program. Available at: https://certificadoalari.fas.harvard.edu/files/certificadoalari/files/aviso_certificado_.pdf

** Lawyer at the Amnesty and Pardon Chamber of the Special Jurisdiction for Peace. He worked at the Inter-American Commission on Human Rights in Washington D.C. for over five years as a human rights specialist. He obtained his law degree from the Universidad Tecnológica del Chocó (U.T.CH) “Diego Luis Córdoba”, and has a Master’s degree (LL.M.) in International Law and Legal Studies from the American University Washington College of Law (WCL), in the United States. The arguments expressed in this article are the sole responsibility of the author, and do not represent his employer’s.

INTRODUCCIÓN

A mediados de febrero del año 2020, en Colombia se generó un amplio debate debido a que se develaron unos tuits de Sofía Gómez Uribe, una mujer mestiza⁰¹ colombiana campeona mundial de apnea, quien entre el 2010 y 2011 publicó tuits con mensajes racistas en contra de personas negras⁰². Algunos de estos tuits decían: “Los negros creen que entre más griten más machos son o qué? ¡Que gente más bullosa! (sic); “Señor dame paciencia (con los negros)” (sic); “Huy marica a estos negros se les alborotó la chucha hoy #fo!” (sic). Luego de las críticas en su contra, la deportista se disculpó⁰³. No obstante, sus palabras no son algo excepcional, y más bien son el reflejo de la sociedad racializada en la que ha crecido, y en la cual no se ha dado un debate serio sobre racismo. De hecho, como se detallará a través de este artículo, en la vida cotidiana colombiana es común el uso de expresiones racistas en diferentes escenarios.

La noción de raza es una construcción social⁰⁴, por lo que debates constructivos sobre este tema de-

01 En el presente artículo se hace uso o referencia a las clasificaciones personas blancas, mestizas, y negras, teniendo en cuenta la noción de estratificación tri-racial articulada por el profesor Eduardo Bonilla-Silva. Con base en esta estratificación que es prevalente en las sociedades latinoamericanas, las personas blancas o asimiladas como blancas ocupan el primer lugar en la escala de estratificación racial. Luego existe un segmento de personas a quienes se denomina “blancos honorarios” de la cual hacen parte personas de color de piel clara o lo que en Colombia se puede denominar como mestizas, y un tercer segmento de la población constituidas por personas de color de piel más oscura a quienes también se identifican como el “colectivo negro”. Eduardo Bonilla-Silva, “From bi-racial to tri-racial: Towards a new system of racial stratification in the USA”, *Ethnic and Racial Studies* 27, no. 6 (2004): 931-950, doi: <https://doi.org/10.1080/0141987042000268530>.

02 En el marco de la legislación colombiana (Decreto 4635 de 2011), a las personas afrodescendientes se les identifica como afrocolombianos, negros, palenqueros y raizales. Para los fines de este artículo, el término afrocolombiano o persona negra se refiere a una denominación genérica para referirse a las personas afrodescendientes que viven en Colombia. El término comunidad negra se usará para referirse a las comunidades que habitan en las zonas rurales adyacentes a los ríos de la cuenca del Pacífico (o en otros lugares con características similares) y que están organizadas como consejos negros, de acuerdo con la Ley 70 de 1993. El término palenqueros se refiere a las personas negras que habitan en la comunidad de San Basilio de Palenque cerca de la ciudad de Cartagena. El término raizales se usará para referirse específicamente a las personas negras que habitan la isla de San Andrés y Providence en la costa caribeña de Colombia.

03 “Apneista Sofía Gómez pidió perdón por polémicos tuits de hace años”, *El Tiempo*, 12 de febrero de 2020, acceso el 18 de abril de 2020, <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/sofia-gomez-pidio-perdon-por-publicaciones-calificadas-de-racistas-461424>

04 Ian F. Haney López, “The social construction of race”, en *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3.^a ed., comp. Richard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 243.

berían ser parte de la agenda pública. No obstante, en las sociedades latinoamericanas hablar de raza y racismo es generalmente considerado un tabú. Esto se debe, en parte, a que en los países latinoamericanos, se ha cimentado una falsa creencia de que tenemos “democracias raciales”⁰⁵, en las cuales el color de piel no juega un rol fundamental en el acceso a oportunidades, por lo que se niega la existencia del racismo y sus implicaciones. Esta situación conlleva a que se eviten y/o no se promuevan debates profundos sobre problemáticas de desigualdad racial, y más bien se promueve el mito de que “nosotros no somos racistas”⁰⁶ porque somos el resultado de “una mezcla de razas”⁰⁷. Esta concepción generalizada en Latinoamérica sobre relaciones raciales ha sido denominada “inocencia racial”⁰⁸. El presente escrito busca sumarse a las tendencias que cuestionan la ausencia de debate o dialogo nacional sobre raza y racismo, y al mismo tiempo pretende constituirse en un insumo que incentive dicho dialogo y reflexión sobre esta temática. Lo anterior, con el propósito de propiciar una sensibilización sobre el uso del lenguaje cotidiano y las implicaciones que tiene en el mantenimiento de estereotipos, estigmas, e imaginarios con respecto a miembros de colectividades que han sido históricamente racialmente subordinadas, marginadas, excluidas, y menospreciadas. Estar al tanto de estas implicaciones contribuye a que poco a poco, no solamente a través del lenguaje sino a través de acciones y toma de decisiones a nivel individual y estatal, se construya una sociedad racialmente más equitativa y respetuosa.

Para comprender cómo parte del lenguaje que utilizamos puede reproducir y perpetuar imaginarios racistas, se abordaran las siguientes temáticas. En la primera parte de este artículo se analizará el contexto de racismo que dio origen a expresiones racistas. En la segunda parte, se abordarán aspectos relacionados con el racismo estructural en Colombia en la actualidad. Subsecuentemente, se realizará un breve análisis de la ineficacia del marco normativo nacional e internacional para atender el racismo estructural en Colombia. Este marco normativo obliga al Estado a adoptar medidas especiales o positivas para atender la situación de racismo estructural que viven las personas negras. En la cuarta parte, se abordará el acápite del racismo como un debate pendiente en Colombia. Luego, en el quinto acápite, se continuará con el tema del racismo en palabras del cotidiano. Y, finalmente, se realizarán conclusiones y recomendaciones.

1. EL CONTEXTO DE RACISMO QUE DIO ORIGEN A EXPRESIONES RACISTAS

Un análisis contextual de racismo requiere comprender como se ha definido o se define el mismo. Al respecto, existen diferentes formas de definir el racismo. A continuación, se va a hacer referencia a,

05 Tanya Katerí Hernández, *Racial Subordination in Latin America: The Role of the State, Customary Law, and the New Civil Rights Response* (New York: Cambridge University Press, 2013), 2.

06 *Ibid.*, 10.

07 *Ibid.*, 9.

08 *Ibid.*, 2.

por lo menos, cuatro tipos o concepciones de racismo a las que vale la pena hacer alusión para efectos de este artículo:

- 1) Un primer tipo de racismo se sustentó en nociones pseudocientíficas de los siglos XVIII y XIX⁰⁹ que intentaban demostrar “la correspondencia de las características biológicas y físicas con las capacidades intelectuales y psicológicas de los individuos y colectividades humanas”, con lo que se buscó justificar la superioridad natural, cultural, y de progreso de la raza blanca. Por el contrario, en el contexto de América Latina, a las razas negra e indígena se les relacionaba con ser bárbaros o salvajes¹⁰. Estas ideas racistas perduran en el imaginario social hasta la actualidad¹¹ pese a que el concepto biológico de raza en el que se fundaron ya no tiene validez¹².
- 2) Otra concepción de racismo, que guarda cierta relación con el tipo de racismo biológico, es la que lo define como un “conjunto de ideas” de personas prejuiciosas, lo cual hace que se entienda al racismo como un problema de carácter psicológico a nivel individual sin que se le considere un problema con origen y sustento social¹³. En este sentido, el racismo se concibe como el “resultado de una ideología irracional”, por lo que las personas racistas se conciben como irracionales o estúpidas. Esto pierde de vista los elementos racionales en los que se concibió el establecimiento del sistema racista y la existencia en la actualidad de elementos racionales que sustentan el racismo,¹⁴ lo cual queda evidenciado en el esfuerzo de los esclavistas por justificar moral y jurídicamente la institución de la esclavización¹⁵.
- 3) Una tercera noción de racismo, con base en la ideología marxista, lo define como una “derivación de la estructura de clases”, por lo que el racismo sería parte del sistema de opresión de clases para explotar a las personas negras¹⁶.
- 4) Una cuarta definición de racismo lo define como “como la ideología racial de un sistema

09 Angela Yesenia Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico y comunidades afrocolombianas”, en *Afrodescendencias: voces en resistencia*. Ed., comp. Rosa Campoalegre Septien. (Buenos Aires: CLACSO, 2018), 295, acceso el 22 de junio de 2020 <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180712070816/Afrodescendencias.pdf>

10 Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico”, 294.

11 Sergio Antonio Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia* (Bogotá: Fundación Social Afrocolombiana Muntú Bantú, 2020), 10 y 11.

12 Peter Wade, James Scorer, and Ignacio Aguiló, “Introduction: Latin American and Caribbean racisms in global and conceptual context”, en *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*, ed. Peter Wade, James Scorer and Ignacio Aguiló (London: University of London Press, 2019), 6-9, https://humanities-digital-library.org/index.php/hdl/catalog/view/cultures_anti-racism/87/238-1; Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico”, 295.

13 Eduardo Bonilla-Silva, “Rethinking Racism: Toward a Structural Interpretation”, *American Sociological Review* 62, no. 3 (1997), 467.

14 *Ibid.*, 468.

15 Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*, 153 y 154.

16 Bonilla-Silva, “Rethinking Racism”, 468. Esta es la manera como el profesor Bonilla-Silva define la posición marxista sobre el racismo.

social racializado” en el que el racismo es un componente del amplio sistema racial¹⁷. Para efectos de este artículo se acoge esta última noción de racismo. Las sociedades con sistemas sociales racializados son aquellas donde se confieren ventajas o reconocimientos diferenciados de naturaleza económica, política, social y hasta psicóloga a los diferentes grupos sociales con base en delineamientos raciales que son construidos socialmente¹⁸. En otras palabras, se trata de un sistema en el que se distribuye poder, privilegio, riqueza, y seguridad entre grupos de personas que son clasificadas y estratificadas con base en ideas sobre su apariencia física y su comportamiento¹⁹. Esta definición de racismo va más allá de aquella concepción que define al racismo como un “conjunto de ideas” de personas prejuiciosas, como una “derivación de la estructura de clases”, o como el “resultado de una ideología irracional”²⁰. De allí que concebir el racismo como un sistema social racializado implica comprender que el racismo no puede ser tratado como algo estático, ya que el racismo de ayer no es el mismo racismo de hoy²¹. La noción de racismo como algo estructural implica dar “una mirada analítica hacia el privilegio y la blancura, y nos recuerda que el racismo no tiene que ver solo con la exclusión de subordinados, sino también con la inclusión de otras personas en un espacio de privilegio”²². En consecuencia, “el privilegio no es solo un asunto de élites, sino que es inmanente a la jerarquía”²³.

Debido a la institucionalización de las relaciones raciales, el racismo es una categoría con particularidades en sí misma, independiente de condiciones de clase y sexo²⁴. No obstante, es crucial tener en cuenta que las opresiones de raza, clase, sexismo y patriarcado se entrelazan²⁵. Por lo tanto, contrarrestar de manera integral esta confluencia de sistemas de opresión puede contribuir a que los esfuerzos para lograr una verdadera liberación de las personas negras de las condiciones de subordinación sean más efectivos²⁶.

Entender el racismo como producto de un sistema social racializado ayuda a comprender que en so-

17 Ibid., 475.

18 Ibid., 474.

19 Peter Wade, James Scorer, and Ignacio Aguiló, “Introduction: Latin American and Caribbean racisms”, 2.

20 Bonilla-Silva, “Rethinking Racism”, 475.

21 Ibid., 467-468.

22 Peter Wade, “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica: racismo y mestizaje”, *Tabula Rasa. Bogotá - Colombia*, no.27 (2017): 33, <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n27/1794-2489-tara-27-00023.pdf>

23 Ibid.

24 Bonilla-Silva, “Rethinking Racism”, 471-473.

25 Kimberlé 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*, no. 1 (1989):166.

26 Ibid.

ciudades en las que se han desarrollado, a través de construcciones históricas, nociones de inferioridad racial de ciertos grupos raciales, las personas pueden tener actitudes racistas sin estar conscientes de su racismo²⁷. En otras palabras, a nivel individual se puede llegar a ser racista de manera inconsciente e implícita, lo cual se manifiesta de igual manera en diferentes ejemplos de la larga historia de racismo institucional²⁸. No es extraño que personas que desde el privilegio blanco-mestizo²⁹, con buenas intenciones de contribuir al avance de los derechos de las personas afrodescendientes, pueden verse implicados de manera inconsciente en el mantenimiento del sistema opresivo; sobre todo, si no trabajan de manera activa y consciente para dismantelar el sistema de dominación racial³⁰. Además, sus acciones u omisiones pueden contribuir a menoscabar demandas de reivindicaciones estructurales a favor de las personas o comunidades negras³¹. Lo anterior no significa que personas negras no pueden reproducir el racismo, ya que el mismo sistema de racialización los y las puede condicionar para que aprendan a albergar sesgos y prejuicios en contra de su propio grupo racial³². En este sentido, es importante hacer referencia al mito de racismo a la inversa³³. Entendido el racismo como algo estructural, una persona negra puede llegar a tener sesgos o prejuicios individuales en contra de una persona mestiza o blanca, pero no puede llegar a ser racista en contra de personas que pertenecen a estos grupos raciales. Ello, porque el racismo hace referencia a un sistema institucionalizado de privilegios basados en una estratificación racial. Por tanto, en una sociedad racializada como la colombiana no se puede hablar de que las personas negras o indígenas son racistas en contra de personas blancas y/o mestizas. Los sesgos de las personas mestizas o blancas en contra de personas negras tienen verdaderos impactos en el acceso de estas a oportunidades de crecimiento social. Ello, en virtud de que quienes, en su mayoría, ostentan las posiciones de poder o de autoridad dentro de una sociedad racializada pertenecen al grupo que se estima como racialmente superior o, aun sin pertenecer al grupo racialmente privilegiado, se consideran como miembros “honorarios” del grupo privilegiado y han sido influenciados por la ideología y valores racistas de la sociedad³⁴. Por consiguiente, los y las integrantes del grupo privilegiado, y a quienes se estiman como sus miembros honorarios, hacen parte del grupo racial que goza de una

27 Peggy C. Davis, “Law as microaggression”, en *Critical Race Theory: The Cutting Edge 3^a ed; comp.* Richard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 186.

28 Ibid., 189.

29 Peter Wade, “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica”, 33-37.

30 Kevin Lawrence Henry, Jr. and Chezare Warren, “The Evidence of Things Not Seen? Race, Pedagogies of Discipline, and White Women Teachers”, en *White Women’s Work: Examining the Intersectionality of Teaching, Identity, and Race*, ed. Stephen D. Hancock and Chezare A. Warren (Charlotte: Information Age Publishing, 2016), 177-197.

31 Ibid.

32 Richard Delgado, “Words that wound: A tort action for racial insults, epithets, and name-calling”, en *Critical Race Theory: The Cutting Edge 3^a ed; comp.* Richard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 180-181.

33 Jorge Frisancho, “La Falacia Del ‘Racismo Inverso’ ”, Red Internacional de Estudios Interculturales, acceso el 8 de mayo de 2020, <https://red.pucp.edu.pe/ridei/noticias/la-falacia-del-racismo-inverso/>

34 Bonilla-Silva, “From bi-racial to tri-racial: Towards a new system”, 931-950

posición de poder respecto de un grupo racializado como el de personas negras. De allí, que los sesgos de las personas del grupo racial privilegiado pueden tener implicaciones reales en las posibilidades de ascenso social de integrantes de los grupos raciales en la escala más baja de la estratificación racial.

Habiendo hecho referencia a algunos aspectos relevantes sobre la noción de racismo, corresponde abordar la génesis de este sistema de estratificación racial: el proceso de esclavización. Las personas negras esclavizadas constituyeron la fuerza de trabajo y la base del desarrollo económico del hemisferio occidental³⁵. Para justificar sus condiciones de trabajo inhumano, fueron sometidas a un proceso de siglos de degradación humana y explotación económica. Sobre el particular, es importante precisar que “la degradación y la subordinación de un grupo o de una minoría racial o étnica ofrecen la ocasión a los grupos mayoritarios de justificar las desigualdades sociales, económicas y políticas”³⁶. Este sistema de opresión requirió del establecimiento de un conjunto de creencias que permitieran racionalizar la dominación de las personas blancas sobre las personas negras, y también exigió del establecimiento de un conjunto de leyes o costumbres que asegurarán el control sobre la población esclavizada³⁷. Muchas de las expresiones racistas cotidianas actuales son el resultado de construcciones lingüísticas de los siglos de esclavización a los que fueron sometidas las personas negras secuestradas y traídas de África a las Américas, entre los siglos XVI y XIX³⁸.

En el caso de Colombia, Cartagena se considera como el primer destino “en tierra de la América Hispana para un navío esclavista en el año 1549”³⁹. Esto marcó el inicio del traslado forzoso de personas africanas o de origen africano a estas tierras, donde se les sometería a trabajar de manera forzosa en diferentes actividades económicas, conforme la económica del país evolucionó, durante los siglos de existencia de la esclavización hasta 1851 cuando fue formalmente abolida⁴⁰. Se estima que para 1778 la

35 Eric Williams, *Capitalism and Slavery* (Capital Hill and London: The University of North Caroline Press, 1994), 30.

36 Claudia Mosquera y Luiz Claudio Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007), 17, acceso el 22 de abril de 2020, <http://www.bdigital.unal.edu.co/1237/2/01PREL01.pdf>.

37 Davis, “Law as microaggression”, 189.

38 Hermes Tovar Pinzón, “La manumisión de esclavos en Colombia, 1809- 1851, Aspectos sociales, económicos y políticos”, Red Cultural del Banco de la República en Colombia, acceso el 24 de junio de 2020, <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-59/la-manumision-de-esclavos-en-colombia-1809-1851>; Corte Constitucional de Colombia, STC C-931 del 10 de diciembre 2009, M.P María victoria Calle Correa.

39 David Eltis, “Breve Panorámica del Comercio trasatlántico de esclavos”, 2007, acceso 24 de junio de 2020, <https://www.slavevoyages.org/voyage/essays#interpretation/a-brief-overview-of-the-trans-atlantic-slave-trade/early-slaving-voyages/3/es/>

40 Tovar Pinzón, “La manumisión de esclavos en Colombia, 1809- 1851. Ley de 21 de mayo de 1851 “sobre libertad de esclavos”, acceso el 24 de junio de 2020, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=12623>. Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, Capítulo XI, Párr. 1; Corte Constitucional de Colombia. STC C-931 del 10 de diciembre 2009. M.P María victoria Calle Correa.

población esclavizada en el territorio actual de Colombia era de 62.547 (equivalente al 7.8% de la población total) y para 1851, fecha en que formalmente se abolió la esclavización, la población esclavizada en Colombia equivaldría a 15.972 (equivalente al 0.76% de la población)⁴¹. Es importante destacar que muchas personas negras en Colombia hicieron uso de diferentes acciones para emanciparse y obtener su libertad, mucho antes de que la esclavización fuera formalmente abolida⁴². Por ejemplo, debido a que la promesa de libertad no se consideraba algo serio, muchas personas esclavizadas decidieron huir o conformar “libertos”, bandas que asaltaban, caminos, lugares y haciendas; o convertirse en “cimarrones”, personas esclavizadas que escapaban a zonas inaccesibles donde constituían comunidades denominadas palenques para vivir en libertad⁴³.

A diferencia de los Estados Unidos, en los países latinoamericanos las normas de segregación y exclusión no se codificaron sistemáticamente⁴⁴. No obstante, dicha segregación operó *de facto*, bajo lo que la profesora Tanya K. Hernández denomina “derecho consuetudinario de la regulación de la raza”⁴⁵: cada grupo social conocía su lugar en la sociedad, y en caso de que las personas negras transgredieran dicho orden existirían consecuencias negativas en su contra⁴⁶. Aun cuando se cuestiona si durante la colonia se puede hablar de la existencia de un pensamiento racializado⁴⁷ y el concepto de raza (el cual es diferente al uso de la palabra raza)⁴⁸, parecería que muchos de los imaginarios racistas, que perviven hasta nuestra actualidad, se construyeron durante el proceso de colonización y esclavización⁴⁹. Imaginarios contruidos con base en costumbres y preceptos religiosos que reforzaban la idea de inferioridad de las personas negras, debido a una supuesta maldición divina, como se puede

41 Tovar Pinzón, “La manumisión de esclavos en Colombia”.

42 Roberto Burgos Cantor, ed. , *Rutas de Libertad: 500 años de travesía* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 16. Sergio Antonio Mosquera, *La Trata negrera y la esclavización: Una perspectiva histórico-psicológica* (Bogotá: Fundación Social Afrocolombiana Muntú Bantú, 2017), 25.

43 Ibid., 24.

44 Hernández, *Racial Subordination in Latin America*, 16.

45 Ibid., 14.

46 Ibid., 11-15.

47 Eduardo Restrepo, “El negro en un pensamiento colonial del siglo XVII: diferencia, jerarquía y sujeción sin racialización”, en *Genealogías de la diferencia: tecnologías de la salvación y representación de los africanos esclavizados en Iberoamérica colonial*. ed; comp. María Eugenia Chaves Maldonado ((Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar; Abya-Yala 2009), 118-176.

48 Julio Arias y Eduardo Restrepo, “Historizando raza: propuestas conceptuales y metodológicas”, *Crítica y Emancipación*, no. 3 (2010): 45-64, <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/historizando%20raza.pdf>

49 Eduardo Restrepo, “Racismo y discriminación” (Red de Antropologías del Mundo – World Anthropologies Network), <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/racismo.pdf> . Edward Tellez, *Pigmentocracies: Ethnicity, Race, and Color in Latin America* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2014), 81: “la práctica colonial de categorización de individuos en castas, con base en la percepción de sus características físicas y culturales, precedió al surgimiento de la noción de raza y dejó un legado de racismo y discriminación que aún se siente en la sociedad colombiana contemporánea”.

ver en manifestaciones del siglo XVII⁵⁰. En la teología medieval “lo negro se vinculaba a menudo con el demonio y el pecado, y los africanos frecuentemente se tenían por inferiores”⁵¹.

En el caso de Colombia, algunos de esas ideas racistas han sido promovidos por políticos de la élite nacional. El caucano Julio Arboleda Pombo, militante del partido Conservador, quien llegó a ser presidente de la Confederación Granadina en 1861, utilizó la expresión “negro ni mi caballo” para expresar su odio, fastidio, y desprecio por la población negra del país⁵². Julio Arboleda Pombo era un aristócrata esclavista que promovió la segregación racial en Colombia y se opuso férreamente a la abolición de la esclavización en Colombia⁵³. En efecto, cuando la dinámica política en la Nueva Granada (territorio actual de Colombia) se orientaba hacia la abolición de la esclavización, Arboleda Pombo trasladó a más de 200 personas a quienes tenía esclavizadas a Perú, donde el régimen de esclavización todavía no se encontraba amenazado⁵⁴. Julio Arboleda Pombo era hermano de Sergio Arboleda, en cuyo nombre existe una importante universidad en Bogotá⁵⁵.

En línea con lo anterior, encontramos relatos que reproducen el imaginario racista de la sociedad blanca-mestiza como el del geógrafo Agustín Codazzi, quien, como resultado a una visita a la municipalidad de Novita, departamento del Chocó, comentó lo siguiente:

“El plátano, un poco de maíz y unas matas de caco y caña, a penas sirven para el consumo cotidiano al paso que abunda el pescado y los marranos de monte. El descendiente de la raza africana, sus necesidades, son casi ninguna. Desnudo vive el hombre, y la mujer con una simple paruma o guayuco, o un trapo amarrado a la cintura; con las palmas que tiene a mano hace sus chozas miserables y la corteza del árbol demagua en sucama [...] una raza que casi en su totalidad pasa sus días en una indolencia semejante, no es la que está llamada hacer progresar al país”⁵⁶.

Ideas similares fueron plasmadas por escritores de la élite colombiana como Laureano Gómez, quien expresó lo siguiente: “la raza negra, favorecida por el sol tropical, por sus costumbres salvajes y por su escasa intelectualidad y moralidad, se reprodujo prodigiosamente y pobló las extensas comarcas de

50 Ibid.

51 Peter Wade, *Raza y Etnicidad en Latinoamérica* (Quito: Ediciones ABYA-YALA, 2000), 14, https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=abya_yala

52 Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*, 200.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Citado en: Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico”, 299.

nuestros valles y ríos”⁵⁷. En 1928, el mismo Laureano Gómez, quien se convertiría luego en presidente de la República, indicó que:

“otros primitivos pobladores de nuestro territorio fueron los africanos, que los españoles trajeron para dominar con ellos la naturaleza áspera y huraña. El espíritu del negro, rudimentario e informe, como que permanece en una perpetua infantilidad. La bruma de una eterna ilusión lo envuelve y el prodigioso don de mentir es la manifestación de esa falsa imagen de las cosas, de la ofuscación que le produce el espectáculo del mundo”⁵⁸.

Las anteriores expresiones y pensamientos sirven de reflejo del porqué de la situación de abandono histórico en que se han encontrado las personas negras en este país. Esas expresiones son ilustrativas de la manera como la situación de marginalización ha intentado ser justificada apelando a una falsa noción de inferioridad natural de las personas negras. Así, si bien la abolición de la esclavización fue un paso importante, esto no resolvió la inequidad racial estructural, ya que las personas negras que recibieron su libertad no obtuvieron ningún tipo de reparación, compensación o retribución económica por los siglos de esclavización y explotación sistemática⁵⁹. Este contexto de explotación esclavista sentó las bases de la inequidad racial estructural que pervivirían en las décadas subsiguientes⁶⁰, y contribuyó a la construcción de los imaginarios racistas que se expresan en el lenguaje cotidiano del día a día en la actualidad.

Sin embargo, teniendo en cuenta la noción de racismo como un sistema social racializado, la persistencia de la exclusión de las personas negras en Colombia no se sustenta solamente en las circunstancias de desigualdad creadas en el pasado, si no que encuentra su sustento en la existencia de una estructura contemporánea racializada⁶¹. Un ejemplo de las implicaciones de la racialización de las personas negras en Colombia lo ofrece el contexto de la pandemia originada por la Covid-19, la enfermedad causada por el coronavirus⁶². Debido a la racialización del sistema de salud en Colombia, las personas y comunidades negras se encuentran en riesgo de ser desproporcionadamente afectadas por este virus⁶³.

57 Citado en: Restrepo, “Racismo y discriminación”.

58 Citado en: Mosquera, *La Trata negrera y la esclavización*, 14. Citado en: Restrepo, “Racismo y discriminación”.

59 Mosquera y Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, 15-21.

60 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, Capítulo XI, Párr. 3.

61 Bonilla-Silva, “Rethinking Racism”, 476

62 Juan D. Delgado, “Cómo evitar que el coronavirus profundice la desigualdad racial en Colombia”, *The New York Times*, 29 de abril de 2020, acceso el 12 de agosto de 2020, <https://www.nytimes.com/es/2020/04/29/espanol/opinion/coronavirus-afrodescendientes-colombia.html>

63 Ibid.

106 de los 113 municipios de Colombia donde la población negra constituye por los menos el 20% no cuentan con unidades de cuidados intensivos⁶⁴. Esta falta de acceso a servicios médicos se acentúa aún más en las zonas rurales debido a la escasez de vías idóneas o medios de transporte para movilizarse a los centros urbanos⁶⁵. De igual manera, la inversión en salud en los municipios con numerosa población afrocolombiana es en promedio menor que en la de resto de municipios del país. Mientras en los municipios con significativa población afrocolombiana se invierte por persona 498 mil pesos en salud en el resto de municipios del país se invirtieron 528 mil pesos por persona⁶⁶. Esta baja inversión en salud se traduce en la falta de equipamiento de los centros de salud y hospitales ubicados en municipios con significativa población afrocolombiana, y en la falta de pago al personal de la salud que presta sus servicios profesionales en estos municipios⁶⁷. Adicionalmente, los habitantes de la región pacífica presentan una alta incidencia de enfermedades bases como hipertensión, el sobrepeso y la obesidad⁶⁸, lo cual eleva sus probabilidades de morir por la Covid-19⁶⁹. De allí que se sostenga que “las líneas divisorias de la exclusión en salud han seguido históricamente muy de cerca las líneas divisorias de la exclusión racial. Si la COVID-19 tiene el poder de profundizar aún más la desigualdad racial es solo porque el gobierno colombiano le ha negado de modo sistemático a la población afrocolombiana el derecho a una salud no racializada”⁷⁰.

Además, teniendo en cuenta que se estima que alrededor del 80% de los habitantes de municipios afrocolombianos viven en situación de pobreza, la gran mayoría se ve obligado a salir a la calle a buscar el sustento diario⁷¹. Esta realidad genera que muchos y muchas tengan que escoger entre pasar hambre o exponerse a adquirir el coronavirus, con muchos optando por la segunda opción⁷².

En consecuencia, aun cuando las bases de la exclusión racial de las personas negras se sentaron durante el periodo colonial y de esclavización, su mantenimiento en la actualidad se sustenta en la existencia de una estructura social racializada en la Colombia contemporánea.

64 Ibid.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Ibid.

68 “Encuesta nacional de salud 2007-Resultados por departamento: Chocó”. Ministerio de Salud de Colombia (2009,. 1-50, <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Choc%C3%B3.pdf>.

69 Delgado, “Cómo evitar que el coronavirus profundice la desigualdad racial en Colombia”.

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Ibid.

2. RACISMO ESTRUCTURAL EN COLOMBIA

El racismo como ideología de sistemas sociales racializados sustenta desigualdades estructurales. Estas desigualdades resultan de un conjunto de circunstancias materiales o *de facto* que históricamente han impedido y que continúan impidiendo el acceso a oportunidades a un grupo social en virtud de su condición racial, privándolos así del disfrute del derecho a una igualdad sustantiva o real⁷³. Las circunstancias de exclusión se evidencian en realidades como la desproporcionada concentración de pobreza económica en el grupo racializado; falta de acceso a vivienda; créditos o préstamos económicos; limitadas oportunidades de empleo; falta de acceso a educación de calidad; falta de participación en escenarios de la vida pública; excesiva exposición a contextos de crimen y violencia; y en la construcción de imaginarios colectivos que perpetúan estereotipos, estigmas, y prejuicios en contra del grupo racializado⁷⁴.

En las Américas, la idea de raza fue instituida como una manera de legitimar las relaciones de subyugación y dominación impuestas por los conquistadores blancos de origen europeo⁷⁵. En este sentido, las condiciones de inequidad racial que se generaron en el contexto del proceso de esclavización en las Américas perduran hasta hoy día y se manifiesta “en la situación de discriminación estructural que padece la población afrodescendiente de las Américas”⁷⁶. En efecto, aun cuando las personas afrodescendientes constituyen el 30% de la población de las Américas, ellos y ellas “se encuentra entre los grupos más pobres del continente”⁷⁷. En lo que respecta a la situación de personas afrodescendientes en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “las condiciones de desigualdad y discriminación jurídica y económica han persistido” con posterioridad a la abolición formal de la esclavización⁷⁸. Las consecuencias del proceso de esclavización han generado que en Colombia exista un racismo *de facto*, y el Estado no ha adoptado medidas proactivas y efectivas para, en la práctica, “superar la situación de segregación que aqueja a la población afrocolombiana”⁷⁹.

73 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011, Párr. 81-102.

74 Ibid., párr. 45, 46, 47, y 57.

75 Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, ed.comp. CLACSO (Buenos Aires, CLACSO, 2014), 778-779, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>

76 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011, Párr. 15, 17, 18, y 19.

77 Ibid., párr. 17.

78 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, Capítulo XI, Párr. 1.

79 César Rodríguez Garavito e Isabel Cavellier Adarve, eds., *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU del 15 de mayo de 2009* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009). Acceso el 24 de abril de 2020: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_206.pdf

El académico Peter Wade considera que “el país tiene una deuda histórica con esas poblaciones por haberlas marginalizado a través de la historia”⁸⁰. En el caso particular de Colombia, se puede destacar que “la tasa de mortalidad infantil (niñas y niños menores de un año fallecidos por cada mil nacidos vivos) de los niños y niñas afrodescendientes es aproximadamente el doble de la registrada para los niños y niñas a nivel nacional y que, en cuanto a la esperanza de vida al nacer, para los hombres afrodescendientes es de 64,6 años, frente a 70,3 años para el total de la población [de hombres]. En el caso de las mujeres afrodescendientes es de 66,7 años, frente a 77,5 años para las mujeres a nivel nacional”⁸¹. Adicionalmente, alrededor del 75% de las personas afrocolombianas reciben salarios por debajo del mínimo legal, y el 85% de la población afrocolombiana vive en condiciones de pobreza y marginalidad, sin acceso a servicios básicos esenciales⁸².

El racismo denota una relación de poder y privilegio social en virtud de diferentes marcadores fenotípicos como el color de la piel. En las Américas, las estructuras racistas fueron organizadas alrededor de la supuesta superioridad de las personas blancas y/o mestizas, dependiendo del contexto particular⁸³. En Colombia, el racismo se puede presentar de dos maneras: a) “el racismo del apartheid geográfico”, y b) el racismo de la exclusión en los contextos de mayorías mestizas y/o blancas⁸⁴, las cuales se complementan y refuerzan garantizando la supervivencia de un sistema sofisticado de exclusión. La primera forma de racismo es la que experimenta un departamento como el Chocó, donde el 82% de la población es negra⁸⁵ y tiene uno de los índices de desarrollo humano más bajos de Colombia⁸⁶,

80 Sergio Silva Numa, “Colombia tiene una deuda histórica con el Pacífico”: Peter Wade, antropólogo británico, *El Espectador*, 26 de octubre de 2017, acceso el 19 de abril de 2020, <https://www.elespectador.com/noticias/ciencia/colombia-tiene-una-deuda-historica-con-el-pacifico-peter-wade-antropologo-britanico-articulo-720076>

81 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011, Párr. 18.

82 Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico”, 303.

83 Claudia Mosquera *et al*; *Afrodescendientes en las Américas*. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002), edición PDF, 15 y 16, <http://www.bdigital.unal.edu.co/1238/2/01PRELOr.pdf>.

84 César Rodríguez Garavito, A propósito de la semana de la afrocolombianidad, la pregunta es: ¿Colombia es un país racista?, *Dejusticia*, 25 de mayo de 2007, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.dejusticia.org/a-proposito-de-la-semana-de-la-afrocolombianidad-la-pregunta-es-colombia-es-un-pais-racista/>

85 John Milton Asprilla Echeverría, “CENSO 2005 Jóvenes afrocolombianos: Caracterización Sociodemográfica y Aspectos de la Migración Interna,” 24. https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/jovenes_afrocolombianos.pdf. Debido al cuestionamiento al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) por los resultados del CENSO del 2018 en lo que respecta a la población negra en Colombia, el autor ha decidido deliberadamente no hacer uso de los datos de dicho CENSO y utilizar los datos del CENSO del 2005. Julian Vivas, El ‘error’ del Dane que borró del mapa a 1,3 millones de afros, 25 de noviembre de 2019, acceso el 12 de Agosto de 2020, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-error-del-dane-que-borro-del-mapa-a-1-3-millones-de-afros-436936>

86 Héctor Iván Rincón Villamizar, y Jorge Luis Escobar Ortiz, “IDH y PIB en Colombia: un análisis de convergencia departamental”, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad Católica de Colombia (2019), 20, <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23858/1/IDH%20y%20PIB%20en%20Colombia%2C%20un%20an%C3%A1lisis%20de%20convergencia%20departamental.pdf>.

comparable al de Haití⁸⁷, el país más empobrecido de las Américas⁸⁸. Esto evidencia la falta de compromiso y de inversión del Estado para resolver los problemas estructurales de esta región. Este tipo de racismo mantiene, a veces de maneras sutiles y en otras no tan sutiles, una segregación espacial de las poblaciones negras en las zonas marginales del país o en las periferias de las ciudades, como acontece en Cali o en Cartagena⁸⁹. En Colombia, la pobreza extrema tiene rostros propios, y estos corresponden a las comunidades negras o indígenas⁹⁰. La segunda forma de racismo, igual de perversa que la primera, se manifiesta en el trato discriminatorio que experimentan las personas negras en el cotidiano al interactuar con personas blancas o mestizas. Esta forma de racismo se concretiza en prácticas como la restricción de acceso de personas negras a lugares públicos como discotecas o la negativa a arrendarles vivienda, o la utilización cotidiana o en medios de expresión de palabras o frases como “negro con hambre no trabaja, y lleno, menos”, o “negro que no la hace a la entrada, la hace a la salida”⁹¹.

En relación con lo anterior, en países como Colombia se ha podido demostrar la existencia de una pigmentocracia⁹², o lo que también se podría denominar colorismo⁹³. En otras palabras, en Colombia, mientras más claro(a) se es de piel, mayores son las posibilidades de ascenso social⁹⁴. Sobre el particular, se ha podido establecer que para las y los colombianos el color de la piel sigue siendo importante⁹⁵. De hecho, el 45% de los y las afrocolombianas han escuchado en algún momento de sus vidas la sugerencia o la expresión de que hay que mejorar la raza, a través de tener descendencia con una persona mestiza o blanca⁹⁶. En Colombia, las personas blancas y/o mestizas en promedio tienen mejores condiciones de vida que las personas afrocolombianas, lo cual no está solamente determinado por diferencias de clase, sexo, edad u otras variables sino por la desventaja específica que las personas afrocolombianas tienen por su color de piel⁹⁷. Se ha podido establecer que “la población afrocolombiana, en especial la

87 Rodríguez Garavito, ¿Colombia es un país racista?

88 “The World Bank In Haiti”, *The World Bank Group*, acceso 25 de junio de 2020, <https://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>

89 Rodríguez Garavito, ¿Colombia es un país racista?

90 Ibid.

91 Ibid.

92 Edward Tellez, *Pigmentocracies*, 81-125. César Rodríguez Garavito, “Discriminación racial y étnica: La pigmentocracia colombiana. Proyecto sobre Etnicidad y Raza en América Latina”, *El Espectador*, 5 de marzo de 2012, acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/la-pigmentocracia-colombiana-columna-330506> .

93 Sandra E. Gracia, “Fight Against Colorism Takes On Amazon: Beauty ‘Cannot Be One Skin Color’”, *The New York Times*, 7 de diciembre de 2019, acceso el 20 de abril de 2020 <https://www.nytimes.com/2019/12/05/us/colorism-amazon-skin-lightning-bleaching.html>

94 Rodríguez Garavito, “Discriminación racial y étnica: La pigmentocracia colombiana”.

95 Redacción Vivir, “Bajo una pigmentocracia”, *El Espectador*, 28 de marzo de 2012, acceso el 20 de abril de 2020 <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/bajo-una-pigmentocracia-articulo-335126>

96 Ibid.

97 Ibid.

población negra, exhibe menor logro de estatus socioeconómico, que no sólo está relacionado con los rezagos acumulados históricamente, sino también con la presencia de instituciones de desigualdad de larga duración que se han visto reforzadas por la discriminación presente con resultados que podrían inducir a una trampa de desigualdad en el largo plazo”⁹⁸.

Lo anterior tiene un gran impacto en la movilidad social ascendente, en la medida en que, según el profesor Viáfara López, en Colombia “las restricciones a la movilidad entre clases sociales se refuerzan por el color de la piel, haciendo más difícil para las personas de un color de piel oscuro la movilidad social ascendente independiente de la clase de origen, lo que genera una estructura social segmentada y pigmentocrática”⁹⁹. En otras palabras:

“la distribución de la clase de origen de las personas de piel oscura tiende a ser de menor estatus en comparación con las personas de piel intermedia y clara. Igualmente, la movilidad absoluta es menor para las personas de piel oscura, lo cual sugiere una mayor retención en la clase de menor estatus. Además, las relaciones entre orígenes y destinos son comparables entre grupos según el color de la piel, aunque se observa una mayor rigidez para las personas con color de piel más oscuro”¹⁰⁰.

Esta desigualdad o inequidad racial se nota en el hecho de que “la diferencia promedio en años de estudio entre colombianos de piel clara y aquellos de piel morena u oscura es 2,2”¹⁰¹. De manera concreta, esto se evidencia, por ejemplo, en el hecho de que el índice de analfabetismo en la población rural afrocolombiana ha sido estimado en un 21%, 4,5 % por encima del promedio nacional¹⁰². Existe un menor acceso a educación superior por parte de personas afrocolombianas en comparación con personas blancas y/o mestizas¹⁰³. En Colombia, sólo el 3% de los afrocolombianos culminan el ciclo

98 Ibid.

99 Carlos Augusto Viáfara López, “Movilidad social intergeneracional de acuerdo al color de la piel en Colombia”, *Revista sociedad y economía*, no. 33 (2017): 279, <http://www.scielo.org.co/pdf/soec/n33/1657-6357-soec-33-00263.pdf>

100 Ibid.

101 Rodríguez Garavito, “Discriminación racial y étnica: La pigmentocracia colombiana”.

102 Ministerio de Cultura de Colombia, *Afrocolombianos, población con huellas de africanía* (2010), 6, <https://www.min-cultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf>.

103 Redacción Vivir (*El Espectador*), “Bajo una pigmentocracia”.

universitario¹⁰⁴, en comparación con el 22% a nivel nacional¹⁰⁵. En las principales áreas urbanas, la inserción de la población afrocolombiana al mercado laboral ha sido estimada como bastante baja y existe una sobre representación en lo que respecta a trabajos informales o independientes¹⁰⁶. A modo ilustrativo, en el 2004, “en promedio las trece áreas metropolitanas reportaron que el 41.3% de los trabajadores unipersonales eran afrocolombianos frente al 26.1% de los no afrocolombianos”¹⁰⁷. De allí que se considere que en el caso de la sociedad colombiana, “las clases sociales tienen color de piel”¹⁰⁸.

Adicionalmente, las comunidades afrocolombianas han sido y continúan siendo desproporcionadamente impactadas por las dinámicas de violencia armada en Colombia. Estas comunidades son particularmente afectadas por asesinatos y amenazas contra líderes sociales, desplazamientos colectivos, y situaciones de confinamiento¹⁰⁹. Durante el 2019, aproximadamente 16.500 personas pertenecientes a Comunidades Negras y pueblos indígenas fueron objeto de desplazamiento interno¹¹⁰. Un estudio realizado en dos localidades de Bogotá (Kennedy y Usme), donde existe una presencia significativa de personas afrocolombianas, demostró “que existe perfilamiento racial por parte de los agentes de policía en las estaciones de Transmilenio, sobre todo se pudo determinar que hay una discriminación evidente frente a los vendedores afros frente a los vendedores blancos/mestizos, que resultados ser las personas más afectadas por este perfilamiento”¹¹¹. En particular, se pudo establecer “que una persona con las tonalidades más oscuras tiene 2,67 veces más probabilidad de interactuar con la policía y 2,57 veces mayor probabilidad de ser detenido, llevado al área restringida, multado o requisado”¹¹².

Es en este contexto histórico y presente de adversidad para las personas negras y/o afrodescendientes en el que se han construido imaginarios racistas, expresados a través del lenguaje, con respecto a

104 Juan Fernando Arenas, “Solo el 3% de los afrocolombianos termina el ciclo universitario”, *El Mundo.Com*, 12 de octubre de 2012, acceso el 20 de abril de 2020, https://www.elmundo.com/portal/vida/educacion/solo_el_3_de_los_afrocolombianos_termina_el_ciclo_universitario.php#.XlSQdqgzaUk.

105 “Solo el 22 % de los colombianos tiene un título universitario,” *El Tiempo*, September, 11, 2018 : [https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-ocde-asegura-que-solo-el-22-por-ciento-de-los-colombianos-tienen-un-titulo-universitario-266796#:~:text=La%20cifras%20aseguran%20que%20solo,en%20el%2038%20por%20ciento.&text=\(23%20por%20ciento\)%20y%20M%C3%A9xico%20\(17%20por%20ciento\)](https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-ocde-asegura-que-solo-el-22-por-ciento-de-los-colombianos-tienen-un-titulo-universitario-266796#:~:text=La%20cifras%20aseguran%20que%20solo,en%20el%2038%20por%20ciento.&text=(23%20por%20ciento)%20y%20M%C3%A9xico%20(17%20por%20ciento)).

106 Ministerio de Cultura de Colombia, *Afrocolombianos, población con huellas de africanía* (2010), 6.

107 Ibid.

108 Edward Tellez, *Pigmentocracies*, 125.

109 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de 2019: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: Quinto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2019, Párr. 27, 96, 101, 121, 126, 135, y 154.

110 Ibid., 124.

111 “Abuso policial y discriminación racial hacia afrodescendientes: Estudio de caso en las localidades de Usme y Kennedy De Bogotá, D.C. (Bogotá, 2020)”, *ILEX -Acción Jurídica*, 36 y 37, <https://www.ilexaccionjuridica.org/wp-content/uploads/2020/06/Abuso-Policial-Final-web.pdf>.

112 Ibid.

este grupo poblacional. Ya con este elemento contextual en mente, a continuación, se va a examinar lo relacionado con la ineficacia del marco normativo nacional e internacional para hacerle frente al racismo estructural en Colombia.

3. INEFICACIA DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL PARA ATENDER EL RACISMO ESTRUCTURAL EN COLOMBIA

El Estado colombiano cuenta con un marco normativo nacional e internacional que obliga al respecto y garantía de los derechos humanos de grupos sociales históricamente marginados, como la población afrocolombiana. Un primer antecedente normativo que reconoce los derechos de las comunidades negras como grupo es la Ley 31 de 1967¹¹³. En el marco de esta ley se realizó el primer reconocimiento legal de derechos territoriales a las comunidades afrocolombianas sobre los territorios que tan históricamente ocupado¹¹⁴. Posteriormente, el Estado colombiano incorporó el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “sobre Pueblos Indígenas y Tribales” en su legislación interna a través de la Ley 21 de 1991¹¹⁵. La Corte Constitucional colombiana ha confirmado que los derechos contenidos en esta Convención, y la legislación que la incorporó al sistema jurídico nacional, también son aplicables a las comunidades afrocolombianas¹¹⁶.

El Convenio 169 de la OIT de 1989 influyó significativamente en la adopción de disposiciones, en la Constitución Política de Colombia de 1991, que definieron y establecieron el alcance de las nociones de diversidad étnica y cultural en el régimen constitucional colombiano¹¹⁷. Una de las principales características de la Constitución de 1991 es que contempla que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”¹¹⁸. La Constitución política también establece que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”¹¹⁹. Sobre este punto, la Constitución colombiana estableció un artículo transitorio 55 por el cual el Congreso debía, dentro de los dos años posteriores a su entrada en vigor, promulgar una legislación que reconozca “a

113 A través de esta legislación el Estado Colombiano incorporó en la legislación colombiana el Convenio 107 de 1957 sobre poblaciones indígenas y tribales.

114 Davis, “Law as microaggression”, 189. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955 del 2003, punto 4.2.1 (a), M.P. Alvaro Tafur Galvis.

115 Ibid.

116 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 del 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

117 Ibid., Sentencia T-955 del 2003, punto 4.2.1 (a).

118 Constitución Política de Colombia. Artículo 13.

119 Ibid., Artículo 7.

las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley¹²⁰, lo cual también sería extensivo “a otras zonas del país que presenten similares condiciones”¹²¹. Esta Ley debería contener mecanismos para la protección de los derechos y la identidad cultural de estas comunidades, así como disposiciones destinadas a promover su desarrollo económico y social¹²².

El 27 de agosto de 1993, el Estado colombiano adoptó la Ley 70, mediante la que reconoció el derecho de las y los colombianos negros a poseer y ocupar colectivamente sus tierras ancestrales, así como otros derechos¹²³. Es relevante destacar que la Ley 70 reconoce que los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras son autoridades administrativas dentro de sus territorios, cuyas funciones son facilitar, cuando sea posible, la solución amistosa de disputas dentro de las comunidades¹²⁴. Un Consejo Comunitario tiene personalidad jurídica y, dentro de una Comunidad Negra, es la máxima autoridad administrativa, que ejerce sus funciones de acuerdo con la Constitución, las leyes nacionales y el propio marco legal de la comunidad¹²⁵. A través del artículo 39 de la Ley 70 de 1993 se creó la cátedra afrocolombiana, la cual tuvo su desarrollo normativo a través del Decreto 1122 de 1998. Este Decreto contempla que “todos los establecimientos estatales y privados de educación formal que ofrezcan los niveles de preescolar, básica y media, incluirán en sus respectivos proyectos educativos institucionales la Cátedra de Estudios Afrocolombianos”¹²⁶. Adicionalmente, el Estado Colombiano adoptó la Ley 1482 de 2011, la cual tiene “por objeto sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación”¹²⁷.

120 Ibid., Artículo transitorio 55.

121 Ibid.

122 Ibid.

123 Ley 70 de 1993, 27 de agosto de 1993. Por la cual se desarrollo el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario oficial. Artículo 1.

124 Xiomara Cecilia Balanta Moreno *et al*, “El enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada desde el estudio de casos de la Sala de Amnistía o Indulto” en *La JEP Vista por sus jueces*, ed. comp. Danilo Rojas-Betancourth (Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020), 526, <https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf>. También, Ley 70 de 1993, Artículo 5.

125 Decreto 1745 de 1995, 12 de octubre de 1995. Por el cual se reglamenta el capítulo III de la ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 42.049. Artículo 3.

126 Decreto 1122 de 1998, 18 de junio de 1998. Por el cual se expiden normas para el desarrollo de la Cátedra de Estudios Afrocolombianos, en todos los establecimientos de educación formal del país y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 43.325. Artículo 1.

127 Ley 1482 de 2011, 30 de noviembre de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Diario oficial 48.270. Artículo 1.

Todo lo anterior ha posibilitado que, en el marco de la legislación colombiana, se desarrolle la noción del enfoque diferencial étnico, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional de Colombia como:

“el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como ‘pueblos’, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia”¹²⁸.

Esta noción fue incorporada en la legislación en los siguientes términos:

“Las medidas de atención, asistencia, reparación y restitución establecidas en el presente Decreto se basan en el principio de tratamiento especial y diferenciado a que tienen derecho las Comunidades y sus miembros individualmente considerados. Las normas, procedimientos y mecanismos diseñados para tal efecto, deben interpretarse en función de la pertenencia étnica y cultural y los derechos colectivos de las comunidades”¹²⁹.

El enfoque diferencial étnico es de gran importancia en la legislación Colombiana, debido a que exige de las autoridades públicas tener en cuenta las particularidades y la cosmovisión de los pueblos étnicos cuando se piensa adoptar políticas públicas o legislaciones que pueden tener algún impacto particular en los derechos de los pueblos étnicos¹³⁰. Lo anterior conlleva a que, en teoría, las autoridades tengan que establecer un diálogo con estas comunidades antes de emprender políticas públicas o adoptar legislaciones que puedan tener un impacto en los derechos y salvaguardas de estas comunidades. Por lo tanto, a nivel nacional, Colombia posee un marco normativo que reconoce la multiculturalidad y la agencia de las personas y Comunidades Negras para ser determinantes en su desarrollo tanto individual como colectivo.

A nivel internacional, existen diferentes instrumentos de derechos humanos de los cuales Colombia es parte que le exigen al Estado adoptar medidas para atender las desigualdades raciales. Algunos de los instrumentos más relevantes a tener en cuenta son los siguientes:

128 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, punto 4.1.

129 Decreto 4635 de 2011, 9 de diciembre de 2011. Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Diario oficial 48.278 Artículo 18.

130 Ministerio del interior de la Republica de Colombia, “El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado”, 10.

1) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1966¹³¹ (Convención sobre Discriminación Racial). En su artículo 1.1, esta convención define la expresión “discriminación racial” como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. En su artículo 1.4, esta Convención reconoce la necesidad de que los Estados adopten medidas especiales “con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966¹³². El artículo 2.2 de este Pacto establece que los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹³³. El artículo 26 de este Pacto consagra que todas las personas son iguales y tienen derecho a la misma protección bajo la Ley, por lo que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

4) La Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁴. El artículo 24 de esta Convención consagra el principio de que todas las personas gozan de la misma protección bajo la ley, por lo que “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Sobre el particular, es importante tener en consideración la obligación que el artículo 2 de esta Convención impone a los Estados de adoptar disposiciones normativas internas para garantizar el disfrute de dere-

131 Resolución 2106 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 21 de diciembre de 1965. Esta Convención fue ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981.

132 Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966. Este tratado fue ratificado por Colombia el 16 de octubre de 1966. No obstante, es importante precisar que hasta la fecha Colombia no ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

133 Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966. Este tratado fue ratificado por Colombia el 10 de octubre de 1969.

134 Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969. Esta Convención fue ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

chos de las personas que se encuentren bajo a su jurisdicción.

Los órganos que supervisan el cumplimiento de estos tratados se han pronunciado sobre la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas o especiales para atender situaciones de discriminación *de facto* en sus territorios. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento de los Estados con Convención sobre Discriminación Racial, recomendó al Estado colombiano que “combata la discriminación y aplique efectivamente las medidas especiales para que los afrocolombianos y los pueblos indígenas disfruten de los derechos humanos plenamente y en igualdad de condiciones”¹³⁵.

El Comité que supervisa el cumplimiento de los Estado con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales ha indicado que “para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de *facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible”¹³⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar el cumplimiento con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha precisado que el principio de igualdad puede exigir en algunas circunstancias que los Estados adopten medidas especiales para corregir desigualdades sustanciales como en el caso de “un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población”¹³⁷.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de las competencias asignadas por la Convención Americana¹³⁸ y su estatuto¹³⁹, ha recomendado a los Estados de las Américas, incluyendo Colombia, “adoptar medidas urgentes, orientadas a superar la situación de discriminación estructural que afecta a la población afrodescendiente”¹⁴⁰. En el caso de Colombia, esta

135 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Colombia)*, 28 de agosto de 2009, CERD/C/COL/CO/14, 5.

136 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 9.

137 Comité de Derechos Humanos. *Observación General 18: No discriminación*, 1989, párr. 9.

138 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 41.

139 Resolución 447 (IX-O/79) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, *Estatuto de la Comisión Americana de Derechos Humanos*, 31 de octubre de 1979, Artículo 18.

140 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011, Párr. 260.

recomendación ha sido reiterativa¹⁴¹. La legitimidad de estas medidas especiales surge de la necesidad de “remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que dicha discriminación se perpetúe”¹⁴². En consecuencia, estas medidas buscan “garantizar la igualdad sustantiva y el disfrute de los derechos fundamentales de las personas y grupos sociales en situaciones de desventaja histórica o víctimas de prejuicios persistentes”¹⁴³.

Por consiguiente, el Estado colombiano tiene a su disposición un marco normativo internacional que lo obliga a adoptar medidas especiales o positivas para responder a la realidad de discriminación y exclusión *de facto* de grupos sociales racializados como los afrocolombianos.

La existencia de estos marcos normativos es sólo un punto de partida para garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, pero se requiere de la adopción y fortalecimiento de políticas públicas respaldada por instituciones responsables que busquen garantizar la eficacia de esos derechos¹⁴⁴. Pese a lo anterior, ha existido una persistente inacción por parte del Estado colombiano para atender el racismo estructural en Colombia. En el acápite 2 de este texto ya se presentaron algunas cifras que ilustran las circunstancias de racismo estructural en detrimento de la población afrocolombiana. Estas circunstancias han conllevado a un sinnúmero de violaciones de derechos civiles, sociales, económicos, y culturales de las comunidades negras¹⁴⁵. Las afectaciones a estos derechos humanos se manifiestan a través de situaciones como la segregación *de facto*, señalamientos y acusaciones por servidores públicos, falta de garantía del derecho al trabajo, y la falta de acceso al disfrute de servicios público de calidad como de educación, salud, vivienda, y alimentación¹⁴⁶.

A nivel internacional se ha destacado que uno de los retos para alcanzar una igualdad racial y garantizar acceso a oportunidades es “la falta de voluntad política, la legislación deficiente, y la falta de estrategias de aplicación y de medidas concretas por los Estados, así como en la prevalencia de

141 Veáse Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, Capítulo XI, Párr. 33; Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de 2019: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: Quinto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2019, Párr. 156.

142 Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011, Párr. 227.

143 Ibid.

144 Rodríguez Garavito y Cavelier Adarve, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009*, 16.

145 Ibid., 10.

146 Ibid., 10.

actitudes racistas y estereotipos negativos”¹⁴⁷. La inequidad racial en Colombia afecta el pleno disfrute de derechos humanos de las personas afrocolombianas¹⁴⁸, lo cual pone de manifiesto la inobservancia material por parte del Estado de sus obligaciones legales conforme a la normatividad nacional e internacional.

4. RACISMO: UN DEBATE PENDIENTE EN COLOMBIA

Pese a algunos avances normativos que han tenido lugar en Colombia sobre temas de discriminación racial, el debate académico, político, y público acerca del racismo sigue siendo algo reciente, que requiere seguir siendo profundizado¹⁴⁹. Esta falta de atención en el ámbito público al tema de racismo contra personas negras puede relacionarse con el hecho de que “el racismo como conjunto de procesos estructurales [...] plantea preguntas incómodas sobre desigualdades profundamente arraigadas, ligadas a estructuras de clase y privilegios de élite/blancos”¹⁵⁰.

Al igual que en lugares como los Estados Unidos, la lucha de las personas negras en Colombia por alcanzar libertad real, justicia, y dignidad es tan antigua como la existencia misma de esta nación¹⁵¹. Sin embargo, el racismo histórico y estructural ha demostrado ser un obstáculo difícil de superar hasta el presente. Como se ha ilustrado a través de este escrito, las circunstancias de inequidad racial en Latinoamérica tienen sus raíces históricas en el periodo colonial, lo cual es relevante debido a que sociedades que comienzan con gran inequidad en términos de distribución de riqueza, capital humano e influencia política, entre otros, tienden en su proceso evolutivo a desarrollar instituciones que contribuyen a la persistencia de inequidad material¹⁵². En efecto, el comercio de personas esclavizadas en Latinoamérica interactuaba con la estructura política en esta región de manera compleja, dando paso al surgimiento de élites poderosas que aprovechaban la ventaja económica del proceso de es-

147 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Durban: Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* (Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A., 2002), 26, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf.

148 Rodríguez Garavito y Cavelier Adarve, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009*, 10.

149 Mara Viveros Vigoya, “Discriminación racial, intervención social y subjetividad. Reflexiones a partir de un estudio de caso en Bogotá”, *Revista de Estudios Sociales* 27, 2007: 106-121, <https://journals.openedition.org/revestudsoc/20003> <https://journals.openedition.org/revestudsoc/20003>

150 Peter Wade, “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica”, 30.

151 Bell Derrick, “Racial Realism”, *Connecticut Law Review* 24, no. 2 (1997): 363.

152 George Reid Andrews, “Inequality: Race, Class, Gender”, en *Afro-Latin America Studies*, comp. Alejandro de la Fuente y George Reid Andrews (Estados Unidos: Cambridge University Press, 2018), 55-56.

clavización para mejorar su posicionamiento dentro de la sociedad colonial¹⁵³.

En Colombia, “la práctica colonial de categorización de individuos en castas, con base en la percepción de sus características físicas y culturales, precedió al surgimiento de la noción de raza y dejó un legado de racismo y discriminación que aún se siente en la sociedad colombiana contemporánea”¹⁵⁴. Es por ello que “en Colombia la primacía de la blanquitud es algo incuestionable”¹⁵⁵. Por consiguiente, se puede considerar que las circunstancias de exclusión social de las personas negras, como grupo racializado en este continente, han perdurado en el tiempo, lo cual es un proceso al que Colombia no ha sido ajeno como se analizará a continuación.

En el caso de Colombia, las circunstancias de abandono y marginalización históricas que hacen “precaria [la] situación de garantía de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades negras revela la existencia y persistencia de racismo estructural”¹⁵⁶. No obstante, el mito de la nación mestiza o el mestizaje se puede considerar como el elemento que ha hecho difícil que Colombia confronte su racismo, debido a que este es uno de “los mitos fundadores de la identidad nacional”¹⁵⁷. Este mito se sustenta en “la idea popular del paraíso multirracial colombiano”¹⁵⁸, en el marco del cual las diferencias basadas en raza o pigmentación no existen porque todas y todos tenemos ancestros de diferentes contornos raciales, lo cual supuestamente contribuiría a la existencia de una armonía racial porque en Colombia no vemos raza.

Es en esa creencia de la nación mestiza que se sustenta el mito de democracia racial prevalente en el país. Este mito ha generado que el Estado colombiano no sea proactivo en la adopción de políticas públicas y marcos normativos comprensivos y efectivos que se orienten “a combatir la discriminación en la práctica”¹⁵⁹. Como se mencionó anteriormente, la profesora Tania Hernández denomina esta creencia como “inocencia racial”¹⁶⁰, lo que también se podría encuadrar en la ideología conocida como

153 Roquinaldo Ferreira y Tatiana Seijas, “The Slave Trade to Latin America: A Historical Assessment”, en *Afro-Latin America Studies*, comp. Alejandro de la Fuente y George Reid Andrews (Estados Unidos: Cambridge University Press, 2018), 43.

154 Edward Tellez, *Pigmentocracies*, 81.

155 Ibid., 82.

156 Rodríguez Garavito y Cavelier Adarve, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009*, 7.

157 César Rodríguez Garavito, “A propósito de la semana de la afrocolombianidad, la pregunta es: ¿Colombia es un país racista?”, *DeJusticia*, 25 de mayo de 2007, <https://www.dejusticia.org/a-proposito-de-la-semana-de-la-afrocolombianidad-la-pregunta-es-colombia-es-un-pais-racista/>.

158 Ibid.

159 Rodríguez Garavito y Cavelier Adarve, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009*, 9.

160 Hernández, *Racial Subordination in Latin America*, 2.

“color-blindness”¹⁶¹. Esta es una ideología que propugna porque en una sociedad no se tenga en cuenta el color de la piel para analizar las brechas raciales en el acceso a oportunidades, y, en particular, las limitaciones que un grupo racializado enfrenta para acceder a oportunidades.

Históricamente, la racialización de las personas negras en Colombia ha estado intrínsecamente relacionada con la regionalización. Al respecto, los territorios del Caribe colombiano y del Pacífico han sido históricamente identificados con la presencia de personas negras y mulatas en contraposición al interior andino que ha sido identificado con el mestizaje¹⁶². Una de las respuestas que el Estado colombiano ofrece para justificar las circunstancias de marginalización y abandono de las comunidades negras es el “hecho de que la gente negra en Colombia habita lugares inhóspitos”, principalmente en la Costa Pacífica y Costa Atlántica del país¹⁶³. Por tanto, pese a algunos progresos, las circunstancias actuales son indicativas de que en Colombia continúa prevaleciendo “la ausencia de medidas contundentes de política pública y de acción afirmativa que permita a la población afrocolombiana y a los pueblos indígenas superar la marginalidad, y que erradiquen la discriminación racial de que son víctimas”¹⁶⁴.

Es importante indicar que la noción de la nación mestiza fue un proyecto político del siglo XIX que se sustentó en ideas eugenistas¹⁶⁵, y en el temor de las élites colombianas de que un número significativo poblacional de personas negras e indígenas podría poner en riesgo su poder político¹⁶⁶. Así, la raza se constituye en esa categoría establecida por los colonizadores y esclavistas europeos “para generar las prácticas racistas, y que en adelante, por los siglos subsiguientes, será el criterio fundamental para la ‘invasión de América’ por parte de los europeos [...] y para instituir las nuevas relaciones entre los individuos”¹⁶⁷. Es en virtud de lo anterior, que en Colombia hoy en día “parece exótico e insólito, cuando no delirante, hablar del racismo y la discriminación como prácticas cotidianas e institucionales en todos los campos de la vida social y cultural”¹⁶⁸.

161 Neil Gotanda, “Critique of Liberalism: A Critique of ‘Our Constitution is Color-Blind’”, en *Critical Race Theory: The Cutting Edge* 3ª ed, comp. Richarard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 35-37.

162 Alfonso Munera, *El fracaso de la nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)* (Bogotá: Banco de la República-El Áncora Editores, 1998), 40 y 41, <https://rodrigomorenog.files.wordpress.com/2014/12/mc3banera-ei-fracaso-de-la-nac3b3n-reg3b3n-clase-y-raza-en-el-caribe-colombiano-1717-1821.pdf>.

163 Rodríguez Garavito y Cavelier Adarve, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU 2009*, 9.

164 Ibid., 10.

165 Hernández, Racial Subordination in Latin America, 19-23.

166 Rodríguez Garavito, “A propósito de la semana de la afrocolombianidad, la pregunta es: ¿Colombia es un país racista?”.

167 Javier Guerrero Rivera, “Esbozos de un proyecto en curso: Racismo y discriminación en Colombia”, *Revista Interacción* 11 (2012): 35, <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/interaccion/article/view/2254/1718>.

168 Ibid., 30.

De acuerdo con van Dijk, el sistema racista está conformado por un subsistema social y otro cognitivo¹⁶⁹. El primero se sustenta en microagresiones y abusos de poder por parte de elites e instituciones dominantes, quienes toman decisiones sobre la vida y destinos de poblaciones racializadas como la negra¹⁷⁰. El subsistema cognitivo, en el que se justifican las prácticas de abuso de poder o dominación, tiene “una base mental que consiste en modelos parciales de eventos e interacciones étnicas, las cuales por su parte se encuentra enraizadas en prejuicios e ideologías racistas”.¹⁷¹ En esta línea, van Dijk ha indicado que en Colombia nadie se considera racista aun cuando en su cotidiano “reproduzca o produzca chistes o comentarios burlescos hacia las mal denominadas ‘minorías étnicas’”¹⁷².

En relación con lo anterior, es importante indicar que, aun cuando los discursos de odio no son necesariamente lo mismo que el racismo, el racismo se puede manifestar a través de este tipo de discursos. Los discursos de odio, sobre todo de naturaleza racista tienen como propósito degradar a otros, denegarles su identidad como seres humanos, excluirlos de los pactos básicos de naturaleza social y constitucional, y exponerles a actos de violencia¹⁷³. Los prejuicios racistas, más que de experiencias personales, derivan principalmente de la exposición a discursos de racistas prevalentes en los medios de comunicación que reproducen sesgos raciales y en el discurso público¹⁷⁴. Lo anterior es relevante porque el lenguaje en diferentes culturas tiene una gran influencia en la organización de ideas y las percepciones¹⁷⁵. Los psicólogos sociales han establecido que los sesgos implícitos o inconscientes son adquiridos en gran medida mediante la exposición pasiva a medios de comunicación y a otros medios de discurso público¹⁷⁶. En consecuencia, un contexto donde el lenguaje racista es habitual puede contribuir a incrementar sesgos raciales y actos de violencia racial¹⁷⁷.

En el contexto latinoamericano, el uso de lenguaje racista es percibido como inconsecuente¹⁷⁸. Esto se debe en parte a que las formas de racismo han mutado de un racismo clásico o científico, en el que abiertamente se ridiculizaban aspectos fenotípicos (biológicos), a un racismo simbólico donde la

169 Olaya Requene, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico”, 290.

170 Ibid., 290-291.

171 Ibid., 291.

172 Guerrero Rivera, “Esbozos de un proyecto en curso: Racismo y discriminación en Colombia”, 32.

173 Tanya Katerí Hernández, “Hate speech and the language of racism in Latin America: A lens for reconsidering global hate speech restrictions and legislation models”, *Journal of International Law* 32, no.3 (2011): 811.

174 Ibid., 813.

175 Ibid.

176 Ibid., 813 y 814.

177 Ibid., 815.

178 Hernández, *Racial Subordination in Latin America*, 4.

burla se orienta a ridiculizar la cultura, aspectos religiosos, la forma de hablar, vestir, habitar, y crear humor¹⁷⁹. Además del uso de la palabra “negro”, de manera peyorativa, las personas afrodescendientes son objeto de estereotipos como de ser criminales, intelectualmente inferiores, hiper-sexualizados y de ser representados de manera anomalística, por ejemplo, como simios¹⁸⁰. Algunas de las expresiones ofensivas en contra de personas afrodescendientes en Latinoamérica incluyen “negro de mierda”, “micos”, “negro maloliente”, “bestia”, “hacer cosas como negro”, “tenía que ser un negro”, “un negro corriendo es un ladrón, un blanco corriendo es un atleta”, sugerencias de que una persona negra debe tener descendencia con una persona blanca “para mejorar la raza”, “no hay tal cosa como un buen negro o un tamarindo dulce”, “100 negros por un caballo”, “mata un negro y ten un día Pepsi [feliz]”¹⁸¹. Existen también estereotipos de que las personas afrodescendientes viven mal, que son criminales, que solo piensan hasta el medio día y que solo pueden trabajar en posiciones de baja importancia¹⁸².

De igual manera, existen ciertas expresiones racistas que se utilizan para expresar afecto tales como: “mi negrito”, “él es negro, pero tiene el corazón/alma de un blanco”, “es negra, pero bonita”, “es negro, pero bien arreglado y perfumado”¹⁸³. Aun cuando en principio se podría considerar que estas expresiones no están cargadas de odio racial, ellas evocan estereotipos de inferioridad de las personas negras¹⁸⁴.

Todo este lenguaje se encuentra tan impregnado en las sociedades latinoamericanas, que las circunstancias de subordinación de las personas afrodescendientes son entendidas como natural y lógica¹⁸⁵. Con el propósito de responder a esta preocupante realidad, se ha propuesto el establecimiento marcos legales de naturaleza civil para presentar acciones judiciales por el uso de lenguaje de odio racista como una vía legal menos compleja que mecanismos de naturaleza penal¹⁸⁶. La complejidad de los mecanismos de naturaleza penal radica en que exigen un estándar de prueba mucho más alto y hacen que las autoridades estén menos dispuestas a impulsar y procesar causas penales por el uso de lenguaje racista¹⁸⁷.

En lo que respecta a Colombia, históricamente han existido imaginarios y lenguaje racista en contra

179 Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*, 322.

180 Hernández, “Hate speech and the language of racism in Latin America”, 815 y 816.

181 Ibid., 816-818.

182 Ibid., 818.

183 Ibid., 819.

184 Ibid.

185 Ibid., 820.

186 Ibid., 829-839.

187 Ibid.

de personas afrodescendientes. La palabra “casta” y su variable “sin casta” se utilizaban durante la colonia para designar el país de origen de la persona esclavizada y luego se utilizó para designar a grupos considerados como inferiores¹⁸⁸. La palabra “desechos” o “rezagos” también se utilizaba para designar a los prisioneros africanos que tenían algún defecto físico, enfermedad, o tacha, lo cual afectaba su precio en el mercado de compraventa de personas esclavizadas¹⁸⁹. La frase “mejorar la raza” representa la falsa creencia de que personas afrodescendientes o indígenas deberían establecer uniones maritales con personas de “raza superior” (europeos, blancos, o mestizos) para lograr el “blanqueamiento” como mecanismo para avanzar socialmente¹⁹⁰. La palabra “cafre” tuvo su origen en una imagen estereotipada de un pueblo de África occidental considerado como un lugar donde se encontraban los negros más feos, fieros, bárbaros, infieles, y traidores¹⁹¹.

En la actual Colombia, persisten diferentes imaginarios y lenguaje racista en el cotidiano para referirse a personas afrodescendientes. Por ejemplo, el hecho de que un departamento como el Chocó, con una población mayoritariamente afrodescendiente, sea administrada por personas afrocolombianas ha permitido que la elite del país y los medios de comunicación hagan uso de imaginarios racistas para indicar que los problemas del departamento se deben a la corrupción local, como si los continuos escándalos de corrupción que se presentan en todo el país fuesen menos serios y resultado de la imaginación¹⁹². Asimismo, se practica el racismo simbólico en la forma del “blackface” presente en el carnaval de Barranquilla, y en la imagen del soldado Micolta, que existió hasta el 2015¹⁹³. El personaje de “blackface” del soldado Micolta, interpretado por el comediante mestizo Roberto Lozano, era parte del programa de comedia de *Sábados felices* transmitido por el Canal Caracol, uno de los dos principales canales privados de Colombia¹⁹⁴. El retiro de este personaje se debió al cuestionamiento del mismo por parte de organizaciones afrocolombianas¹⁹⁵.

Por otra parte, existen estereotipos de las personas afrodescendientes en Colombia como “alegres, bebedores, bailadores o rumberos”¹⁹⁶. Existen adicionalmente estigmas contra de las y los afrocolom-

188 Mosquera, *La Trata negrera y la esclavización*, 200.

189 Ibid.

190 Ibid., 201.

191 Ibid., 202.

192 Nick Morgan, “The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia”, en *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*, ed. Peter Wade, James Scorer, Ignacio Aguiló (London: University of London Press, 2019), 34, https://humanities-digital-library.org/index.php/hdl/catalog/view/cultures_anti-racism/87/238-1.

193 Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*, 324-327.

194 Morgan, “The antinomies of identity politics”, 26.

195 Ibid.

196 Mosquera, *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*, 334 y 335.

bianos que las y los definen como “delincuentes, ladrones, asesinos, malvados, criminales”¹⁹⁷. Todo lo anterior ha llevado a que históricamente se construyan prejuicios sociales en contra de las personas afrodescendientes en Colombia¹⁹⁸. A parte de las palabras, frases, estereotipos, y estigmas ya mencionados, otras frases que representan el racismo cotidiano en Colombia son las siguientes: “trabajando como negro para vivir como blanco”, “¡ah destino tan negro!”¹⁹⁹. En Cali se ha llegado a relacionar la contaminación del aire con la suciedad de la gente negra que vive en dicha ciudad²⁰⁰, y en el 2017 Maurice Armitage, alcalde de dicha ciudad para aquella época, asoció la violencia generada alrededor de partidos de fútbol con la presencia de más de un millón de personas afrodescendientes en la ciudad²⁰¹.

Pese al uso cotidiano estas expresiones racistas, las personas no consideran esas acciones discursivas como discriminatorias o racistas²⁰². Este tipo de lenguaje ofensivo también es reproducido en los medios de comunicación²⁰³. En consecuencia, las practicas racistas se sostienen en el tiempo y pasan inadvertidas considerándoseles como algo normal del día a día, ya que se asumen como “parte de la cultura y la idiosincrasia colombiana”²⁰⁴.

El autor Cesar Rodríguez Garavito sugiere que “como en los tratamientos psicológicos contra problemas de identidad individual, la solución a este mal de identidad colectiva comienza por superar el estado de negación”²⁰⁵. Una manera de empezar a generar las bases para un debate serio y educado al respecto es la efectiva implementación de la enseñanza de la cátedra sobre estudios afrocolombianos en los centros educativos del país²⁰⁶, la cual, como ya se indicó, se estableció en la Ley 70 de 1993 y se reglamentó mediante el Decreto 1122 de 1998. De igual manera, los medios de comunicación podrían contribuir a este debate, mediante la formación de sus periodistas sobre temas raciales para evitar que

197 Ibid., 338.

198 Ibid., 338 y 339.

199 Guerrero Rivera, “Racismo y discriminación en Colombia”, 32.

200 Hernandez, *Racial Subordination in Latin America*, 5.

201 Morgan, “The antinomies of identity politics”, 26.

202 Guerrero Rivera, “Racismo y discriminación en Colombia”, 32.

203 Ibid., 33.

204 Ibid.

205 Rodríguez Garavito, “A propósito de la semana de la afrocolombianidad, la pregunta es: ¿Colombia es un país racista?”.

206 Nilson Javier Obargón Marin, “La cátedra de estudios afrocolombianos: tensiones y limitantes”, *Revista Sum* (2015), <http://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/plumillaeducativa/article/view/830/2683>

en el ejercicio de su profesión caigan en el uso de estereotipos y expresiones inherentemente racistas²⁰⁷. Además, cuando se trate de debatir sobre temas raciales al igual que en los medios de comunicación²⁰⁸, sería necesario que las instituciones públicas o privadas inviten a personas formadas en estos temas, o que conozcan la realidad de la población negra del país. Claro, como se ha señalado a lo largo de este artículo, un rol crucial está en cabeza del Estado, el cual debe avanzar en la adopción de políticas que contribuyan a generar oportunidades específicas de desarrollo a favor de comunidades y personas afrodescendientes. Esto con el propósito de cerrar esa brecha de desigualdad racial y contribuir con ello a cambios de paradigmas e imaginarios que equiparan en muchos casos el ser negro(a) con ser pobre, ignorante, delincuente, perezoso, o hipersexual.

5. RACISMO EN PALABRAS COTIDIANAS Y SUS EFECTOS

En este acápite se analiza cómo el racismo, entendido como una ideología racial de un sistema social racializado, se concretiza a través del uso cotidiano del lenguaje racista y los impactos que éste tiene en las personas negras como integrantes de un grupo racializado. Los comentarios irrespetuosos de carácter racial en cualquier lugar, incluyendo a Colombia, hacen parte de ese sistema racista²⁰⁹. En este sentido, los insultos raciales son uno de los mecanismos más perversos mediante el que se expresan actitudes discriminatorias²¹⁰. Muchos insultos y actitudes hostiles en contra de personas negras tienen su sustento en sesgos implícitos, un racismo más sutil y a veces inconsciente²¹¹ que hace parte del sistema de creencias sociales y culturales²¹². Lo anterior conlleva a que quienes forman parte de la sociedad blanca-mestiza y que han sido influenciados por este sistema de creencias tengan actitudes racistas consciente o inconscientemente, incurriendo así en microagresiones verbales en contra de personas negras²¹³. La estigmatización basada en raza es un serio problema que enfrenta la humanidad. La pobreza es algo que se puede acabar, pero el color de la piel es una condición permanente²¹⁴, lo que significa que es muy difícil para una persona negra escapar a las implicaciones negativas de vivir en un

207 “La discriminación racial, ¿un problema en los medios de comunicación?”, *Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raízales y Palenqueras del Ministerio del Interior*, acceso el 12 de agosto de 2020, <https://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/la-discriminacion-racial-un-problema-en-los-medios-de-comunicacion>

208 Ibid.

209 Ta-Nehisi Coates, *We were eight years in power: An American Tragedy* (New York City: One World Publishing, 2017), 175.

210 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 179.

211 Gregory Parks y Jeffrey Rachlinski, “Critical understandings of the social science underpinnings of race and racism: Implicit Bias, Election 2008, and the Myth of a Postracial America”, en *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3^a ed; comp. Richarard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 197.

212 Davis, “Law as microaggression”, 187-196.

213 Ibid.

214 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 179.

sistema social racializado. Como lo indica Richard Delgado, el carácter inmutable del color de piel se compara adecuadamente con las circunstancias de las personas que tienen una desfiguración física irremediable²¹⁵. Es importante también tener presente que “el racismo designa la definición social negativa de un grupo por sus características físicas – por ejemplo, el color de su piel”²¹⁶. Por lo tanto, los sesgos implícitos pueden contribuir a un lenguaje racialmente ofensivo²¹⁷.

Los insultos racistas tienen impactos psicológicos, físicos, y profesionales en las personas destinatarias de estos o en quienes tienen que escucharlos en su cotidianidad²¹⁸. Además, el uso del lenguaje racista puede tener implicaciones políticas cuando son utilizados por autoridades públicas.

A) IMPACTOS PSICOLÓGICOS Y FÍSICOS DE LOS INSULTOS RACISTAS

Las implicaciones psicológicas de los insultos raciales se pueden observar en el hecho de que “los seres humanos [...] cuyas experiencias cotidianas les dicen que casi en ningún lugar en la sociedad son respetados y ofrecidos la dignidad y cortesía ordinaria que se da a otros, empiezan a dudar de su valor propio” y del valor de las comunidades a las que pertenecen²¹⁹. En esta línea, las poblaciones racializadas pueden desarrollar sesgos implícitos en contra de miembros de su propio grupo racial, con lo cual pueden llegar a creer y reforzar inconscientemente las frecuentes acusaciones de que son perezosos, ignorantes, sucios, y supersticiosos²²⁰. Debido a la acumulación de imágenes negativas, los y las integrantes enfrentan dos opciones destructivas. Por un lado, pueden terminar menospreciándose u odiándose a sí mismos, como se los exige el contexto cultural donde se encuentran; o por otro lado, perder su sentido de humanidad como tal, y considerarse como personas sin valor alguno²²¹. La respuesta psicológica a esta realidad puede incluir sentimiento de humillación, aislamiento, y odio de sí mismo²²². En Colombia, “las principales víctimas de la discriminación racial y el racismo son los miembros de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes”²²³, por lo que el lenguaje racista y discriminatorio tiene como blanco principal a estos grupos racializados.

215 Ibid.

216 Mosquera y Barcelos, *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, 16 y 17.

217 Parks y Rachlinski, “Implicit Bias, Election 2008, and the Myth of a Postracial America”, 203.

218 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 179-186.

219 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 180.

220 Ibid.

221 Ibid.

222 Ibid.

223 Rodríguez Garavito, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU de 2009*, 7.

Las implicaciones psicológicas del racismo pueden generar que estas personas se vuelvan hipersensibles y anticipen el posible dolor que les puede causar la posibilidad de interactuar con quienes se consideran “normales”, y puede llegar hasta afectar su interacción con miembros de su propio grupo racial²²⁴. La estigmatización racial puede tener serios impactos psicológicos que se pueden manifestar en enfermedades mentales y psicológicas, o llevar al uso de drogas psicoactivas²²⁵. Las poblaciones racializadas no escapan a esta realidad aún si alcanzan un nivel socioeconómico elevado, ya que ellos y ellas no disfrutan el beneficio total de su estatus profesional debido al trato discriminatorio que reciben de otros continuándose así el ciclo de estrés psicológico, presión, y frustración²²⁶. Esta estigmatización también puede impactar como se ejerce la paternidad o maternidad, por lo que esos padres pueden terminar criando hijos o hijas con problemas de confianza, sin metas claras, y sin estabilidad emocional, generando que algunos se identifiquen con personas blancas como un mecanismo de defensa, aceptando el ser blanco como algo superior²²⁷.

En lo que respecta a efectos físicos, existe evidencia que los insultos racistas incrementan la presión arterial. El racismo hace que muchas personas negras mantengan una sensación de rabia contenida, que contribuye a que su presión cardíaca sea elevada²²⁸.

B) IMPACTOS DE LOS INSULTOS RACISTAS EN EL DESARROLLO PROFESIONAL

Los efectos psicológicos de la estigmatización racial también impactan las opciones para tener un buen desempeño en su carrera profesional o trabajo laboral²²⁹, debido a que esos efectos psicológicos negativos y acumulados hacen que las personas estigmatizadas tengan una carga adicional para competir en escenarios laborales²³⁰. Esto es preocupante en la medida que las dificultades para acceder o mantener un empleo se exacerban teniendo en cuenta que empleadores blancos, por sesgos implícitos, pueden estar inclinados a contratar personas blancas sobre personas negras con las mismas cualificaciones²³¹. Lo anterior como consecuencia de la percepción de que el potencial empleado blanco es

224 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 180.

225 Ibid.

226 Ibid.

227 Ibid., 180 y 181.

228 Ibid., 181.

229 Ibid.

230 Ibid.

231 Charles Lawrence III, “Structural Determinism: The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, en *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3ª ed; comp. Richard Delgado y Jean Stefancic (Philadelphia: Temple University Press, 2013), 321.

“más articulado, más apto para trabajar en equipo, más reflexivo, y más carismático”²³². Los incentivos económicos en el trabajo no son siempre sufrientes para superar esos efectos psicológicos negativos y acumulados, debido a que las personas estigmatizadas tienen una carga adicional para competir en escenarios laborales, ya que por mucho tiempo han sido “programadas para fracasar”²³³. De allí que el racismo puede ser percibido y utilizado por la sociedad blanca-mestiza como un medio útil para preservar ventajas o privilegios económicos a su favor²³⁴. A modo de ejemplo, en un estudio experimental que se realizó en Bogotá sobre discriminación en el trabajo se pudo establecer “que tener fenotipo afrodescendiente disminuye de manera significativa las probabilidades de conseguir una entrevista de trabajo, mientras que tener un fenotipo blanco las aumenta considerablemente”²³⁵. Como corolario de lo anterior, se puede inferir que las personas afrocolombianas, en el caso de Bogotá, tienen una probabilidad menor de ser llamadas a una entrevista laboral²³⁶, lo cual disminuye aún más las posibilidades de que puedan acceder al mercado laboral formal. Otro ejemplo ilustrativo lo constituye un proceso de contratación en la ciudad de Cali para vincular a una médica cirujana. En el marco de la convocatoria para el cargo se indicó expresamente que la médica a contratar debería ser “blanca”²³⁷. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el racismo contribuye a la consolidación de clases sociales, ya que afecta expectativas profesionales, la movilidad social y relaciones interraciales de integrantes de una población racializada, la sociedad debe tener un gran interés en suprimir estas prácticas²³⁸. Lo anterior es necesario en la medida de que las víctimas de insultos raciales no tienen muchas alternativas para lidiar con esta realidad. Una primera opción es que pueden terminar asumiendo la carga psicológica que generan esos insultos, y ver cómo lidian con su situación internamente. Otra opción es que reaccionen de manera agresiva, lo cual está prohibido, y puede generar mayores abusos²³⁹.

En línea con ese interés social por adoptar algunas medidas que, de cierta manera, contribuyan a suprimir conductas racistas, el 30 de noviembre del 2011 en Colombia se adoptó la Ley 1482. Mediante esta Ley se agregó al código penal un artículo para castigar “actos de racismo o discriminación”. Al respecto, a marzo de 2018, la Fiscalía General de la Nación indicó tener abiertas “737 investigaciones

232 Ibid.

233 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 180.

234 Ibid., 181 y 182.

235 César Rodríguez Garavito *et al.*, *La discriminación racial en el trabajo: un estudio experimental en Bogotá* (Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2013), 23, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_337.pdf

236 Ibid., 22.

237 “Oferta de trabajo resultó ser racista”, *Revista Semana*, 23 de julio de 2014, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/polemica-por-oferta-de-empleo-racista/396705-3>

238 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 181.

239 Ibid., 183 y 184.

por racismo o discriminación”²⁴⁰. Si bien esta Ley es importante porque manda un mensaje de prohibición sobre la comisión de este tipo de actos, esto no es suficiente para atender las causas del racismo estructural y cotidiano. Ello debido a que esta no es una norma pensada para atender la falta de acceso a oportunidades de las personas negras en Colombia, como si lo podrían ser normas que busquen la adopción de acciones afirmativas²⁴¹.

Otra manera que quizás puede ayudar a mejorar de alguna manera a largo plazo las conductas racistas cotidianas es una buena educación sobre la historia de la presencia negra en el país y su contribución a la construcción de la nación. De allí la importancia de una efectiva enseñanza de la cátedra sobre estudios afrocolombianos como un primer paso²⁴². Sobre este punto, se debería garantizar que exista un componente de formación sobre la contribución de las personas afrodescendientes de manera transversal en los currículos de enseñanza²⁴³. Sin embargo, hasta la actualidad dicha cátedra no ha sido implementada de manera efectiva por los centros de educación. La implementación de la enseñanza de la misma sería de gran pertinencia en el contexto colombiano, ya que una de las deficiencias de países como Colombia es que “no hay un reconocimiento de la otredad y se mira a lo diferente con miedo”²⁴⁴. Esto se ve reflejado particularmente en la ausencia de “una política educativa enfocada hacia el respeto de lo diferente, al autorreconocimiento de nosotros como seres humanos con igualdad de derechos”²⁴⁵.

En lo que respecta a los imaginarios racistas a partir del lenguaje que se utiliza, el escritor estadounidense Ossie Davis realizó una comparación de los sinónimos existentes en el diccionario de Roget para las palabras blanco y negro. Su conclusión fue “que de los 134 sinónimos de ‘blanco’, 44 tenían una connotación favorable y que de los 120 relacionados con ‘negro’, 60 eran claramente desfavorables y ninguno de ellos era positivo”²⁴⁶.

Si bien la solución de fondo de esta problemática es la adopción de políticas públicas para atender el

240 “En el país hay más de 700 investigaciones por racismo: Fiscalía”, *El País*, 2 de marzo de 2018, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.elpais.com.co/colombia/en-el-pais-hay-mas-de-700-investigaciones-por-racismo-fiscalia.html>.

241 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Colombia)*, 28 de agosto de 2009, CERD/C/COL/CO/14, 5.

242 Rodríguez Garavito, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU del 2009*, 81.

243 Obargón Marin, “La cátedra de estudios afrocolombianos: tensiones y limitantes”.

244 “¿Qué tan racista es su vocabulario? Sorpréndase con el resultado”, *El Tiempo*, 20 de septiembre de 2018, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/descubra-que-tan-racista-es-su-lenguaje-cotidiano-270650>.

245 Ibid.

246 Ibid.

racismo estructural que afecta a las personas y comunidades afrodescendientes en Colombia, “uno de los primeros pasos para luchar contra esta problemática es reconocer cuándo se está cometiendo un acto discriminatorio”²⁴⁷.

C) IMPLICACIONES DEL LENGUAJE RACISTA UTILIZADO POR AUTORIDADES PÚBLICAS

El lenguaje racista no es solamente utilizado por individuos en la cotidianidad, sino que también las personas en posiciones de poder o liderazgo reproducen palabras o frases de estigmatización racial. Por ejemplo, un diputado de la Asamblea departamental de Antioquia dijo que “la plata que uno le mete al Chocó es como meterle perfume a un bollo [o estiércol]”²⁴⁸. Para comprender lo doloroso de esa expresión, es necesario tener en cuenta que el Chocó es uno de los departamentos más empobrecidos de Colombia, cuya población es mayoritariamente negra. Un concejal de Marsella, departamento de Risaralda, expresó que “los desplazados, negritudes e indígenas, son tres cánceres que tiene el Gobierno Nacional y el mundo”²⁴⁹. El exministro del Interior Sabas Pretelt le preguntó a alguien interesado en visitar al departamento del Chocó ¿para qué vas a Chocó, si allá solo hay negros y mosquitos?”²⁵⁰. Laureano Gómez (presidente de Colombia entre 1950 y 1951), en 1928 indicó que “el predominio de los negros en una nación la condena al desorden y la inestabilidad política y económica”²⁵¹. Otro expresidente, Gustavo Rojas Pinilla, señaló que “el pueblo chocono es una especie de minusválido e incompetente que requeriría ser desmembrado y entregado a los departamentos vecinos”²⁵². En este mismo sentido, el actual ministro de Hacienda, en su calidad de ministro de la misma cartera bajo el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) dijo que el “Chocó es una carga para el país”²⁵³.

De igual manera, María Fernanda Cabal, una Senadora de la Republica, indicó lo siguiente:

“En el mundo ideal lo mejor sería vivir con el grado de solidaridad de los indígenas, todos

247 Ibid.

248 “La plata que uno le mete al Chocó es como meterle perfume a un bollo”, *El Espectador*, 8 de mayo de 2012, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.elspectador.com/noticias/nacional/plata-uno-le-mete-al-choco-meterle-perfume-un-bollo-articulo-344843>.

249 “Esto fue lo que dijo el concejal condenado por racismo”, *Revista Semana*, 28 de noviembre de 2014, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/condena-en-racismo-por-colombia-lo-que-dijo-fernando-delgado/410546-3>.

250 Rodrigo Urrego Bautista, “Chocó perdona, pero exige castigo”, *Revista Semana*, 15 de mayo de 2012, acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/politica/articulo/choco-perdona-pero-exige-castigo/257984-3>.

251 Ibid.

252 Ibid.

253 Ibid.

son participativos y colaboradores. Con la comunidad negra es más difícil porque ha vivido un desarraigo de 500 años y cuando uno de ellos tiene poder, lo quiere sólo para él. Mira la historia de los alcaldes del Chocó, están presos. Si uno los pone a trabajar se agarran de las greñas. Ellos sí tiene[n] sentido de la propiedad, no quieren soltarse de las cosas porque vienen de no tener nada”²⁵⁴.

Lo anterior implica que “autoridades públicas colombianas incumplen [...] su deber de no promover la discriminación racial”²⁵⁵. Esta forma de pensar y ver a las personas y comunidades afrodescendientes por parte de líderes políticos es perturbadora. Ello, debido a que podría considerarse que esas ideas, que hacen parte de ese sistema ideológico de racialización social, pueden influir en esa falta de interés histórico por adoptar políticas públicas que busquen atender las necesidades de la población afrocolombiana²⁵⁶. En efecto, “la prevalencia de actitudes racistas y estereotipos negativos”²⁵⁷ constituyen uno de los obstáculos para alcanzar una igualdad racial material y garantizar acceso a oportunidades²⁵⁸. De allí que no es una casualidad que el índice de necesidades básicas insatisfechas (NBI) muestre que en un departamento como el departamento del Chocó, habitado mayoritariamente por personas negras, “el 79% de los hogares carecen de algunos servicios incluidos en ese indicador”²⁵⁹. Además, el Producto Interno Bruto (PIB) per cápita en el Chocó entre 1990 y el 2004 fue en promedio equivalente “al 40% del PIB per cápita colombiano y el 26% del estimado para Bogotá”²⁶⁰, realidad que persiste en la actualidad²⁶¹.

Las expresiones estigmatizantes provenientes de personas en posición de liderazgo, y muchas otras utilizadas por la ciudadanía en la cotidianidad, son problemáticas y deberían ser erradicadas del vocabulario cotidiano. Lo anterior, debido a que esas expresiones “refuerzan estereotipos negativos sobre

254 “Denuncian a congresista Cabal por declaraciones sobre comunidades Afro”, *Canalrcn.com*, 17 de octubre de 2014, acceso el 24 de junio de 2020, <https://noticias.canalrcn.com/nacional-justicia/denuncian-congresista-cabal-declaraciones-comunidades-afro>.

255 Rodríguez Garavito, *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU* del 2009, 29.

256 Leonardo Reales Jiménez, “Racismo y políticas públicas en Colombia. El caso afrocolombiano (1991-2005)”, acceso el 12 de agosto de 2020, 1-16, http://portail-eip.org/SNC/EIPColombia/2005/afro_colombiens/Racismo.pdf

257 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Durban: Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, 26.

258 Ibid.

259 Jaime Bonet, “¿Por qué es pobre el Chocó?”, *Banco de la República de Colombia*, mayo de 2007, acceso el 24 de abril de 2020, <https://publicaciones.banrepultural.org/index.php/emisor/article/view/7811/8190>

260 Ibid.

261 “Necesidades básicas insatisfechas (NBI)”, *Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE*, 2018, acceso el 24 de abril de 2020 <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/necesidades-basicas-insatisfechas-nbi>

las personas afrodescendientes al relacionar el tono de piel con actitudes no tan positivas, [y] también imposibilitan visibilizar lo que [...] [han aportado y pueden] aportar a la construcción de sociedad”²⁶². Ello justifica la importancia de que la sociedad como un todo y los individuos que la componen estén al tanto de que el lenguaje racista cotidiano fue construido en contextos históricos racistas. La amplia utilización contemporánea de lenguaje racista tiene impactos en la psiquis y percepción del mundo no tan sólo de quienes lo usan pero de quienes son destinatarios. En particular, esto tiene el efecto de profundizar y perpetuar este código de valores racistas en la población mestiza y/o blanca, y hasta en los mismos grupos racializados que terminan creyendo que son merecedores de dicho trato racista, y pueden llegar a reproducirlo dentro de su grupo racial. También es importante estar muy consciente de que este lenguaje tiene implicaciones negativas de índole psicológico, físico, profesional, y políticas en las vidas de personas racialmente estigmatizadas como las personas negras en Colombia.

No obstante, los efectos psicológicos, físicos, profesionales, y políticos de los insultos racistas no son algo que se limitan a un plan estrictamente individual, sino que se traducen en una exacerbación del racismo estructural en detrimento de los individuos que pertenecen a un grupo racializado. Los impactos psicológicos y físicos afectan de manera negativa la salud de los individuos de estas comunidades, quienes en su mayoría habitan lugares con sistemas de salud deficientes. De igual manera, los impactos en el crecimiento personal pueden contribuir a que esa brecha económica entre los integrantes de grupos racializados, como la población negra en Colombia, y personas que hacen parte de la sociedad mestiza y/o blanca sea mucho más amplia. El pensamiento racista de las autoridades públicas, que se manifiesta a través de su lenguaje, puede contribuir a que no se prioricen o fortalezcan políticas públicas pertinentes y necesarias para el avance de la población afrocolombiana.

Muchas de las expresiones racialmente estigmatizantes tienen sinónimos más neutrales que permiten expresar ideas sin correr el riesgo de que el vocabulario que se utiliza sea percibido como hiriente. Por ejemplo, en lugar de decir “mercado negro” se puede decir “mercado irregular o ilegal”, en lugar de decir “día negro” se puede decir que “día tan difícil”, en lugar de decir “trabajar como negro(a)” se puede decir trabajar duro o con juicio o en lugar de decir “aguas negras” se puede decir aguas residuales. Estos son sólo algunos ejemplos que pueden servir como punto de partida para reflexionar de manera individual, a fin de repensar y quizás reajustar el uso de expresiones cotidianas que tienen connotaciones racistas que han sido construidas durante siglos. Este cambio discursivo podría ser importante para hacer frente a los insultos raciales, los cuales son uno de los mecanismos más perversos mediante el que se expresan actitudes discriminatorias²⁶³. Teniendo en cuenta los impactos, físicos, psicológicos, y profesionales que puede tener en las personas negras el ser objeto de lenguaje racista en su día a

262 “¿Qué tan racista es su vocabulario? Sorpréndase con el resultado”.

263 Delgado, “Words that wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling”, 179-186.

día como manifestación del racismo estructural²⁶⁴, es plausible argumentar que un cambio discursivo podría contribuir a disminuir esos impactos negativos del racismo en la cotidianidad.

Como se señaló en la sección anterior, el debate o diálogo sobre racismo debe ser promovido desde la institucionalidad. Primero, a través de la adopción de políticas públicas orientadas a resolver el problema de racismo estructural en detrimento de las personas negras. Como ya se ha indicado, algunas medidas que podrían contribuir a esto es la adopción de políticas de acciones afirmativas que garanticen que las personas negras en Colombia tengan un acceso real a oportunidades, y con ello cerrar esas brechas de inequidad racial, siguiendo el ejemplo de países como Brasil²⁶⁵. Otra labor del Estado debe ser promover la generación de condiciones, espacios, e incentivos para que a nivel nación se tenga un debate serio y constructivo sobre raza y racismo. Este diálogo o debate nacional posibilitaría el reconocimiento de los privilegios que las personas blancas y/o mestizas tienen en este país por el color de su piel y las desventajas que las personas negras enfrentan por su pigmentación²⁶⁶.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En los discursos cotidianos no se debe perder de vista los contextos históricos y sociológicos que posibilitaron la construcción de sesgos implícitos y con ello la normalización del lenguaje racista. Este lenguaje ha pasado de manera, muchas veces inadvertida, de generación en generación hasta constituirse en parte del vocabulario cotidiano.

El lenguaje racista es una consecuencia inherente del racismo estructural en Colombia. Este lenguaje estigmatizante tiene impactos psicológicos, físicos, en los prospectos de crecimiento profesional de las personas negras, y parecería que puede incidir en la toma de decisiones políticas en el contexto de una sociedad racializada como la colombiana. Sin embargo, uno de los principales problemas que enfrenta la sociedad colombiana es el negacionismo del racismo estructural y cotidiano, sustentado en el mito de la nación mestiza. Para superar este negacionismo, se necesita con urgencia, tener un diálogo nacional honesto, abierto, y profundo sobre esta problemática. El Estado y la sociedad como un todo deben empezar a adoptar, con urgencia, medidas proactivas para atender este racismo *de facto*, a fin de cumplir de manera material o real con esos postulados constitucionales de que el “Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”²⁶⁷ y de que se es una

264 Ibid., 179.

265 Simon Romero, “Brasil Enacts Affirmative Action Law for Universities”, *The New York Times*, 30 de agosto de 2010, acceso el 12 de agosto de 2020, https://www.nytimes.com/2012/08/31/world/americas/brazil-enacts-affirmative-action-law-for-universities.html?_r=0.

266 Peter Wade, “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica”, 33.

267 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 7.

nación “fundada en el respeto de la dignidad humana”²⁶⁸. Hasta que no se tenga un debate de país serio y no se adopten medidas especiales de fondo para atender esta realidad agobiante, a fin de alterar los paradigmas en que se sustenta la estigmatización racial, la situación de exclusión social de las personas negras persistirá y los sesgos racistas implícitos seguirán latentes. Así, de no tomarse medidas proactivas, expresiones racistas como las de dirigentes políticos, deportistas de alto rendimiento como Sofía Gómez Uribe (campeona mundial de apnea)²⁶⁹, y de la ciudadanía blanca y/o mestiza en general seguirán siendo microagresiones verbales normalizadas en la sociedad colombiana. No obstante, es importante destacar que los movimientos sociales negros se han estado organizando para hacer frente a la realidad del racismo en Colombia²⁷⁰.

En virtud de todo lo anterior, a continuación, se realizan algunas sugerencias de medidas que podrían sentar las bases para empezar a reducir esa inequidad racial y, con ello, contribuir a desmontar del imaginario colectivo estereotipos y estigmas raciales en contra de personas negras en Colombia:

1. Adoptar medidas de reparación para atender la deuda historia del país para con la población negra. Estas medidas pueden adoptarse en la forma de acciones afirmativas y/o ley de cuotas para acceso a educación, empleo, y vivienda. Además, el Estado podría implementar programas de inversión pública en territorios con una presencia significativa de personas negras, a fin de construir vías de comunicación, escuelas, hospitales, acueductos, alcantarillados, redes que permitan la interconexión eléctrica, entre otras obras de infraestructura que permitan garantizar el ofrecimiento de servicios públicos esenciales como la educación, cuidados de salud física y mental, acceso a agua potable, electricidad, y transporte.
2. Fortalecer y establecer mecanismos institucionales para obtener información estadística desagregada por raza, género, edad, y ubicación geográfica de la población negra en Colombia, a fin de contar con mayores insumos para la adopción de políticas públicas a su favor.
3. Implementar la cátedra de estudios afrocolombianos en los centros de educación del país. Esta sería una medida que permitiría formar a los y las estudiantes del país sobre la historia de la presencia de las personas negras en Colombia y su contribución a la construcción de la nación. Esto de igual manera permitiría sentar las bases para tener un diálogo nacional informado sobre raza y racismo. No obstante, lo ideal sería que la formación sobre la contribución de las personas afrodescendientes a la construcción de la nación se enseñase de manera

268 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 1.

269 La campeona mundial de apnea cuya historia relate en el acápite de introducción de este texto.

270 Peter Wade, “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica”, 32-33.

transversal en los currículos académicos.

4. Generar espacios permanentes en la academia, medios de comunicación, y escenarios políticos donde se debatan de manera constructivas las inequidades raciales del país, y las implicaciones de esto en las condiciones de vida de las personas afrodescendientes en Colombia.
5. Fortalecer políticas públicas que impulsen campañas a nivel nacional y regional sobre el valor y la riqueza de la población negra del país, así como la necesidad de deconstruir esos imaginarios y lenguaje racista.

Todas las anteriores recomendaciones serían pasos iniciales para atender el racismo estructural. Es imperativo que el Estado y la sociedad adopten medidas concretas para contrarrestar el sistema social de racialización en Colombia, debido a que esta es la causa estructural de un sinnúmero de vulneraciones a derechos humanos y fundamentales de las personas negras. Sobre el particular, una de las formas como se manifiesta este sistema de opresión racial es a través del uso de discursos o lenguajes racistas en la cotidianidad. En consecuencia, teniendo en cuenta las herramientas legales y de políticas públicas disponibles, el Estado y la sociedad colombiana deben actuar de manera decidida para desmontar el actual sistema de estratificación racial, y así generar las condiciones para avanzar hacia la construcción de una sociedad racialmente equitativa, donde prime el respeto por la dignidad humana.

REFERENCIAS

“Abuso policial y discriminación racial hacia afrodescendientes: Estudio de caso en las localidades de Usme y Kennedy De Bogotá, D.C. (Bogotá, 2020)”. *ILEX -Acción Jurídica*, 36 y 37. <https://www.ilexaccionjuridica.org/wp-content/uploads/2020/06/Abuso-Policial-Final-web.pdf>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Oficina en Colombia. *Declaración y Programa de Acción de Durban: Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A., 2002. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf

Andrews, George Reid. “Inequality: Race, Class, Gender”. En *Afro-Latin America Studies*. Comp por Alejandro de la Fuente y George Reid Andrews, 52-82. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2018.

“Apneista Sofía Gómez pidió perdón por polémicos tuits de hace años”. *El Tiempo*, 12 de febrero de 2020. Acceso el 18 de abril de 2020, <https://www.eltiempo.com/cultura/gente/sofia-gomez-pidio-perdon-por-publicaciones-calificadas-de-racistas-461424>

Arenas, Juan Fernando. “Solo el 3% de los afrocolombianos termina el ciclo universitario”. *El Mundo Com*, 12 de octubre de 2012, acceso el 20 de abril de 2020. https://www.elmundo.com/portal/vida/educacion/solo_el_3_de_los_afrocolombianos_termina_el_ciclo_universitario.php#.XlSQdqgzaUk.

Arias, Julio y Eduardo Restrepo, “Historizando raza: propuestas conceptuales y metodológicas”, *Crítica y Emancipación*, no. 3 (2010): 45-64. <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/historizando%20raza.pdf>.

“Bajo una pigmentocracia”. *El Espectador*, 28 de marzo de 2012, acceso el 20 de abril de 2020. <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/bajo-una-pigmentocracia-articulo-335126>.

Balanta Moreno, Xiomara Cecilia *et al*, “El enfoque étnico-racial en la Jurisdicción Especial para la Paz: una mirada desde el estudio de casos de la Sala de Amnistía o Indulto”. En *La JEP vista por sus jueces*, ed. comp. Danilo Rojas Betancourth, 517-545. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020. <https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf>

Bell, Derrick. “Racial Realism”. *Connecticut Law Review* 24, no. 2 (1997): 363-379.

Bennett Jones, Owen. “Elecciones en Haití: ¿por qué el país más pobre de América no levanta cabeza?”. *BBCNews*, 9 de agosto de 2015. Acceso el 25 de junio de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150807_america_latina_haiti_elecciones_comunidad_internacional_lav.

Bonilla-Silva, Eduardo. “Rethinking Racism: Toward a Structural Interpretation”. *American Sociological Review* 62, no. 3 (1997): 465-480.

Bonilla-Silva, Eduardo. “From bi-racial to tri-racial: Towards a new system of racial stratification in the USA”. *Ethnic and Racial Studies* 27, no. 6 (2004): 931-950. Doi: <https://doi.org/10.1080/0141987042000268530>.

Burgos Cantor, Roberto, ed. *Rutas de Libertad: 500 años de travesía*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

Coates, Ta-Nehisi. *We were eight years in power: An American Tragedy*. New York City: One World Publishing, 2017.

Constitución Política de Colombia.

Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999. Capítulo XI.

Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en Las Américas*, 5 de diciembre de 2011. Párr. 81-102.

Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *Informe Anual de 2019: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe Verdad, Justicia y Reparación: Quinto Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 2019.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Colombia)*, 28 de agosto de 2009, CERD/C/COL/CO/14, 5.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 9.

Comité de Derechos Humanos. *Observación General 18: No discriminación*, 1989, párr. 9.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-931 del 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-955 del 17 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 del 17. M.P. Alberto Rojas Ríos.

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*, no.1 (1989): 139-167.

Davis, Peggy C. "Law as microaggression". En *Critical Race Theory: The Cutting Edge 3^a ed.* Editado por Richard Delgado y Jean Stefancic. 189. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

Decreto 1745 de 1995, 12 de octubre de 1995. Por el cual se reglamenta el capítulo III de la ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 42.049.

Decreto 1122 de 1998, 18 de junio de 1998. Por el cual se expiden normas para el desarrollo de la Cátedra de Estudios Afrocolombianos, en todos los establecimientos de educación formal del país y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 43.325. Artículo 1.

Decreto 4635 de 2011, 9 de diciembre de 2011. Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Diario oficial 48.278 Artículo 18.

Delgado, Juan. “Cómo evitar que el coronavirus profundice la desigualdad racial en Colombia”. *The New York Times*, 29 de abril de 2020. Acceso el 12 de agosto de 2020. <https://www.nytimes.com/es/2020/04/29/espanol/opinion/coronavirus-afrodescendientes-colombia.html>.

Delgado, Richard. “Words that wound: A tort action for racial insults, epithets, and name-calling”. En *Critical Race Theory: The Cutting Edge 3^a ed.* Editado por Richard Delgado y Jean Stefancic, 179-186. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

Eltis, David. “Breve Panorámica del Comercio trasatlántico de esclavos”, 2007, acceso 24 de junio de 2020, <https://www.slavevoyages.org/voyage/essays#interpretation/a-brief-overview-of-the-trans-atlantic-slave-trade/early-slaving-voyages/3/es/>.

“Denuncian a congresista Cabal por declaraciones sobre comunidades Afro”. *Canalrcn.com*, 17 de octubre de 2014. Acceso el 24 de junio de 2020. <https://noticias.canalrcn.com/nacional-justicia/denuncian-congresista-cabal-declaraciones-comunidades-afro>.

“En el país hay más de 700 investigaciones por racismo: Fiscalía”. *El País*, 2 de marzo de 2018. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.elpais.com.co/colombia/en-el-pais-hay-mas-de-700-investigaciones-por-racismo-fiscalia.html>.

“Esto fue lo que dijo el concejal condenado por racismo”. *Revista Semana*, 28 de noviembre de 2014. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/condena-en-racismo-por-colombia-lo-que-dijo-fernando-delgado/410546-3>.

Gracia, Sandra. “Fight Against Colorism Takes On Amazon: Beauty ‘Cannot Be One Skin Color’”. *The New York Times*, 7 de diciembre de 2019. Acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.nytimes.com/2019/12/05/us/colorism-amazon-skin-lightning-bleaching.html>.

Ferreira, Roquinaldo y Tatiana Seijas. “The Slave Trade to Latin America: A Historical Assessment”. En *Afro-Latin America Studies*; comp. Alejandro de la Fuente y George Reid Andrews. 27-44. Estados Unidos: Cambridge University Press, 2018.

Frisancho, Jorge. “La Falacia Del ‘Racismo Inverso’”. *Red Internacional de Estudios Interculturales*. Acceso el 8 de mayo de 2020, <https://red.pucp.edu.pe/ridei/noticias/la-falacia-del-racismo-inverso/>.

Gotanda, Neil. “Critique of Liberalism: A Critique of ‘Our Constitution is Color-Blind’”. En *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3^a ed. Editado/compilado por Richard Delgado y Jean Stefancic, 35-37. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

Guerrero Rivera, Javier. “Esbozos de un proyecto en curso: Racismo y discriminación en Colombia”. *Revista Interacción* 11 (2012): 35. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/interaccion/article/view/2254/1718>.

Haney López, Ian F. “The social construction of race”. En *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3^a ed. Editado por Richard Delgado y Jean Stefancic, 243. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

Lawrence Henry, Jr., Kevinand Warren, Chezare. “The Evidence of Things Not Seen? Race, Pedagogies of Discipline, and White Women Teachers”. En *White Women’s Work: Examining the Intersectionality of Teaching, Identity, and Race*. Editado por Stephen D. Hancock y Chezare A. Warren. Charlotte: Information Age Publishing, 2016.

Hernández, Tanya Katerí. “Hate speech and the language of racism in Latin America: A lens for reconsidering global hate speech restrictions and legislation models”. *Journal of International Law* 32, no.3 (2011): 805-841.

Hernández, Tanya Katerí. *Racial Subordination in Latin America: The Role of the State, Customary Law, and the New Civil Rights Response*. New York: Cambridge University Press, 2013.

Bonet, Jaime. “¿Por qué es pobre el Chocó?”. *Banco de la República de Colombia*, mayo de 2007. Acceso

el 24 de abril de 2020, <https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/emisor/article/view/7811/8190>.

Lawrence III, Charles R. “Structural Determinism: The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”. En *Critical Race Theory: The cutting Edge* 3^a ed. Editado/compilado por Richard Delgado y Jean Stefancic, 321. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

“La plata que uno le mete al Chocó es como meterle perfume a un bollo”. *El Espectador*, 8 de mayo de 2012. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/plata-uno-le-mete-al-choco-meterle-perfume-un-bollo-articulo-344843>

Ley 70 de 1993, 27 de agosto de 1993. Por la cual se desarrollo el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario oficial.

Ley 1482 de 2011, 30 de noviembre de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Diario oficial 48.270. Artículo 1.

Ministerio de Cultura de Colombia. *Afrocolombianos, población con huellas de africanía*, 2010. <https://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20comunidades%20negras%20y%20afrocolombianas.pdf>.

Ministerio del Interior de la Republica de Colombia. “El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado”, 10, https://gapv.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_enfoque_diferencial_fin_1.pdf

Ministerio de Salud de Colombia. *Encuesta nacional de salud 2007-Resultados por departamento: Chocó*. (2009). 1-50, <https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/Choc%C3%B3.pdf>

Morgan, Nick. “The antinomies of identity politics: neoliberalism, race and political participation in Colombia”. En *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*. Editado por Peter Wade, James Scorer, Ignacio Aguiló, 25-47. London: University of London Press, 2019.

Mosquera, Claudia y Luiz Claudio Barcelos. *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. <http://www.bdigital.unal.edu.co/1237/2/01PRELO1.pdf>.

Mosquera, Claudia *et al.* *Afrodscendientes en las américas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002. <http://www.bdigital.unal.edu.co/1238/2/01PRELO1.pdf>.

Mosquera, Sergio Antonio. *La Trata negrera y la esclavización: Una perspectiva histórico-psicológica*. Bogotá: Fundación Social Afrocolombiana Muntú Bantú, 2017.

Mosquera, Sergio Antonio. *Negro ni mi caballo: Historia del racismo en Colombia*. Bogotá: Fundación Social Afrocolombiana Muntú Bantú, 2020.

Munera, Alfonso, *El fracaso de la nación: Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*. Bogotá: Banco de la República-El Áncora Editores, 1998. <https://rodrigomorenog.files.wordpress.com/2014/12/mc3banera-ei-fracaso-de-la-nacic3b3n-regic3b3n-clase-y-raza-en-el-caribe-colombiano-1717-1821.pdf>.

“Necesidades básicas insatisfechas (NBI)”. *Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE*, 2018. Acceso el 24 de abril de 2020 <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/necesidades-basicas-insatisfechas-nbi>.

“Oferta de trabajo resultó ser racista”. *Revista Semana*, 23 de julio de 2014. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/polemica-por-oferta-de-empleo-racista/396705-3>.

Obargón Marin, Nilson Javier “La cátedra de estudios afrocolombianos: tensiones y limitantes”, *Revista Sum* (2015). <http://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/plumillaeducativa/article/view/830/2683>.

Olaya Requene, Angela Yesenia, “Discursos y representaciones racistas hacia la región pacífico y comunidades afrocolombianas”. En *Afrodscendencias: voces en resistencia*. Editado por Rosa Campoalegre Septien, 289-307. Buenos Aires: CLACSO, 2018. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20180712070816/Afrodscendencias.pdf>.

Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 169 de 1989: Sobre pueblos indígenas y tribales*, 27 de junio de 1989.

Parks, Gregory S., y Jeffrey J. Rachlinski. “Critical understandings of the social science unerpinnings of race and racism: Implicit Bias, Election 2008, and the Myth of a Postracial America”. En *Critical Race Theory: The cutting Edge 3ª ed.* Editado/compilado por Richarard Delgado y Jean Stefancic. 197. Philadelphia: Temple University Press, 2013.

Resolución 217 A (III) de la Asamblea Genera de las Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 10 de diciembre de 2008.

“¿Qué tan racista es su vocabulario? Sorpréndase con el resultado”. *El Tiempo*, 20 de septiembre de 2018. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/descubra-que-tan-racista-es-su-lenguaje-cotidiano-270650> .

Quijano, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Editado por CLACSO, 777-832. Buenos Aires: CLACSO, 2014. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>

Reales Jiménez, Leonardo. “Racismo y políticas públicas en Colombia. El caso afrocolombiano (1991-2005)”. 1-16. Acceso el 12 de agosto de 2020, http://portail-eip.org/SNC/EIPColombia/2005/afro_colombiens/Racismo.pdf.

Resolución 2106 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 21 de diciembre de 1965.

Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966.

Resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966. Este tratado fue ratificado por Colombia el 10 de octubre de 1969.

Resolución 447 (IX-O/79) de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, *Estatuto de la Comisión Americana de Derechos Humanos*, 31 de octubre de 1979.

Restrepo, Eduardo. “El negro en un pensamiento colonial del siglo XVII: diferencia, jerarquía y sujeción sin racialización”. En *Genealogías de la diferencia: tecnologías de la salvación y representación*

- de los africanos esclavizados en Iberoamérica colonial*. ed. María Eugenia Chaves Maldonado, 118-176. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar; Abya-Yala, 2009.
- Restrepo, Eduardo. “Racismo y discriminación”. *Red de Antropologías del Mundo – World Anthropologies Network* (2008). <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/racismo.pdf>
- Rincón Villamizar, Héctor Iván, y Jorge Luis Escobar Ortiz. “IDH y PIB en Colombia: un análisis de convergencia departamental”. *Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Universidad Católica de Colombia* (2019). <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23858/1/IDH%20y%20PIB%20en%20Colombia%2C%20un%20an%C3%A1lisis%20de%20convergencia%20departamental.pdf>.
- Rodríguez Garavito, César. “A propósito de la semana de la afrocolombianidad, la pregunta es: ¿Colombia es un país racista?”. *DeJusticia*, 25 de mayo de 2007. Acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.dejusticia.org/a-proposito-de-la-semana-de-la-afrocolombianidad-la-pregunta-es-colombia-es-un-pais-racista/>.
- Rodríguez Garavito, Cesar, Juan Camilo Cárdenas, Juan David Oviedo, y Sebastián Villamizar. *La discriminación racial en el trabajo: un estudio experimental en Bogotá*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-DEJUSTICIA. 2013. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_337.pdf.
- Rodríguez Garavito, César e Isabel Cavellier Adarve, eds. *Discriminación racial en Colombia: informe alterno ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU del 15 de mayo de 2009*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_206.pdf
- Rodríguez Garavito, César. “Discriminación racial y étnica: La pigmentocracia colombiana. Proyecto sobre Etnicidad y Raza en América Latina”. *El Espectador*, 5 de marzo de 2012. Acceso el 20 de abril de 2020, <https://www.elespectador.com/opinion/la-pigmentocracia-colombiana-columna-330506>.
- Romero, Simon. “Brasil Enacts Affirmative Action Law for Universities”. *The New York Times*, 30 de agosto de 2010. Acceso el 12 de agosto de 2020, https://www.nytimes.com/2012/08/31/world/americas/brazil-enacts-affirmative-action-law-for-universities.html?_r=0.

Silva Numa, Sergio. “Colombia tiene una deuda histórica con el Pacífico”: Peter Wade, antropólogo británico. *El Espectador*, 26 de octubre de 2017. Acceso el 19 de abril de 2020, <https://www.elespectador.com/noticias/ciencia/colombia-tiene-una-deuda-historica-con-el-pacifico-peter-wade-antropologo-britanico-articulo-720076>.

“Solo el 22 % de los colombianos tiene un título universitario,” *El Tiempo*, September, 11, 2018 : [https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-ocde-asegura-que-solo-el-22-por-ciento-de-los-colombianos-tienen-un-titulo-universitario-266796#:~:text=La%20cifras%20aseguran%20que%20solo,en%20el%2038%20por%20ciento.&text=\(23%20por%20ciento\)%20y%20M%C3%A9xico%20\(17%20por%20ciento\)](https://www.eltiempo.com/vida/educacion/la-ocde-asegura-que-solo-el-22-por-ciento-de-los-colombianos-tienen-un-titulo-universitario-266796#:~:text=La%20cifras%20aseguran%20que%20solo,en%20el%2038%20por%20ciento.&text=(23%20por%20ciento)%20y%20M%C3%A9xico%20(17%20por%20ciento)).

Tellez, Edward. *Pigmentocracies: Ethnicity, Race, and Color in Latin America*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2014.

“The World Bank In Haiti”. *The World Bank Group*. Acceso 25 de junio de 2020, <https://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>.

Tovar Pinzón, Hermes. “La manumisión de esclavos en Colombia, 1809- 1851, Aspectos sociales, económicos y políticos”. *Red Cultural del Banco de la República en Colombia*. Acceso el 14 de junio de 2020, <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-59/la-manumision-de-esclavos-en-colombia-1809-1851>.

Urrego Bautista, Rodrigo. “Chocó perdona, pero exige castigo”. *Revista Semana*, 15 de mayo de 2012. Acceso el 24 de abril de 2020, <https://www.semana.com/politica/articulo/choco-perdona-pero-exige-castigo/257984-3>.

Viáfara López, Carlos Augusto. “Movilidad social intergeneracional de acuerdo al color de la piel en Colombia”. *Revista sociedad y economía*, no. 33 (2017): 279. <http://www.scielo.org.co/pdf/soec/n33/1657-6357-soec-33-00263.pdf>

Vivas, Julián. “El ‘error’ del Dane que borró del mapa a 1,3 millones de afros”. *El Tiempo*, 25 de noviembre de 2019. Acceso el 12 de agosto de 2020, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-error-del-dane-que-borro-del-mapa-a-1-3-millones-de-afros-436936#:~:text=Omitir%20una%20pregunta%20en%20el,califiquen%20de%20'genocidio%20estad%C3%ADstico>.

Viveros Vigoya, Mara. “Discriminación racial, intervención social y subjetividad. Reflexiones a partir de un estudio de caso en Bogotá”. *Revista de Estudios Sociales* (2007): 106-121. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/20003>.

Wade, Peter, James Scorer, e Ignacio Aguiló, “Introduction: Latin American and Caribbean racisms in global and conceptual context”. En *Cultures of Anti-Racism in Latin America and the Caribbean*. Editado por Peter Wade, James Scorer, Ignacio Aguiló, 1-23. London: University of London Press, 2019.

Wade, Peter. “Estudios afrodescendientes en Latinoamérica: racismo y mestizaje”, *Tabula Rasa. Bogotá - Colombia*, no. 27 (2017): 23-44. Acceso el 12 de agosto de 2020, <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n27/1794-2489-tara-27-00023.pdf>.

Wade, Peter. *Raza y Etnicidad en Latinoamérica*. Quito: Ediciones ABYA-YALA, 2000. https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=abya_yala.

Williams, Eric. *Capitalism and Slavery*. Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1994.

LAS MUJERES EN EL FÚTBOL PROFESIONAL: LA DIFÍCIL CARRERA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

GABRIELA HERNÁNDEZ YORI*

Recibido: 15 de abril de 2020. Aceptado: 28 de mayo de 2020.

RESUMEN

El derecho a la igualdad, desde la perspectiva de género ha sido objeto de diferentes debates en el último siglo. No obstante, existen dinámicas y sectores en los que la igualdad de género no ha sido un asunto relevante, como es el caso del deporte, específicamente el fútbol. Este artículo pretende examinar el estado actual del fútbol femenino y la existencia de barreras para su profesionalización abarcando principalmente aquellas institucionales y culturales que han impedido consolidarlo como un igual ante su homólogo masculino y han imposibilitado la existencia de una igualdad material y la eliminación de la discriminación de género en la industria del fútbol.

PALABRAS CLAVE

Igualdad de género, estereotipos de género, fútbol, derecho del deporte.

* Abogada de la Universidad de los Andes y estudiante de la Especialización de Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad. Abogada en Dentons Cárdenas y Cárdenas trabajando como especialista legal para Microsoft Colombia. Correo electrónico: g.hernandez13@uniandes.edu.co

WOMEN IN PROFESSIONAL FOOTBALL: THE HARD RACE AGAINST DISCRIMINATION

GABRIELA HERNÁNDEZ YORI*

Received: april 15, 2020. Accepted: may 28, 2020.

ABSTRACT

The right to equality from a gender perspective has been subject of multiple debates over the last century. Notwithstanding, there are sectors in which gender equality hasn't been a relevant issue such as sports, specifically football. This paper aims to examine the current situation of women's football and the existence of barriers to its professionalization covering the institutional and cultural barriers that deter its consolidation as an equal of its male counterpart and have preclude the existence of a material equality and the abolition of gender discrimination on the football industry.

KEY WORDS

Gender equality, gender stereotyping, football, sports law.

* Lawyer from Universidad de Los Andes and currently studying a postgraduate degree in International Business Law. Lawyer in Dentons Cárdenas y Cárdenas working as a legal specialist for Microsoft Colombia. E-mail: g.hernandez13@uniandes.edu.co

El fútbol es uno de los deportes y espectáculos que mayor impacto tiene, y ha tenido, en la sociedad y en la economía mundial. Existen ejemplos históricos que demuestran cómo el fútbol ha influenciado coyunturas sociales y políticas como es el caso de la Guerra Civil de Costa de Marfil y el mundial de fútbol de 1978 celebrado durante la dictadura de Jorge Rafael Videla en Argentina.

La Guerra Civil de Costa de Marfil inició en septiembre de 2002 y se caracterizó por un violento conflicto entre la población nacionalista y cristiana y los habitantes musulmanes del norte “los rebeldes”. Tuvo su primer acercamiento a la reconciliación en 2005 cuando en el partido que clasificó a la selección de fútbol al Mundial de Alemania 2006, Didier Drogba, capitán de la selección y jugador de la Premier League, pidió el cese al fuego y elecciones libres frente a las cámaras que estaban transmitiendo el partido. Una semana después, los bandos enfrentados acordaron una tregua que se terminó de consolidar en el año 2007, después del partido de Costa de Marfil vs. Madagascar que, por iniciativa de Drogba, fue disputado en territorio de los bandos rebeldes⁰¹. Este ejemplo evidencia cómo el fútbol trasciende la concepción de un espectáculo de entretenimiento y se presenta como una actividad con capacidad suficiente para permear estructuras políticas y sociales.

Así mismo, el mundial de fútbol de Argentina de 1978 demuestra la incidencia del fútbol en la sociedad y como puede ser instrumentalizado para visibilizar o invisibilizar coyunturas políticas. En 1978 se inauguró el mundial en el Estadio Monumental de River Plate, en la ciudad de Buenos Aires con 70.000 asistentes que se encontraban a tan solo 700 metros de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), principal centro de tortura de la dictadura militar que atravesaba Argentina. Consecuencia además, del golpe de estado liderado por Jorge Rafael Videla. Durante el mes del mundial se registraron 50 desapariciones, además, existen crónicas que narran cómo el día de la final Argentina vs. Holanda los torturadores sacaron a algunos presos para mostrarles la indiferencia de las personas

01 Thomas Blanco. “Didier Drogba, el futbolista que detuvo una guerra civil” 22 de noviembre de 2018. *El Espectador*, Acceso 1 de junio de 2020. <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/didier-drogba-el-futbolista-que-detuvo-una-guerra-civil-articulo-857402/>

sobre su condición y su poca relevancia al encontrarse el país en la final de una Copa Mundo⁰².

Sobre su importancia económica, es posible considerarlo como uno de los negocios con mayor rentabilidad y movimiento de capital cada año. Por ejemplo, en junio de 2018 el valor de mercado de los primeros cinco equipos del mundo alcanzó un valor aproximado de 26.765 millones de dólares americanos (USD)⁰³, cifra que supera el Producto Interno Bruto de países como Colombia, Argentina y Chile. Adicionalmente, el fútbol como evento deportivo y social tiene una capacidad de convocatoria excepcional. Según cifras publicadas por la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), la audiencia registrada para la Copa del Mundo de Rusia 2018 fue equivalente a un total combinado de 3,572 millones de personas, es decir, aproximadamente la mitad de la población mundial⁰⁴.

Como se evidenció, el fútbol es político y cuenta con un alto grado de poder económico que lo ha posicionado como uno de los elementos más relevantes en la sociedad. Costa de Marfil y la reconciliación en la Guerra Civil o la legitimación de la dictadura de Videla a través de un Mundial muestran también cómo el fútbol puede jugar un rol fundamental en la narrativa de los problemas sociales que se dan en un determinado momento histórico. En la actualidad, una de las tensiones sociopolíticas más relevantes es la discusión de los derechos de las mujeres, derivada de la discriminación de género la cual no ha sido ajena al contexto del fútbol.

Durante los últimos años se han generado discusiones sobre el rol de las mujeres en este deporte y el ejercicio de sus derechos en el mismo. En materia de fútbol femenino se ha logrado un avance considerable, por ejemplo, con la creación de ligas femeninas en Inglaterra, Alemania, Francia, España, Italia, República Checa, Argentina, Colombia, etc. Se ha obtenido la aprobación del licenciamiento de Conmebol para el fútbol femenino, cuyo objetivo es alcanzar su profesionalización y desarrollo en América Latina⁰⁵. Además, se ha obtenido el reconocimiento del fútbol femenino como parte del Estatuto de federaciones como la Asociación del Fútbol Argentino. Sin embargo, aún existen zonas grises sobre su regulación. Lo anterior, debido a la ausencia de una normativa estructurada con

02 Ezequiel Fernández. “Argentina 78, el fútbol como coartada de la dictadura”. 12 de junio de 2018 The New York Times, Acceso 1 de junio de 2020. <https://www.nytimes.com/es/2018/06/12/espanol/america-latina/argentina-78-mundial-rusia-fifa.html>

03 Diego Ramírez. “Los 20 clubes más valiosos del fútbol mundial en 2018”. 23 de mayo de 2018. Forbes México, Acceso 19 de septiembre de 2019. <https://www.forbes.com.mx/los-20-clubes-mas-valiosos-del-futbol-mundial-en-2018/>

04 “2018 FIFA World Cup Russia™ Global broadcast and audience summary” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso el día 15 de diciembre de 2019. <https://resources.fifa.com/image/upload/2018-fifa-world-cup-russia-global-broadcast-and-audience-executive-summary.pdf?cloudid=njqsntvrdvqv8hoidag5>

05 “Se aprueba el Reglamento de Licencias de Clubes en el Fútbol Femenino”. Confederación Sudamericana de Fútbol. Acceso el día 5 de junio de 2020. <http://www.conmebol.com/es/se-aprueba-el-reglamento-de-licencia-de-clubes-en-el-futbol-femenino>

enfoque de género que configura una situación de discriminación y trato diferenciado respecto a los estándares profesionales que se dan en el fútbol masculino.

El objetivo del presente artículo es identificar las barreras que existen para la profesionalización del fútbol femenino a partir del análisis del derecho a la igualdad. Así, las siguientes páginas pretenden analizar las actuales estructuras normativas y jurisprudenciales, así como las prácticas del deporte y su impacto para la profesionalización del deporte femenino. Teniendo en cuenta también el antecedente histórico del rol de la mujer en la sociedad y en el deporte, a la luz de los conceptos de derecho a la igualdad y discriminación de género⁰⁶.

I. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA MUJER EN EL DEPORTE: UNA PARADOJA EN EL “JUEGO DE CABALLEROS”

El juego como elemento fundamental de las dinámicas de la sociedad ha estado presente desde épocas antiguas. Sin embargo, su consolidación como competición deportiva se da desde el año 776 antes de Cristo con la celebración de los primeros Juegos Olímpicos (JJ. OO) de la historia en la ciudad de Olimpia, ubicada en la Antigua Grecia. Si bien los JJ. OO se originaron como una ceremonia religiosa en honor al dios Zeus, su trascendencia, más allá del culto, se veía reflejada en el impacto político que tenía la competición, ya que sus ganadores eran invitados a celebraciones con los jueces y políticos y, usualmente, el triunfo representaba el inicio del ejercicio de un rol político en la sociedad⁰⁷. Cabe resaltar que el impacto de los JJ. OO era tan alto que, a pesar de la conquista de los romanos, dichos juegos se mantuvieron únicamente por su importancia política, pues los romanos consideraban que la competición y la desnudez inherente a ella resultaba degradante⁰⁸.

En el contexto de la Antigua Grecia, el rol de las mujeres se concentraba en la crianza de los niños y el hogar e incluso al interior de los hogares se daba una inminente segregación entre hombres y mujeres. Existía una marcada exclusión hacia el género femenino en diferentes actividades de la sociedad siendo una de estas los deportes, debido a que se consideraba que esta actividad era irrelevante e

06 Para efectos del desarrollo del presente artículo el concepto de discriminación de género se entenderá entre los géneros femenino y masculino.

07 “The Olympic Games in Antiquity”. The Olympic Museum Educational and Cultural Services. Acceso el día 3 de marzo de 2020. https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Document-Set-Teachers-The-Main-Olympic-Topics/The-Olympic-Games-in-Antiquity.pdf#_ga=2.173886122.822755900.1586626510-76447359.1586626510

08 David Young y Harold Abraham. 2020. “Olympic Games” (Encyclopædia Britannica) Acceso el 15 de marzo de 2020. <https://www.britannica.com/sports/Olympic-Games/Women-and-the-Olympic-Games#ref59591>

inapropiada para las mujeres⁰⁹. Esta percepción impactaba negativamente también la participación de las mujeres como espectadoras, ya que las mujeres casadas tenían prohibido la asistencia a los JJ. OO y la transgresión de esta norma era castigada con la muerte. Sobre esto último, se cree que la prohibición se derivaba del concepto de desnudez que era la generalidad en estas competiciones¹⁰.

Surge entonces, en la Antigua Grecia, una de las primeras muestras de exclusión de las mujeres en los espacios deportivos que afectó el desarrollo histórico de la participación de la mujer en las bases y dinámicas fundacionales del deporte en occidente. Adicionalmente, esta exclusión tiene también un impacto directo en el rol político e histórico de las mujeres en el deporte, pues quedaron aisladas casi de forma absoluta de la dinámica política que se consolidaba a partir de los JJ. OO y por lo tanto, se mermó su capacidad, poder de representación y representatividad.

A partir de la conquista del Imperio Romano, los JJ. OO de la antigüedad finalizaron como actividad recurrente aproximadamente en el año 393 después de Cristo. En el siglo XIX se reactivaron y a partir de esta fecha retomaron su posición en la sociedad. A pesar de la diferencia del contexto sociopolítico de las dos épocas, en el renacimiento de los JJ. OO las mujeres tampoco competirían en las conferencias deportivas, debido a los estereotipos de género predominantes y a la marcada exclusión de la mujer en temas políticos, militares y económicos¹¹.

Con el contexto general del origen del deporte en occidente resulta pertinente exponer ahora el origen del fútbol. Con una influencia europea proveniente de los JJOO y con algunos antecedentes del juego de pelota creado por las civilizaciones indígenas de Centroamérica y Suramérica, aproximadamente en el periodo comprendido entre el siglo VIII y el siglo XIX, aparecen los primeros orígenes del fútbol como se conoce en la actualidad. En ese entonces el fútbol se jugaba principalmente en las Islas Británicas y se caracterizaba por ser un deporte primitivo marcado por la violencia y la espontaneidad en el juego. Aspectos como el número de participantes, el elemento de juego y el uso de los pies no se encontraba reglados y, si bien no existen registros, se cree que el deporte se practicaba con el fin de mostrar fuerza y habilidad como signo de masculinidad¹².

En 1848, como una iniciativa estudiantil en la Universidad de Cambridge aparece por primera vez

09 De los pocos registros históricos que se tienen sobre la participación de las mujeres en los JJ. OO, se destaca el de Ky-niska, entrenadora de un equipo bicampeón que es conocida como la única mujer en toda Grecia en conseguir un triunfo de este nivel (Spivey 2004, 119)

10 Nivel Spivey. 2004. *The Ancient Olympics* (New York: Oxford University Press), 117-121.

11 Spivey, *The Ancient Olympics*, 117-121.

12 Jesús Paredes Ortiz "Historia del fútbol: Evolución cultural" EFDportes. Volumen No. 106 (2007). <https://www.efdeportes.com/efdro6/historia-del-futbol-evolucion-cultural.htm>

un acuerdo sobre la forma de jugar que se conoce actualmente como las Reglas de Cambridge¹³. Los principales asuntos contenidos en este documento fueron la duración, los tiempos del partido y la definición de los resultados. En 1863 se establecieron las primeras catorce disposiciones normativas del deporte que son la base de las regulaciones de la actualidad y se creó la Asociación de Fútbol (FA por sus siglas en inglés) como órgano regulador del fútbol¹⁴. Con la creación y aplicación de estas reglas, la popularidad del fútbol incrementó de forma sustancial lo que conllevó a la creación de la FIFA. Esta organización integró a las asociaciones del continente europeo e inició la expansión y globalización de este deporte¹⁵.

Del contexto precedente es importante resaltar el rol de la mujer en el deporte como reflejo de su rol en la sociedad, pues en el contexto del siglo XIX cuando se creaban las reglas del fútbol, la mujer era aún excluida de la sociedad a tal punto que no contaba con derecho al voto en Reino Unido. Su capacidad de representación y representatividad se encontraba mermada una vez más en la historia del deporte y consolidaba el rol del hombre como agente único en esta dinámica.

En el marco de la Primera Guerra Mundial, cuando el fútbol ya se había popularizado en la mayoría de los países del mundo y, a pesar del papel rezagado de las mujeres en el deporte, el fútbol femenino tuvo un gran incremento debido a que la mayoría de la población masculina se encontraba en la guerra. Fue así como se realizaron los primeros encuentros de este deporte, especialmente en el Reino Unido. Sin embargo, la expansión del fútbol femenino y su potencial profesionalización experimentaron un punto de quiebre en 1921. La FA, que no sólo concentraba el poder del fútbol inglés, sino que también tenía una amplia influencia en los países del mundo, afirmó que el deporte era una práctica inadecuada para las mujeres y lo prohibió por considerarlo demasiado “robusto” para ser realizado por mujeres¹⁶.

Durante el periodo de prohibición, no existe registro del avance del fútbol femenino. Sin embargo, es justamente en este periodo en el que se evidencia la paradoja derivada de la falta de participación de mujeres en el fútbol. Mientras el fútbol durante 1920 y 1970 se consolidaba como un “juego de caballeros”, la sociedad pasaba por un periodo histórico de posguerras que inició la discusión sobre la participación de las mujeres en la sociedad por medio de la aprobación de Declaración Universal de Derechos

13 “Cambridge University FA rules football hall of fame honour” BBC News. Acceso el día 9 de junio de 2020. <https://www.bbc.com/news/uk-england-cambridgeshire-37701939>

14 Las reuniones que dieron paso a la creación de las reglas definitivas y la creación de la FA se conocen como las reuniones de la Taberna Fremasons. Allí, se reunieron 11 clubes y colegios masculinos de la elite de la ciudad con el fin de unificar la dinámica del fútbol.

15 Erick Dunning *El fenómeno deportivo: estudios sociológicos en torno al deporte, la violencia y la civilización*. (Barcelona: Editorial Paidotribo) 2003.

16 Xavier Torreadella-Flix “Fútbol en femenino. Notas para la construcción de una historia social del deporte femenino en España” *Investigaciones Feministas* No. 7 (2016): 313-334. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=20051>

Humanos (DUDH)¹⁷ y de instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer de 1954¹⁸, los cuales reconocieron el derecho de las mujeres a votar en todas las elecciones sin discriminación alguna. Así, el fútbol de forma institucional limitaba la participación y fomentaba la discriminación de la mujer mientras que la sociedad y los instrumentos jurídicos internacionales buscaban una igualdad de géneros en términos de participación y derechos.

En 1971, a pesar de la prohibición existente, la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA) recomendó a sus asociaciones adscritas crear ligas femeninas¹⁹. Eso permitió que se dieran disputas de campeonatos femeninos en el fútbol europeo a partir de la década de 1980 y posteriormente en 1991 la primera Copa Mundo de fútbol femenino. Desde 1991 se han desarrollado iniciativas que buscan fortalecer la presencia de la mujer en el deporte. Por ejemplo, la Confederación Suramericana de Fútbol (CONMEBOL) ha exigido a las Federaciones y a los clubes de fútbol adscritos de contar con un equipo femenino y de realizar una liga femenina como requisito para que los equipos masculinos puedan participar en torneos de la CONMEBOL tales como la Copa Libertadores y la Copa Suramericana²⁰.

II. PRINCIPIOS CONCEPTUALES PARA EL ANÁLISIS DE LAS BARRERAS EN LA PROFESIONALIZACIÓN DEL FÚTBOL FEMENINO

Para comprender las discusiones de género en la situación actual del fútbol femenino, resulta necesario presentar algunos principios conceptuales que entran en tensión al momento de analizar el proceso de profesionalización de las mujeres en el fútbol. Con el objetivo de presentar un primer acercamiento a estas discusiones, a continuación, se presentarán los conceptos del derecho a la igualdad, discriminación directa, discriminación indirecta y estereotipos de género, acotados, principalmente, a partir de la concepción que se le ha dado a partir de instrumentos jurídicos internacionales.

I. DERECHO A LA IGUALDAD

Su primera aparición relevante, a partir de un instrumento internacional, se dio en 1948 con la

17 Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas

18 Resolución 640 (VII), 20 de diciembre de 1952. Convención de los Derechos Políticos de la Mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas.

19 Esta recomendación está estrechamente ligada con el levantamiento de la prohibición de fútbol femenino por parte de la FA en el mismo año.

20 La Copa Libertadores es considerada el torneo de fútbol de clubes más importante del continente americano. Fue creada en 1960 y desde entonces se ha disputado todos los años, en el último año los premios para los dos semifinalistas se encontraban entre los 3 y 6 millones de dólares para cada equipo. Por su parte, la Copa Suramericana fue creada en el año 2002 y desde esa fecha se ha disputado todos los años, los premios que entrega a sus ganadores oscilan entre 1 y 3 millones de dólares.

DUDH. En la DUDH se estableció que los derechos consagrados en la declaración aplican a todas las personas sin importar su sexo²¹. Posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACTO DESC)²³ se precisó que el goce de los derechos contenidos en ambos pactos no podía tener distinciones de género. Adicionalmente, y en concordancia con el reconocimiento de trato igualitario en razón al género, se crea en 1954 la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer y en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)²⁴. Ambas consideradas como parte de los tratados de las Naciones Unidas y consideradas como herramientas internacionales que buscan el goce y protección efectivo del derecho a la igualdad por parte de las mujeres.

Como refuerzo y muestra de la continuidad que le han dado organizaciones internacionales al tema de la igualdad, en 2015 se establecieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los cuales fueron adoptados por los 193 Estados Miembro de las Naciones Unidas y dentro de los cuales se consagró como Objetivo No. 5 la Igualdad de Género²⁵. Este objetivo tiene como finalidad eliminar todas las formas de discriminación en contra de las mujeres y niñas para lograr un desarrollo sostenible que además, permita el crecimiento económico y el desarrollo a nivel mundial. Esto último resulta relevante, ya que a partir de las herramientas de protección de derechos humanos, los Objetivos de Desarrollo Sostenible sitúan la igualdad de género como un concepto no únicamente de justicia y equidad social sino como un elemento necesario para el progreso de la población mundial.

Llegado a este punto resulta oportuno mencionar el papel que ha jugado el hombre blanco en este contexto, debido a que en términos históricos se le puede considerar el agente social que más privilegios ha concentrado respecto a su posición política, económica y social. Esta posición de poder ha ubicado a la mujer como una ciudadana de segunda clase, frente a los hombres blancos que se han consolidado como los interlocutores predominantes en los debates relacionados con la estructura social²⁶. Así, di-

21 Johannes Morsink. "Women's Rights in the Universal Declaration". *Human Rights Quarterly* Vol. 13, No. 2: 229-256 (1991). <https://www.jstor.org/stable/762661?seq=1>

22 Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas

23 Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas

24 Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas.

25 "¿Qué son los objetivos de desarrollo sostenible?". Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Acceso el día 5 de junio de 2020. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

26 Catherin A. Mackinnon. "Reflections on Sex Equality under Law". *The Yale Law Journal* Vol. 100, No. 5, Centennial Issue: 1281-1328 (1991). <https://www.jstor.org/stable/796693?seq=1>

cha concentración de poder ha conllevado a que el derecho sea creado bajo sus condiciones y además, a que se establezca una estructura en la que los agentes políticos y jurídicos nieguen de forma directa la igualdad entre los sexos apalancándose en una perspectiva natural y social²⁷.

II. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

La discriminación directa se caracteriza por contener un trato diferenciado entre dos personas que se pueden encontrar en situaciones comparables. Es decir, de acuerdo con la Recomendación General No. 28 sobre las obligaciones básicas de los Estados parte en virtud del artículo 2 de la CEDAW de 1979²⁸, se da una situación dispar que menoscaba la situación de una persona a pesar de que esta pueda considerarse como igual ante otra que no percibe dicho menoscabo. Según el artículo 1º de la CEDAW, la discriminación directa se define como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que genera un menoscabo en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las mujeres. Además, según la Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 del Consejo Económico y Social (ECOSOC)²⁹ de las Naciones Unidas la discriminación directa se presenta cuando una persona recibe tratos diferenciados a partir de motivos prohibidos de discriminación como por ejemplo, posiciones políticas o criterios arbitrarios, es decir que no tienen motivación legítima.

Sobre esto último, resulta pertinente mencionar que, según los estándares establecidos por ECOSOC todo trato diferencial que se genera por motivos prohibidos se presume discriminatorio, a excepción de los casos en los que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo³⁰. Cabe resaltar, que, con base en el Pacto DESC la discriminación por concepto de sexo³¹ es una causa prohibida para consolidar diferencia de trato entre géneros.

27 Catherin A. Mackinnon. *Women's lives, men's laws*, 516, Cambridge Belknap: Harvard University Press (2005).

28 General Recommendation No. 28, 2010. General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf>

29 Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 de 2009. "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales". Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1aoSzabooXTdImnsJZZVQdqeXgncKnylFC%2BlzJjLZGhbGEpdZH9H%2BnL-3SURW1rkoghii71n9xiUhOpuwOgevQ2CvstjalhQEwQJ5Pz3ydHD>

30 La razonabilidad y el cumplimiento del criterio objetivo se evalúan en cada caso concreto por medio de la evaluación del fin y los efectos de la medida. Sólo resultarán legítimos cuando sean compatibles por los derechos y principios contenidos en el Pacto DESC.

31 Según la Observación general No. 20 del Consejo Económico y Social sobre el artículo 2, párr. 2 del Pacto DESC, el concepto "sexo" se entiende en sentido amplio por lo que no abarca solamente las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos y prejuicios fundamentadas en el género que han representado un obstáculo para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres en igualdad de condiciones.

III. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

De acuerdo con la Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 de ECOSOC³², la discriminación indirecta ocurre cuando existen leyes, políticas o programas que no parecen ser discriminatorias, pero tienen un efecto discriminador en el momento de implementarse. Por ejemplo, se presenta cuando las mujeres tienen una condición de desventaja respecto a los hombres como resultado de situaciones de desigualdad preexistentes. Al igual que en la discriminación directa, se crean una serie de características que se deben evaluar en cada caso concreto para determinar si existe o no una vulneración a la igualdad.

La condición necesaria para que este tipo de discriminación se genere es la existencia de una disposición, criterio o procedimiento por parte de una institución pública o privada que responda a un criterio objetivo aparentemente neutral, pero que en realidad genera una desventaja para un tipo de población, como lo son las mujeres³³. Se debe tener en cuenta que existen una serie de disposiciones que no representan discriminación indirecta, pues derivan de tratos diferenciados legítimos. Esta legitimidad se determina a partir de la finalidad, naturaleza y motivación de dicha diferenciación.

Un ejemplo de discriminación indirecta es la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Griggs v. Duke Power Co.* de 1971. En este caso, la empresa Duke Power ubicada en Carolina del Norte se encontraba fragmentada en departamentos, siendo uno de estos el *Labor Department* que estaba limitado únicamente para empleados de raza negra y entregaba una remuneración menor. En 1955, Duke Power estableció la exigencia a todos sus empleados de contar con un diploma de secundaria, menos para aquellos que hacían parte del *Labor Department*, y ofreció subsidiar 2/3 del costo de la matrícula de aquellos empleados que no contarán con dicho diploma. En 1965, cuando la Ley de Derechos Civiles de 1964³⁴ entró en vigencia, la empresa creó dos exámenes que permitían a los empleados que no contarán con diplomas de secundaria transferirse a departamentos que les permitieran acceder a mejor remuneración. En este caso, el Tribunal decidió que la aplicación de este examen se debía considerar como una acción discriminatoria, toda vez que previamente se había comprobado que las personas de raza negra recibían una educación inferior como resultado de la segregación. En este caso, se evidencia cómo una acción que puede parecer neutral y que responde a criterios objetivos, como una prueba de habilidad y conocimiento, puede ser en realidad un instrumento de

32 Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 de 2009. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

33 Christa Tobler “Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under”, 3-14, Antwerpen-Oxford: Intersentia (2005)

34 Ley del Congreso 88-352, 78 United States Statutes at Large 241, 2 de julio de 1964, Ley de Derechos Civiles. Sobre la prohibición de discriminación y segregación racial.

discriminación³⁵.

IV. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Los estereotipos de género tienen su origen en el sexo de los seres humanos, es decir si se nace hombre o mujer y sus características biológicas propias. Sin embargo, el sexo y el género se diferencian en tanto el género lleva consigo una carga de identidad que significa el conocimiento que tiene una persona sobre su existencia y sobre su proyecto de vida en términos personales y sociales³⁶.

La maternidad como elemento determinante en el rol de la mujer en la sociedad evidencia la estrecha relación que tiene la condición biológica de procrear y el rol que le ha sido impuesto en la sociedad. Esto, se evidencia en la incidencia que tiene la maternidad en las oportunidades laborales de las mujeres³⁷ y, también en la necesidad de garantizar el goce efectivo de sus derechos reproductivos por medio de instrumentos internacionales, como la CEDAW. Dicho instrumento establece en su artículo 16.1 la obligación de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres para decidir libre y responsablemente el número de hijos e intervalo de nacimientos.

Los ejemplos mencionados evidencian el rol que ha sido asignado a las mujeres y que trae consigo implicaciones sociales como el cuidado de los hijos y la vocación del hogar que puede devenir en exclusión de escenarios, no sólo laborales sino también políticos. Además, la importancia del valor reproductivo de la mujer crea una concepción del cuerpo femenino como un elemento delicado que no puede asumir actividades fuertes o violentas. Esto implica también que el cuerpo de la mujer debe ser cuidado por su capacidad de reproducción. Esto afecta su sexualidad y limita sus libertades, en tanto se le rinde un culto al cuerpo que se ha materializado en una preservación del mismo y que se manifiesta en un pudor extremo.

Además, esta caracterización de las mujeres ha determinado su espacio en la sociedad, lo que a su vez ha consolidado a lo largo de la historia diferentes estereotipos que se desprenden de una perspectiva biológica y que han trascendido hasta convertirse en medios de conceptualización cultural que organizan y estructuran la sociedad. Por lo tanto establecen, a su vez, modelos de comportamiento que, por un lado, estandarizan los roles de género y, por el otro, crean categorías de lo que se considera un

35 David J. Garrow. "Toward a Definitive History of Griggs v. Duke Power Co.". Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2014-05 (2014). <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>

36 Robert J. Stoller. "A further contribution to the study of gender identity". *The International journal of psychoanalysis* 49:364, 364-369.

37 Julio E. Romero Prieto. "La maternidad y el empleo formal en Colombia" Banco de la República de Colombia – Centros de Estudios Regionales (CEER) Cartagena. Núm. 268 (2018), 1-8.

comportamiento apropiado y natural determinado por el sexo³⁸.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES EN EL FÚTBOL: EL ESPEJISMO DEL CONCEPTO DE PROFESIONALIZACIÓN

Históricamente el fútbol ha sido un espacio que ha excluido de su práctica y dinámica a las mujeres. Con el fin de evidenciar la situación actual del fútbol, a la luz de las distinciones de género descritas, se describirán a continuación las condiciones de las mujeres en cuatro puntos determinantes relacionados con la profesionalización femenina del deporte: (i) la figura de indemnización por formación, (ii) las transferencias nacionales e internacionales de jugadoras, (iv) las condiciones laborales y (v) las ganancias percibidas.

I. INDEMNIZACIÓN POR FORMACIÓN

El artículo 20 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA³⁹ (RETJ)⁴⁰ establece la figura de indemnización por formación. Esta figura consiste en la causación de un derecho patrimonial a favor del club o clubes formadores en dos escenarios diferentes: (i) cuando el jugador firma su primer contrato profesional; y (ii) por cada transferencia de un jugador profesional hasta la temporada en la que este cumpla 23 años. En las definiciones del RETJ se aclara que todos los términos empleados en el documento que hacen referencia a personas físicas se aplican a hombres y mujeres de forma indistinta.

Esta disposición resulta clara para cualquier parte en las relaciones deportivas, por lo que la mayoría de las disputas al respecto que llegan a la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA (CRD)⁴¹ se generan sobre temas de cuantía o reconocimiento de firmas de contratos profesionales. Sin embargo, en el caso del fútbol femenino existe una situación discriminatoria debido a que la CRD en las deci-

38 Jill K. Conway, Susan C. Borque y Joan W. Scott “El concepto del género” En *El género la construcción cultural de la diferencia sexual*, editado por: Dora Cadarci, Mary Goldsmith, Graciela Hierro, Claudia Lucotti, Mercedes Pedrero, Greta Rivara, Martha Judith Sánchez, María Luisa Tarrés y Margarita Velázquez. México, DF: Miguel Ángel Porrúa (1996).

39 Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, 1 de julio 2019. Federación Internacional de Fútbol Asociación.

40 Según el artículo 1 del RETJ, el reglamento representa el lineamiento esencial mediante el cual se establecen las normas mundiales y obligatorias al estatuto de los jugadores y su elegibilidad para participar en el fútbol oficial y organizado.

41 Según el artículo 24 del RETJ, la CRD es el órgano decisorio de la FIFA es competente para pronunciarse sobre las disputas que existan entre un club y un jugador en materia de trabajo, estabilidad contractual y aquellas relacionadas con indemnización por formación y mecanismo de solidaridad. La CRD se rige por los reglamentos de la FIFA como derecho aplicable y sus decisiones sólo pueden ser apeladas ante una instancia nacional de arbitraje reconocida por la asociación basándose en las directivas de la FIFA.

siones sobre indemnización por formación del 7 de abril de 2011⁴² y el 5 de noviembre de 2015⁴³ afirma que:

*“el sistema existente de compensación, como funciona en este momento, no puede ser aplicado al fútbol femenino que muestra un escenario completamente diferente del fútbol masculino de once hombres. De hecho, si bien se reconocen los argumentos de la parte demandante de que el juego femenino ha progresado en los últimos años [...] el fútbol femenino debe calificarse como en su inicio”*⁴⁴ (traducción libre)

Esta decisión se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico deportivo e implica que las 211 Federaciones de Fútbol adscritas a la FIFA⁴⁵ en el mundo no pueden reconocer el derecho de formación que le correspondería a las escuelas formadoras de fútbol femenino o aquellas que se dedican a formar tanto a niñas como a niños. En términos prácticos las escuelas formadoras no recibirían un retorno adicional por la formación de las niñas lo cual representa un desincentivo económico, ya que los clubes no tienen la posibilidad de recibir un retorno de un club profesional por las jugadoras que formen. Por lo tanto, no resultaría económicamente sostenible educar deportivamente a una niña.

La disparidad entre hombres y mujeres sobre la indemnización consolida un trato desigual pues la indemnización se considera un derecho en la jurisdicción deportiva⁴⁶. La jurisprudencia vigente priva a las mujeres del ejercicio de un derecho a pesar de la inexistencia de razones que justifiquen esta diferenciación, ya que el juego es comparable pues se guía por las mismas normas deportivas al momento de jugar. Adicionalmente, la disparidad no puede ser justificada a través de un argumento económico en el que se sostenga que el fútbol femenino no genera ingresos tan altos como el masculino, pues la figura de la indemnización se da de forma proporcional al pago de la transacción por lo que la asignación del valor responde absolutamente a los términos económicos del mercado en el que se realice, tal y como se establece en el artículo 20 y Anexo 4 del REJT de la FIFA.

42 Decisión sobre indemnización por formación No. 411375 del 7 de abril de 2011. Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA. <https://resources.fifa.com/image/upload/411375.pdf?cloudid=mddehp33qaqnlqcvjv>

43 Decisión sobre indemnización por formación 11150999-E del 5 de noviembre de 2015. Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA. <https://resources.fifa.com/image/upload/11150999-e2864367.pdf?cloudid=tm48dsuriomt82efscnx>

44 Estas dos decisiones establecen la regla aplicable para los casos de formación femenina pues ambas se decidieron a partir de una controversia en la que un club formador reclamada al club profesional la indemnización de una mujer (la información de estos clubes es confidencial y no se menciona de forma expresa en las decisiones). En ambos casos como se ve en la cita posterior la indemnización fue negada por razones de género.

45 Las 211 Federaciones representan a 211 países alrededor del mundo.

46 Es pertinente aclarar que si bien el titular del derecho es el club la razón de negar una indemnización por la formación de una jugadora es una justificación que es netamente por el género lo cual consolida una discriminación en razón del género que desmejora las condiciones de las mujeres.

II. TRANSFERENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES

Las transferencias en el fútbol se dan cuando un jugador abandona un club y se afilia a otro nuevo. Esta situación se encuentra descrita en el REJT de la FIFA y es regulada por este mismo instrumento jurídico cuando se trata de transferencias internacionales. Las transferencias al interior de una misma asociación, es decir, entre clubes en un mismo país, se encuentran reguladas por el Estatuto del Jugador de cada una de las Federaciones nacionales. La FIFA por medio del Transfer Matching System (TMS) almacena los datos basados en la web con el fin de simplificar el procedimiento y mejorar la transparencia y flujo de la información⁴⁷.

Actualmente, las transferencias representan uno de los mayores ingresos para los jugadores y equipos^{48,49}. Excluyendo los ingresos tangenciales que tiene el fútbol como los patrocinios y los derechos de transmisión, representan la actividad económica principal del deporte, debido a que consiste en la compra de los derechos de un jugador por parte de un club para que juegue en este. Según la normativa deportiva las transferencias sólo se pueden realizar en lo que se ha denominado “ventanas de transferencias”, las cuales se abren en la temporada de verano (junio a septiembre) y en la temporada de invierno (diciembre a enero), por lo que cualquier transacción que verse sobre esta materia se debe realizar en esas fechas⁵⁰.

La diferencia de los valores de transferencias y costos relacionados entre el fútbol femenino y masculino son abismales. El último reporte de fútbol masculino, “Big 5” del TMS analiza la última ventana de verano que abarcó del 1º de junio al 2 de septiembre de 2019 enfocándose sólo en el grupo de países que se conoce como el Gran 5, conformado por Inglaterra, Francia, Alemania, Italia y España. Los resultados de este reporte muestran que el gasto total que se dio en esta última ventana fue de 4.380 millones de USD derivada de 1.802 transferencias de jugadores⁵¹. Por su parte, el reporte de las transferencias de fútbol femenino se realiza sobre el total de las transferencias que se dan en los 221 países que hacen parte de la FIFA y, sobre todo el año 2019, dicho reporte presentó un gasto total de

47 “TMS” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 3 de junio de 2020. <https://www.fifa.com/who-we-are/legal/tms/>

48 Según el portal Transfermarkt, que registra el valor de los jugadores, los 10 jugadores mejor valorados en el mercado están valorados entre 99 y 180 millones euros lo que implica que sus transferencias podrán ser realizadas por valores cercanos generando ganancias sustanciales para el jugador y el equipo que cuenta con la titularidad de sus derechos económicos.

49 “Jugadores más Valiosos” Transfermarkt. Acceso 9 de junio de 2020. <https://www.transfermarkt.es/marktwertetop/wertvollstespieler>

50 Esta reglamentación se establece con la creación del TMS en el año 2009 en el Congreso de la FIFA No. 57. Si bien por la misma dinámica de las temporadas deportivas las transferencias se llevaban a cabo en las fechas de las ventanas, el TMS enmarcó esta práctica en un ambiente normativo de cumplimiento de las disposiciones para transferencias de la FIFA.

51 “Big 5 transfer window analysis summer 2019” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 23 de enero de 2020. <https://resources.fifa.com/image/upload/big-5-report-2019-summer.pdf?cloudid=jukgf7kxzbtvemn9mhiz>

652.032 de USD provenientes de 833 transferencias de jugadoras⁵².

Estas cifras muestran que, en un periodo cuatro veces más amplio, el valor de las transferencias de mujeres no alcanza el 1% del valor total de las transferencias de hombres. Además, a pesar de representar un poco más de la tercera parte en cantidad de transferencias, el valor del reporte de fútbol femenino sigue siendo irrisorio en contraste con el reporte de fútbol masculino. De igual forma, es necesario resaltar que los datos relacionados con el fútbol masculino se concentran solamente en cinco de los países que se consideran potencias del deporte. Mientras que las estadísticas femeninas se dan sobre la totalidad de países, lo cual implica que la diferencia material resulta aún mayor pues se trata de una diferencia de 216 países entre un reporte y otro.

Sobre lo expuesto, es necesario mencionar que los valores de las transferencias responden a una dinámica de mercado en la que sólo existe una única restricción y es que no se puede incumplir el “*fair play*” financiero, que consiste en que los clubes no gasten más de lo que ganan cuando incurran en los gastos correspondientes a transferencias. El *fair play* ha sido adoptado como una buena práctica en las transferencias desde que, por medio de la Directiva No. 105 – 01 – 02/2011, la UEFA lo estableció como una dinámica sancionable⁵³. Así, la disparidad en los valores de negociación de transferencias tiene una alta influencia de estereotipos de género en los que la mujer no se considera un agente fundamental en el deporte y por lo tanto en el mercado del mismo. Esto permite que no existan suficientes incentivos económicos para invertir en las transacciones de fútbol femenino, lo cual inminentemente disminuye el valor comercial de la actividad más allá de la aplicación de criterios objetivos para la adquisición de los derechos deportivos de una jugadora.

III. CONDICIONES LABORALES

Ahora, para evidenciar las condiciones laborales⁵⁴ de las mujeres es necesario articular la situación con el poco presupuesto que se invierte en el fútbol femenino. La Federación Internacional de Futbolistas Profesionales⁵⁵, organización que representa a los futbolistas profesionales del mundo, realizó un es-

52 “Global transfer global transfer market report 2019 - Women professional football”, Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 23 de enero de 2020. <https://resources.fifa.com/image/upload/global-transfer-market-report-2019-women.pdf?cloudid=dm3mxtl95tjrufvuohwn>

53 Directiva No. 105 – 01 – 02/2011, 10 de febrero de 2011. Unión Europea de Asociaciones de Fútbol. https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/Publications/01/59/87/45/1598745_DOWNLOAD.pdf

54 Es necesario señalar que las condiciones laborales de los jugadores de fútbol no se encuentran estrictamente regulados por la normativa nacional o internacional sobre la materia. Sin embargo, existen una serie de disposiciones en el RETJ que establecen prohibiciones como es el caso del artículo 16 de rescindir el contrato durante la temporada y el artículo 17 que establece las consecuencias de la ruptura de contrato sin justa causa.

55 La Federación Internacional de Futbolistas Profesionales está conformada por 40 asociaciones nacionales de fútbol y alrededor de 40.000 miembros y se encuentra afiliada a la FIFA.

tudio en el año 2017 que evidencia los aspectos principales de las condiciones laborales de las mujeres en el fútbol, por medio de encuestas a 3.600 mujeres. De estas encuestas se concluyó que sólo el 53% de las jugadoras han firmado un contrato con su club y el otro 47% no tiene ningún tipo de documento oficial que respalde su vinculación. De otra parte, el 49,5% de las respondientes afirman que no reciben ningún tipo de contraprestación económica por su labor y el 60% del 50,5% restante gana menos de 600 USD mensuales. Finalmente, el 33% de las mujeres que juegan fútbol profesional se ven obligadas a tener otro trabajo para poder sostener sus gastos.

De lo anterior es posible concluir que la mayoría de las mujeres que se dedican al fútbol profesional no cuentan con un trabajo decente. El concepto de trabajo decente fue introducido por Juan Somavia, director de la Organización Internacional del Trabajo en 1999⁵⁶, y hace referencia a la oportunidad que tienen las personas de acceder a un empleo productivo que genere ingresos justos, perspectivas de desarrollo personal, seguridad y protección social que aseguren derechos humanos como la igualdad y libertad de expresión⁵⁷. Como muestran las cifras, criterios como ingresos justos, seguridad social e igualdad no se cumplen en este caso. Esto, no solo representa una clara precarización de las condiciones laborales de las mujeres, sino que también, consolida un desincentivo en la elección del fútbol como una carrera profesional.

En concordancia con lo anterior, Hope Solo⁵⁸ presentó una demanda ante del Tribunal de Carolina del Norte contra la Federación de Fútbol de Estados Unidos. En el memorial de demandante la jugadora alega una violación al “Acto de pago equitativo” y una situación de discriminación debido a la diferencia en el pago que recibió la selección femenina y masculina de fútbol por concepto de partidos amistosos y la Copa Mundial en las últimas temporadas. En el caso de los partidos amistosos cada una de las selecciones debe jugar un mínimo de veinte partidos, si la selección femenina no gana ningún partido, obtiene 3.600 USD por cada encuentro y, en el escenario en que gane los veinte partidos reciben un máximo de 4.950 USD por cada juego. En contraposición, la selección masculina recibe 5.000 USD por partido independientemente del resultado y, adicionalmente, según el oponente, pueden recibir una compensación que oscila entre los 6.250 y 17.625 USD por cada juego⁵⁹. Además, las mujeres

56 “Memoria del Director General: Trabajo Decente”. Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 1999. <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

57 “Trabajo Decente”. Organización Internacional del Trabajo. Acceso 4 de junio de 2020. <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

58 Hope Solo es una jugadora profesional de la selección nacional de fútbol de Estados Unidos que acudió a la justicia ordinaria y no a la jurisdicción deportiva. En la actualidad no existe mecanismo en la jurisdicción deportiva para reclamar el derecho que se le estaba vulnerando que en este caso es el derecho a la igualdad, específicamente en temas de salario y discriminación por lo que los derechos reclamados por la jugadora no pueden exigirse por los organismos deportivos.

59 La compensación aumenta dependiendo del nivel del oponente que se determina según su posición en el Ranking FIFA

ganan 30.000 USD en total por ser convocadas a la Copa Mundial y jugar en su equipo, mientras que los hombres ganan 68.750 USD por hacer parte del equipo, lo que implica que la brecha salarial en este aspecto es mayor al 50%⁶⁰.

Resulta pertinente mencionar la brecha salarial que se demuestra con las jugadoras icónicas del deporte. Por un lado, Alex Morgan, jugadora norteamericana que tiene en su lista de títulos una Copa Mundo, para el año 2017 percibía un ingreso de 5,4 millones de USD al año, el cual en su mayoría provenía de patrocinios⁶¹. Por el otro, Marta Vieira da Silva capitana de la selección de Brasil, ganadora del premio FIFA World Player durante cinco años consecutivos y jugadora con más títulos del mundo sólo alcanzaba los 6 millones de USD por temporada. En contraposición a estos valores, en el mismo año Cristiano Ronaldo que para la fecha era el futbolista mejor pagado tenía un ingreso de 93 millones USD y Lionel Messi, segundo mejor pagado, tenía un ingreso de 80 millones USD⁶².

IV. GANANCIAS

La brecha presentada anteriormente no se limita a los salarios entre jugadores y jugadoras, sino también a las ganancias derivadas del deporte, pues en el 2019 el jugador mejor pagado del mundo ganó 272 veces más que la jugadora mejor paga⁶³. Se puede ver la diferencia también, en los recursos totales destinados para los premios de las selecciones participantes en el mundial de 2014 (hombres) y 2015 (mujeres). En este caso la Copa Mundial de 2014 tenía un presupuesto de 358 millones de dólares mientras que la Copa Mundial femenina sólo contaba con 15 millones de dólares para premios. Lo anterior, se refleja en la diferencia entre las selecciones femenina y masculina de fútbol de Estados Unidos, ya que la selección masculina que no llegó a cuartos de final obtuvo un bono de 9 millones USD para repartir entre los 23 jugadores y la selección femenina que ganó el campeonato mundial recibió un bono de 2 millones de dólares para repartir entre las 23 jugadoras⁶⁴, tal y como se muestra en el párrafo

60 Estas reglas sobre las ganancias derivadas de cada partido son establecidas por cada una de las Federaciones por lo que son los directivos de las Federaciones de cada país los que, según el presupuesto, determinan cuánto obtiene un jugador por partido según el tipo de partido, oponente y otros criterios que también son determinados en ejercicio de la autonomía de cada órgano directivo.

61 Los ingresos que provienen de los patrocinios no se toman como parte del salario de los jugadores por lo que el valor que se muestra de Alex Morgan no hace referencia sólo a su salario, pero resulta concluyente en tanto el monto contiene su salario y sigue siendo inferior al 10% de los pagos recibidos por los futbolistas mejor pagados.

62 “The world’s highest-paid soccer players 2017”, Forbes. Acceso 1 de abril de 2020. <https://www.forbes.com/pictures/5924841ba7ea434078d44dcf/2-lionel-messi-barcelona-/#36c6eae22ce>

63 Will Martin. “The world’s best-paid male footballer earned 272 times more than the highest earning female player last year”, Business Insider Australia, 25 de marzo de 2020. Acceso el día 1 de abril de 2020. <https://www.businessinsider.com.au/football-gender-pay-gap-lionel-messi-272-times-carli-lloyd-2020-3>

64 Los rubros mencionados no hacen parte de la brecha salarial debido a que no se devenga por concepto de salario como si ocurre con los datos contenidos en el caso Hope Solo en contra de la Federación de Fútbol de Estados Unidos.

17 del memorial del caso de Hope Solo v. Federación de Fútbol de Estados Unidos⁶⁵.

Esta situación demuestra que la brecha económica no se da sólo en temas laborales, sino que también afecta las ganancias de las jugadoras y de los equipos femeninos. Esto se encuentra estrechamente ligado con los recursos que las instituciones como la FIFA, organizadora del mundial del fútbol, o las Federaciones, como es el caso de la estadounidense, invierten en el desarrollo del fútbol femenino, lo que afecta directamente la profesionalización de las jugadoras.

IV. BARRERAS PARA LA PROFESIONALIZACIÓN DEL FÚTBOL FEMENINO: DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE LAS MUJERES

A partir de la información del acápite anterior, esta sección pretende realizar una evaluación del estado actual del derecho a la igualdad, la discriminación directa e indirecta y los estereotipos de género en el fútbol femenino. Lo anterior, con el fin de determinar si existen o no barreras para la profesionalización de esta práctica, derivadas de la disparidad en las condiciones de hombres y mujeres que se han expuesto.

I. DERECHO A LA IGUALDAD: JUGAR COMO EXPRESIÓN DE DERECHOS

Teniendo en cuenta el contexto histórico de las mujeres en el deporte, específicamente en el fútbol, es posible afirmar que la lucha por el derecho a jugar en condiciones equitativas se puede considerar como una expresión de derechos. Las mujeres fueron excluidas por su género de escenarios políticos y de espacios fundamentales como la educación, lo que dificultó históricamente la ruptura de jerarquías masculinas⁶⁶. Esta exclusión se materializó en la ausencia de representación y representatividad de las mujeres en entornos políticos, como el sufragio o la capacidad de ocupar cargos legislativos y también, en la posibilidad de participar en la estructuración de elementos de la sociedad como, por ejemplo, las bases fundacionales del fútbol⁶⁷.

Un claro ejemplo de lo anterior es el origen de las Reglas de Cambridge⁶⁸, consideradas como la base de la versión moderna y actual de este deporte. En 1848, cuando se establecieron estas Reglas, la

65 ATTORNEYS FOR PLAINTIFF HOPE SOLO. 2018. "Hope Solo v. United States Soccer Federation. Complaint for violation of the equal pay act and discrimination. Demand for jury trial." Case 3:18-cv-05215 United States District Court Northern District of California

66 Catherine A. Mackinnon. *Sex Equality*. Foundation Press (2001), 361 – 401.

67 La exclusión generada en los orígenes del fútbol, como se mostrará más adelante en el presente artículo, es una de las consecuencias principales de la exclusión de la mujer en la dinámica actual de este deporte.

68 "Cambridge University FA rules football hall of fame honour" BBC News. Acceso el día 9 de junio de 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-england-cambridgeshire-37701939>

Universidad de Cambridge no permitía que las mujeres accedieran a la institución y fue únicamente en 1882 cuando las primeras estudiantes de la universidad pudieron presentar sus exámenes y sólo hasta 1947 se les otorgó la posibilidad de ser miembros de pleno derecho de la institución de acuerdo con los registros históricos de esta Universidad⁶⁹. Por lo tanto, la institucionalización y estructura del fútbol moderno fue dada en un contexto plenamente masculino por lo que se concibió por y para este género.

Esto implicó que las mujeres no lograran posicionarse como actores relevantes en el fútbol creando así dos situaciones de ruptura en el derecho a la igualdad. Por un lado, la imposibilidad de la mujer para hacer parte de las estructuras de poder en la sociedad y de las bases fundacionales y órganos de gobernanza del deporte. Por el otro, la imposibilidad material de profesionalizar el fútbol femenino en condiciones igualitarias como resultado la existencia de brechas salariales. Esta última situación se evidencia en el caso de la selección femenina de Estados Unidos, el cual contraviene de forma directa contra el derecho que tienen las mujeres a gozar de condiciones de trabajo satisfactorias y equitativas como lo establece el artículo 6 del Pacto DESC y el derecho a la igualdad de género. Adicionalmente, la falta de una participación femenina en los órganos de gobernanza del fútbol limita la representación y representatividad. Por ejemplo, en la composición del Consejo de la FIFA⁷⁰, órgano máximo del deporte, de los 37 miembros únicamente 6 son mujeres.

Sobre el ejemplo de la selección femenina de Estados Unidos, resulta pertinente resaltar la existencia de estándares no objetivos de diferenciación de trato entre hombres y mujeres, ya que la brecha salarial no se establece a partir de criterios objetivos de juego⁷¹. En este caso, las jugadoras de Estados Unidos presentan mejores resultados que la selección de hombres. Esto impide la igualdad material en el mismo nivel profesional que tienen los hombres en el fútbol pues, a pesar de que se les permite jugar, no se hace en las mismas condiciones en las que históricamente lo han hecho los hombres. Lo anterior, en tanto no existen criterios laborales efectivos que permitan la consolidación de la práctica como un trabajo decente que se manifiestan en el no reconocimiento de la indemnización por formación, brechas salariales y ganancias derivadas de bonificaciones por jugar en un equipo.

69 “About the University - Early records”. Universidad de Cambridge. Acceso el 4 de agosto, 2019. <https://www.cam.ac.uk/about-the-university/history/early-records>

70 “Who We Are”. Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso el día 3 de junio de 2020. <https://es.fifa.com/who-we-are/fifa-council/#:-:text=El%20Presidente,-Presidente&text=El%20Consejo%20de%20la%20FIFA%20es-t%C3%A1%20integrado%20por%2037%20miembros,una%20mujer%20entre%20sus%20representantes>.

71 Los criterios objetivos deben estar vinculados al juego debido a que la actividad profesional es el deporte por lo que indicadores como los resultados en los partidos y rendimiento deportivo deberían ser el eje central de la valoración.

II. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

La discriminación directa en el fútbol femenino es un concepto determinante para entender las barreras que existen en la profesionalización de este deporte, por cuanto el menoscabo en los derechos de las mujeres a tener un trabajo en condiciones equitativas se ha derivado, en la mayoría de los escenarios, del tratamiento de género diferenciado por motivos prohibidos basados en criterios no objetivos. Teniendo en cuenta lo anterior, con el fin de analizar de forma integral la situación de discriminación de las mujeres en el deporte, resulta necesario estudiar si la situación entre hombres y mujeres en este contexto resulta comparable, es decir, si es posible exigir las mismas condiciones debido a que las condiciones de juego y la dinámica detrás de su práctica deportiva es la misma. Al respecto, existen dos puntos fundamentales, la comparabilidad en términos del juego y la comparabilidad en términos de mercado.

La comparabilidad relativa al juego es evidente pues las reglas mediante las cuales se lleva a cabo el espectáculo son las mismas^{72 73}. Esto quiere decir que los estándares normativos de juego que delimitan el fútbol se aplican, de igual forma, tanto a hombres como a mujeres. Por ejemplo, la decisión de la FIFA sobre el no reconocimiento de la indemnización por formación, la cual se justifica en que el juego femenino es incomparable con el juego de once hombres, configura un hecho inminente de discriminación directa. El trato diferenciado que recibe el juego femenino hace parte de un criterio arbitrario que responde a la jerarquía del juego masculino⁷⁴ y menoscaba los derechos de las mujeres sólo por el hecho de ser mujeres, pues desde la perspectiva deportiva el juego se da en las mismas condiciones incluyendo aspectos como características de la cancha, elementos de juego como el balón, reglas arbitrales, entre otras.

Adicionalmente, las condiciones laborales de las mujeres⁷⁵ se han justificado a partir del poco impacto económico que tiene el fútbol femenino en el mundo. De igual manera, las condiciones ofrecidas por los clubes son discriminatorias en tanto su finalidad no busca disminuir la brecha entre hombres y

72 Reglas del Juego 2018/19. Junta de la Asociación Internacional de Fútbol (IFAB). Acceso el día 31 de mayo de 2020. <https://img.fifa.com/image/upload/qafaroqbviwls7vqabkl.pdf>

73 Incluyendo números de jugadores, dimensiones de la cancha, características del balón, normas arbitrales, tiempos de juego, entre otros.

74 Esta jerarquía se puede ver en la precaria argumentación de la CRD de la FIFA que señala que el juego de once hombres es aquel que merece la indemnización y el juego femenino por no ser como este no debe reconocer este derecho.

75 Como se ha mencionado, la mayoría de mujeres no cuentan con un contrato oficial de vinculación a un club deportivo, no reciben contraprestación económica por su actividad e incluso se ven obligadas a tener otra actividad laboral que les permita subsistir.

mujeres⁷⁶, sino que prioriza las inversiones en los equipos masculinos de cada club. Esto genera una situación diferenciada que aparentemente responde a una cuestión de sostenibilidad económica, pero se concreta en la imposibilidad de profesionalizar en sentido formal la práctica de fútbol femenino.

Es posible pensar que la razonabilidad de las medidas aplicadas se fundamenta en la diferencia de ingresos que existe entre el fútbol femenino y el fútbol masculino, ya que el primero no presenta una actividad económica tan sólida como el segundo y el reconocimiento de la indemnización, la brecha salarial y los incentivos económicos para mujeres podrían considerarse económicamente insostenibles. Sin embargo, cada una de estas tiene una razonabilidad que trasciende la esfera económica y empresarial. En primer lugar, la figura de la indemnización por formación se calcula como un porcentaje del valor de la transferencia lo que quiere decir que siempre será proporcional a las dinámicas de mercado, incluso cuando los ingresos percibidos en el fútbol femenino no son comparables con los recibidos por los equipos masculinos. En segundo lugar, si bien las ganancias derivadas del fútbol femenino no son equiparables a las del fútbol masculino esto no implica que sean nulas, por lo que existe una inminente discriminación de género en los casos en que las jugadoras no reciben ninguna contraprestación por su labor profesional.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que las situaciones descritas derivan principalmente del diseño de normas y la concepción estructural del deporte⁷⁷ que no han tenido en cuenta a la mujer como sujeto en las dinámicas deportivas, por lo que la aplicación de normativa deportiva queda en cabeza de jueces de esta jurisdicción que aún emplean argumentos discriminatorios de género y defienden lo que se denomina “fútbol tradicional”. Además, esta barrera se manifiesta en acciones estructurales que niegan, no sólo el derecho de las profesionales al trabajo, sino también el de las niñas y jóvenes a recibir una educación deportiva que resulta esencial para romper los pilares heteronormativos del deporte⁷⁸.

76 En este punto es necesario señalar la tensión que se genera entre el derecho a libertad de empresa que tienen los clubes y el derecho a la igualdad en el marco del género. Sobre esto es importante mencionar que debe existir un equilibrio entre ambas disposiciones ya que si bien la libertad de empresa es derecho esencial para la dinámica económica se debe tener en cuenta que las disposiciones de derechos humanos son de obligatorio cumplimiento para las empresas lo cual implica que deben evitar que sus propias actividades contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre la protección de los derechos humanos tal y como lo establecen las Naciones Unidas en el documento “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. HR/PUB/11/04” disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

77 Resulta oportuno mencionar que en algunos casos no sólo es el diseño de normas sino la ausencia de reglamentación pertinente que involucre a las mujeres en el deporte.

78 La barrera de la educación deportiva se da principalmente por el desincentivo económico que representa el no reconocimiento de la indemnización por formación en caso de niñas y adolescentes ya que no resulta económicamente sostenible y, en términos comerciales, no resulta atractivo como inversión económica.

Se debe mencionar que en los últimos años se han creado iniciativas que pueden remediar la situación expuesta, como por ejemplo los reglamentos de licenciamiento CONMEBOL, el cual exige a los clubes masculinos tener un equipo de mujeres para poder participar en las competiciones de esta Confederación. Esta medida representa una acción afirmativa que busca fomentar la inversión de los clubes en el fútbol femenino⁷⁹ y surge de los constantes debates que se han dado alrededor del mundo sobre los derechos de las mujeres y la importancia de que el fútbol se encamine a la eliminación de la desigualdad y discriminación de género. Esto considerarse efectivo para lograr la ruptura de barreras para la profesionalización, debido a que no sólo exige la creación de equipos y condiciones básicas para el ejercicio profesional del fútbol femenino, sino que también supedita la práctica masculina a la materialización de estas garantías que merman la desigualdad de género.

III. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Para configurar una situación de discriminación indirecta, se debe evaluar si existen criterios neutrales que impliquen una discriminación de género en el criterio específico. En el caso de las condiciones mencionadas, no se identifican criterios que puedan ser considerados como neutrales, debido a que no existen acciones afirmativas o “remedios” que hayan sido empleados con el fin de propender la igualdad de género que promuevan una situación de discriminación o disparidad.

Sobre esto último, es pertinente señalar que, las disposiciones normativas, jurisprudenciales y el comportamiento de las ganancias derivadas del fútbol femenino se deben considerar como una discriminación directa en tanto consolidan tratos diferenciados de género derivados de situaciones objetivas y equiparables como se mencionó anteriormente. Además, las iniciativas para fomentar el fútbol femenino, como los requisitos de licenciamiento CONMEBOL, si bien pueden ser insuficientes a la hora de abordar la problemática no conllevan a un nuevo criterio de discriminación, ya que se limitan a establecer un requisito de inversión en el fútbol femenino a los equipos masculinos.

IV. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Los estereotipos de género son tal vez la barrera más problemática para la profesionalización del fútbol femenino, pues pueden ser considerados como la motivación de las disposiciones normativas discriminatorias que se han mencionado a lo largo de este artículo y, también establecen un comportamiento por parte de la sociedad que no apoya los espacios de participación femenina. Estos dos escenarios son particularmente complejos en tanto responden a una normalización de las jerarquías masculinas y a la

79 Esta finalidad de la medida fue manifestada en una comunicación del abogado de la CONMEBOL Mariano Zabala en agosto de 2018.

exclusión histórica de mujeres de estos espacios por no considerarlos apropiados para ellas.

El fútbol como actividad profesional está estrechamente ligado a las dinámicas de mercado como ocurre en las transferencias y las ganancias por transmisiones y patrocinio. Esto implica que para que el fútbol se considere un escenario en el que las mujeres tengan una participación equitativa se deben romper las estructuras tradicionales que definen lo que se considera apropiado para la labor de una mujer. En la Sentencia T-366 de 2019, la Corte Constitucional de Colombia⁸⁰ menciona la concepción de dicotomía que se le ha dado a lo masculino y a lo femenino para la valoración del cuerpo y cómo el deporte directamente relacionado con la actividad física se ve perjudicado por estos estereotipos. Al ser una concepción sumamente arraigada en la sociedad, esta dinámica se genera desde edades tempranas como ocurre en la situación fáctica que da paso a la sentencia⁸¹ y que conlleva a que los deportes se practiquen diferenciando entre niños y niñas. De esta manera se termina por consolidar un estigma cultural desde la niñez en el que no son actividades comparables. Mientras prevalezca esta concepción en la estructura deportiva, el fútbol femenino no logrará posicionarse en la sociedad y, por lo tanto, no consolidará un entorno que permita la equidad de género en el deporte.

Los estereotipos que existen sobre el rol de la mujer en la sociedad, si bien se han reducido respecto a otras épocas de la historia siguen estando presentes en la sociedad. Uno de los estereotipos predominantes en el deporte, por su misma naturaleza, es el cuestionamiento de la mujer desde su fuerza y capacidad física, ya que la actividad deportiva propia de un deporte de contacto desafía la concepción del cuerpo femenino como un elemento conservado para labores de maternidad y que muchas veces se considera débil, pues está destinado a labores de cuidado que se dan en un entorno seguro y estático como es el hogar. Esta perspectiva del cuerpo de las mujeres, demuestra cómo la sociedad aun considera que existen comportamientos apropiados e inapropiados sobre el cuerpo de la mujer, con lo cual no sólo desconoce la autonomía que tiene sobre su cuerpo, sino que también limita su libertad para decidir reforzando los roles de género como parámetros de comportamiento absolutos.

La concepción del rol de la mujer ha conllevado a que el fútbol femenino tenga una capacidad de convocatoria muy baja y sus ganancias sean sustancialmente inferiores al espectáculo masculino. Esto se da principalmente porque el estereotipo de género no contempla a la mujer como una jugadora. En este punto, resulta pertinente realizar una comparación entre el certamen de belleza Miss Universo y

80 Corte Constitucional de Colombia STC T-366 del 13 de agosto de 2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

81 En este caso la menor María Paz Mora que ha jugado fútbol desde los tres años se inscribió con un equipo de sólo hombres a la Liga Pony Fútbol organizada por la División Aficionada del Fútbol Colombiano. Esta inscripción fue aceptada sin ninguna objeción alguna. Sin embargo, en el desarrollo del torneo el equipo del que hacía parte la menor fue sancionado por el Comité Disciplinario de la Liga por una irregularidad en las inscripciones que respondía a la inscripción de María Paz Mora como parte del equipo masculino.

el Mundial de fútbol femenino la cual denota cómo la ausencia de ganancias en el fútbol esta inminentemente ligada al estereotipo de género alrededor del cuerpo de la mujer. Mientras que el certamen de belleza en el año 2007 alcanzó una audiencia de 7.1 millones de espectadores⁸²⁸³, según estudios del Nielsen Research, el partido femenino en el año 2018 entre el Atlético de Madrid y FC Barcelona, dos de los equipos más importantes del mundo, logró apenas una audiencia 271.000 espectadores (Real Federación Española de Fútbol 2018)⁸⁴.

Así, la normalización de los estereotipos logra desincentivar el apoyo al fútbol femenino en términos de espectadores y en consecuencia de patrocinio. Es decir, la naturaleza del mercado y la dinámica de elección de consumo del espectador está determinada por los estereotipos en los que la mujer no encaja en un deporte de contacto que tradicionalmente ha sido de hombres. Además, aumenta la desigualdad y la falta de oportunidades como se evidencia en el caso de las transferencias, ya que el valor de estas transacciones es un reflejo directo de la rentabilidad que tiene el deporte derivado de la aceptación del mismo por parte de la sociedad.

V. CONCLUSIÓN

Como se ha demostrado a lo largo del presente artículo, las problemáticas de género en el fútbol han estado marcadas principalmente por la presencia de discriminación y la perpetración de estereotipos que representan una barrera para la profesionalización de las mujeres en este deporte y, en consecuencia, una barrera para la igualdad material. Así, resulta necesario la adopción de medidas desafíen la visión histórica que existe sobre la mujer y el deporte para alcanzar una comprensión integral de las mismas y repensar las estructuras sociales y culturales que han conllevado a la normalización de que un deporte, únicamente diferenciado en el juego por el género de sus jugadores, sea considerada mejor y se consolide como predominante en la sociedad.

82 Si bien la popularidad de los certámenes de belleza como Miss Universo ha ido en declive, en el pasado era uno de los eventos con mayor acogida en la sociedad. Por ejemplo, en concordancia con los datos presentados de 2007, en el año 2010 la noche de coronación de Miss Universo el nombre de la ganadora se convirtió en el tercer nombre más buscado esa noche en Google y el tema fue el más comentado en Twitter. Se contrasta con el periodo de mayor popularidad en Miss Universo con el fin de hacer una comparación equivalente ya que si bien el fútbol femenino no se encuentra en su auge el fútbol como deporte sí como se ha mencionado en diferentes secciones del presente artículo.

83 Gabriela Torres “Miss Universo, ¿negocio, cultura o degradación?” BBC Mundo. 24 de agosto de 2020. Acceso el día 9 de junio de 2020. https://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/08/100824_miss_universo_mexico_triumfo_gtg

84 Es necesario aclarar que la audiencia mencionada en el caso de Miss Universo se logró hace más de diez años, mientras que para la fecha en la que el certamen alcanzaba dicho rating el fútbol femenino aún no contaba con disposiciones que permitieran su fomento y, por lo tanto, su transmisión. Lo anterior demuestra que los estereotipos alrededor del cuerpo de la mujer han permitido que prácticas que tradicionalmente se consideran más adecuadas o legítimas por su rol sean fortalecidas y tengan un desarrollo real en la sociedad, rezagando otras prácticas profesionales y limitando la autonomía de la mujer para decidir su profesión.

Sobre esto último, resulta pertinente mencionar el enfoque cultural ya que culturalmente se ha adoptado la percepción de que el juego “significativo” y “relevante” únicamente es el de los hombres. Esto no solo ha afectado la profesionalización del fútbol para las jugadoras actuales, sino que también ha generado un desincentivo en la formación de niñas en esta materia por parte de las escuelas formadores, debido a la inexistencia de reconocimiento monetario por la formación. También ha consolidado un espacio que no resulta atractivo como carrera profesional debido a la falta de garantías que permitan alcanzar una carrera digna y sostenible.

En conclusión, si bien se han presentado algunos avances sobre el tema, siendo uno de ellos la importancia que se está dando al debate sobre la igualdad, existen aún situaciones que fomentan y mantienen la discriminación y tratos diferenciados. Así las cosas, para lograr un cambio sustancial que permita convertir al fútbol en una aspiración profesional sostenible para las mujeres es necesario una intervención de los órganos deportivos que, en primer lugar, desafíe el estereotipo de género tradicional y normalice la participación de mujeres en el fútbol y, en segundo lugar, plantee un modelo económicamente sostenible para garantizar la continuidad de la actividad.

BIBLIOGRAFÍA

ATTORNEYS FOR PLAINTIFF HOPE SOLO. 2018. “Hope Solo v. United States Soccer Federation. Complaint for violation of the equal pay act and discrimination. Demand for jury trial.” Case 3:18-cv-05215 United States District Court Northern District of California

“Big 5 transfer window analysis summer 2019” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 23 de enero de 2020. <https://resources.fifa.com/image/upload/big-5-report-2019-summer.pdf?cloudid=jukgf7kxzbvnmn9mhiz>

Blanco, Thomas. “Didier Drogba, el futbolista que detuvo una guerra civil” 22 de noviembre 2018. El Espectador, Acceso 1 de junio de 2020 <https://www.elespectador.com/colombia2020/pais/didier-drogba-el-futbolista-que-detuvo-una-guerra-civil-articulo-857402/>

“Cambridge University FA rules football hall of fame honour” BBC News. Acceso el día 9 de junio de 2020, <https://www.bbc.com/news/uk-england-cambridgeshire-37701939>

Corte Constitucional de Colombia STC T-366 del 13 de agosto de 2019. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

Conway, Jill K. Bourque, Susan C. y Scott, Joan W. “El concepto del género” En *El género la construcción cultural de la diferencia sexual*, editado por: Dora Cadarci, Mary Goldsmith, Graciela Hierro, Claudia Lucotti, Mercedes Pedrero, Greta Rivara, Martha Judith Sánchez, María Luisa Tarrés y Margarita Velázquez. México, DF: Miguel Ángel Porrúa (1996).

David Young y Harold Abraham. 2020. “Olympic Games”. *Encyclopædia Britannica*. Acceso el 15 de marzo de 2020. <https://www.britannica.com/sports/Olympic-Games/Women-and-the-Olympic-Games#ref59591>

Decisión sobre indemnización por formación No. 411375 del 7 de abril de 2011. Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA. <https://resources.fifa.com/image/upload/411375.pdf?cloudid=mddehp33qaqnlqvcjvbjv>

Decisión sobre indemnización por formación 11150999-E del 5 de noviembre de 2015. Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA. <https://resources.fifa.com/image/upload/11150999-e2864367.pdf?cloudid=tm48dsuriomt82efscnx>

Directiva No. 105 – 01 – 02/2011, 10 de febrero de 2011. Unión Europea de Asociaciones de Fútbol. https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/Publications/01/59/87/45/1598745_DOWNLOAD.pdf

Dunning, Erick “El fenómeno deportivo: estudios sociológicos en torno al deporte, la violencia y la civilización”. Barcelona: Editorial Paidotribo, 2003.

Torreadella-Flix, “Fútbol en femenino. Notas para la construcción de una historia social del deporte femenino en España” *Investigaciones Feministas* No. 7 (2016): 313-334 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=20051>

Fernández, Ezequiel. “Argentina 78, el fútbol como coartada de la dictadura”. 12 de junio de 2018. *The New York Times*, Acceso 1 de junio de 2020 <https://www.nytimes.com/es/2018/06/12/espanol/america-latina/argentina-78-mundial-rusia-fifa.html>

“2018 FIFA World Cup Russia™ Global broadcast and audience summary” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso el día 15 de diciembre de 2019. <https://resources.fifa.com/image/upload/2018-fifa-world-cup-russia-global-broadcast-and-audience-executive-summary.pdf?cloudid=njqsntrvqv8hoidag5>

Garrow, David J. “Toward a Definitive History of *Griggs v. Duke Power Co.*”. Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2014-05 (2014). <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>

General Recommendation No. 28, 2010. General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women” Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf>

“Global transfer global transfer market report 2019 - Women professional football”, Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 23 de enero de 2020. <https://resources.fifa.com/image/upload/global-transfer-market-report-2019-women.pdf?cloudid=dm3mxtl95tjrufvuohwn>

“Jugadores más Valiosos” Transfermarkt. Acceso 9 de junio de 2020. <https://www.transfermarkt.es/marktwertetop/wertvollstespieler>

Ley del Congreso 88-352, 78 United States Statutes at Large 241, 2 de julio de 1964, Ley de Derechos Civiles. Sobre la prohibición de discriminación y segregación racial.

Martin, Will. “The world’s best-paid male footballer earned 272 times more than the highest earning female player last year”, Business Insider Australia, 25 de marzo de 2020. Acceso el día 1 de abril de 2020. <https://www.businessinsider.com.au/football-gender-pay-gap-lionel-messi-272-times-carli-lloyd-2020-3>

Mackinnon, Catherin A. “Reflections on Sex Equality under Law”. The Yale Law Journal Vol. 100, No. 5, Centennial Issue: 1281-1328 (1991). <https://www.jstor.org/stable/796693?seq=1>

Mackinnon, Catherin A. *Women’s lives, men’s laws*, 516, Cambridge Belknap: Harvard University Press (2005).

“Memoria del Director General: Trabajo Decente”. Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 1999. <http://www.oit.org/public/spanish/standards/reim/ilc/ilc87/rep-i.htm>

Morsink, Johannes. “Women’s Rights in the Universal Declaration”. Human Rights Quarterly Vol. 13, No. 2: 229-256 (1991). <https://www.jstor.org/stable/762661?seq=1>

Naciones Unidas en el documento “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. HR/PUB/11/04” disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Nivel Spivey. 2004. *The Ancient Olympics*. New York: Oxford University Press, 117-121.

Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 de 2009. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1aoSzabooXT-dImnsJZZVQdqeXgncKnylFC%2BlzJjLZGhbGEpdZH9H%2BnL3SUrW1rkoghii71n9xiUhOpuwOgevQ2Cvs1jalhQEwQJ5Pz3ydHD>

Observación General No. 20 E/C.12/GC/20 de 2009. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

Ortiz Paredes, Jesús “Historia del fútbol: Evolución cultural” EFDeportes. Volumen No. 106 2007 <https://www.efdeportes.com/efd106/historia-del-futbol-evolucion-cultural.htm>

“¿Qué son los objetivos de desarrollo sostenible?”. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Acceso el día 5 de junio de 2020. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

Ramírez, Diego. “Los 20 clubes más valiosos del fútbol mundial en 2018”. 23 de mayo de 2018. Forbes México, Acceso 19 de septiembre de 2019 <https://www.forbes.com.mx/los-20-clubes-mas-valiosos-del-futbol-mundial-en-2018/>

Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, 1 de julio 2019. Federación Internacional de Fútbol Asociación.

Reglas del Juego 2018/19. Junta de la Asociación Internacional de Fútbol (IFAB). Acceso el día 31 de mayo de 2020. <https://img.fifa.com/image/upload/qafaroqbviwls7vqabkl.pdf>

Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 640 (VII), 20 de diciembre de 1952. Convención de los Derechos Políticos de la Mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Romero Prieto, Julio E. “La maternidad y el empleo formal en Colombia” Banco de la República de Colombia – Centros de Estudios Regionales (CEER) Cartagena. Núm. 268 (2018), 1-8.

“Se aprueba el Reglamento de Licencias de Clubes en el Fútbol Femenino”. Confederación Sudamericana de Fútbol. Acceso el día 5 de junio de 2020. <http://www.conmebol.com/es/se-aprueba-el-reglamento-de-licencia-de-clubes-en-el-futbol-femenino>

Stoller, Robert J. “A further contribution to the study of gender identity”. *The International journal of psychoanalysis* 49: 364, 364-369.

The Olympic Games in Antiquity”. The Olympic Museum Educational and Cultural Services. Acceso el día 3 de marzo de 2020. https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Document-Set-Teachers-The-Main-Olympic-Topics/The-Olympic-Games-in-Antiquity.pdf#_ga=2.173886122.822755900.1586626510-76447359.1586626510

“The world’s highest-paid soccer players 2017”, Forbes. Acceso 1 de abril de 2020. <https://www.forbes.com/pictures/5924841ba7ea434078d44dcf/2-lionel-messi-barcelona-/#36ce1aec22ce>

“TMS” Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso 3 de junio de 2020. <https://www.fifa.com/who-we-are/legal/tms/>

“Trabajo Decente”. Organización Internacional del Trabajo. Acceso 4 de junio de 2020. <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

Tobler, Christa. "Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under", 3-14, Antwerpen-Oxford: Intersentia (2005)

Torres, Gabriela "Miss Universo, ¿negocio, cultura o degradación?" BBC Mundo. 24 de agosto de 2020. Acceso el día 9 de junio de 2020. https://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/08/100824_miss_universo_mexico_triunfo_gtg

"Who We Are". Federación Internacional de Fútbol Asociación. Acceso el día 3 de junio de 2020. <https://es.fifa.com/who-we-are/fifa-council/#:~:text=El%20Presidente,-Presidente&text=El%20Consejo%20de%20la%20FIFA%20est%C3%A1%20integrado%20por%2037%20miembros,una%20mujer%20entre%20sus%20representantes>.

ESTERILIZACIÓN FORZADA A MUJERES CON DISCAPACIDAD COGNITIVA EN COLOMBIA: NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

MARÍA MOLINARES TORRES*

Recibido: enero 8 de 2020 . Aceptado: 20 de mayo de 2020

RESUMEN

A partir de vivencias y experiencias relatadas sobre mujeres con discapacidad cognitiva (en adelante MDC), cuidadoras y funcionarios(as) de salud, se analizarán los modelos base en los cuales históricamente se ha entendido la discapacidad y el modelo que ha adoptado la Corte Constitucional colombiana al momento de decidir sobre la esterilización forzada de estas mujeres. Partiendo del trabajo de campo, se evidenciarán algunos aspectos, contextos y condiciones sociales, culturales y económicas que no han sido considerados en el abordaje jurisprudencial y legal sobre la discapacidad. Estos aspectos deberán ser analizados para cumplir con las obligaciones internacionales sobre la forma de entender y tratar la discapacidad desde un modelo social, y para dar tratamiento a los casos con una perspectiva de género que responda verdaderamente a sus necesidades.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, consentimiento, discapacidad, esterilización forzada, mujeres con discapacidad, perspectiva de género.

* Abogada de la Universidad del Norte, Barranquilla con Maestría en Derecho (investigación) de la Universidad Icesi, Cali. Ha trabajado en proyectos de investigación relacionados con víctimas de conflicto armado, género y geografía legal, y violencias basadas en género en espacios universitarios. Sus líneas de investigación en este momento giran en torno al género: políticas públicas, discapacidad, derechos sexuales y reproductivos, y derechos humanos.. Correo: mfmolinales@uninorte.edu.co

FORCED STERILIZATION OF WOMEN WITH COGNITIVE DISABILITIES IN COLOMBIA: A NEED FOR A GENDER PERSPECTIVE ANALYSIS

MARÍA MOLINARES TORRES*

Received: january 8, 2020. Accepted: may 9, 2020.

ABSTRACT

Based on the experiences of women with cognitive disabilities (hereinafter MDC), caregivers, and public health officers, the models on which disability has historically been understood and the model adopted by the Colombian Constitutional Court when deciding on the forced sterilization of these women will be analyzed. The fieldwork will show that some aspects, contexts and social, cultural, and economic conditions have not been considered in the jurisprudential and legal approach of the subject. Therefore, these aspects must be analyzed to comply with international obligations on how to understand and treat disability from a social model and to treat cases from a gender perspective that truly responds to their needs.

KEY WORDS

Capacity, consent, disability, forced sterilization, women with disabilities, gender perspective.

* Lawyer from Universidad del Norte, Barranquilla with an LLM (investigation) from Universidad Icesi, Cali. Has worked in investigations related to victims of armed conflict, gender and legal geography, and gender based violence. Her investigation right now is based on gender: public policy, disabilities, sexual and reproductive rights, and human rights. E-mail: mfmolinares@uninorte.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

Andrés Felipe de 18 meses falleció el año pasado porque nadie pudo cuidarlo. Su bisabuela Margarita de 62 años, su abuela Martha de 34 y su madre Mariana de 18, quien no sabía cómo quedó embarazada, tienen “retraso mental” severo. Andrés Felipe nació con problemas motores y dificultades para alimentarse e ingresó en más de 6 oportunidades al puesto de Salud de Siloé, por diferentes razones que fueron desde pañalitis, dermatomicosis facial, convulsiones, hasta desnutrición severa. A raíz de esta última complicación tuvieron que colocarle un balón gástrico o “botón de Mickey” para alimentarlo, darle medicación y descomprimirle el estómago. Esto ocurrió porque no le fueron suministrados los medicamentos ordenados, la leche de fórmula se le daba a destiempo e incluso se le alimentó con comida de adulto.

Lucía, funcionaria del puesto de Salud de Siloé, quien atendió e hizo seguimiento al caso, manifestó que “el caso de Andrés Felipe es el caso que te hace ver por qué no deberían poder tener hijos si la persona no puede cuidarse sola ni tiene buenas redes de apoyo”⁰¹. La historia anterior y la postura de Lucía dan cuenta de una discusión que ha permeado por mucho tiempo ámbitos sociales, culturales y jurídicos, sobre si las personas con discapacidad (en adelante PCD), especialmente las mujeres, tienen o no la capacidad o deberían tener o no la posibilidad de decidir tener hijos(as) o si deben esterilizarse. Si la decisión de esterilizar o no a una MDC depende de su representante legal, como ocurría en virtud del artículo 6° de la ley 1412/10, o de la voluntad de ella como propone la nueva ley 1996/19. Este trabajo propone considerar, además de los elementos anteriores, los contextos sociales, económicos y familiares de cada caso.

La teoría jurídica clásica define como persona a aquel sujeto autónomo, capaz de contraer obligaciones, exigir derechos y, en esa medida, relacionarse y aportar a la sociedad. Para el Estado moderno, el consentimiento y la capacidad son conceptos básicos, atributos que lo definen y determinan. Esta última

01 *Abogada, Magíster en Derecho, modalidad investigación. Mfmolinaires@uninorte.edu.co

La historia de Andrés fue narrada durante la entrevista realizada a Lucía (nombre cambiado) el día 21 de enero de 2019.

se divide en capacidad de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda se refiere a la idoneidad para ejercerlos por sí mismo(a). La capacidad de ejercicio, fuertemente vinculada al principio de autonomía y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, está restringida para ciertas personas según el ordenamiento jurídico de cada país. El derecho civil colombiano (art. 1504 Código Civil) hasta el 2019 con la ley 1996, reconocía como incapaces de ejercer y exigir por sí mismos sus derechos, contraer obligaciones ni expresar su voluntad a aquellas personas a las que les faltaba o tenían alguna insuficiencia en su desarrollo mental (menores y dementes). Pese a que algunas legislaciones siguen utilizando el término “demencia”, hoy se conoce como discapacidad.

El concepto discapacidad ha sido debatido, construido, deconstruido y reconstruido a lo largo de la historia tanto en ámbitos sociales como legales. Se ha visto como un castigo divino o enfermedad, y recientemente, según el preámbulo de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), como resultado de “la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁰². Estas concepciones entrañan también formas diferentes de ver la capacidad y el consentimiento de las PCD que van desde anularla hasta reconocerla plenamente.

Tantas han sido las formas de entenderla que la comunidad internacional sintió la necesidad de unificar criterios suscribiendo convenciones como la CDPD, que Colombia firmó el 30 de marzo de 2007. Fue aprobada por el Congreso mediante la ley 1346/2009, declarada constitucional por la Corte mediante la C-293 de 2010 y ratificada en mayo de 2011. Esta Convención reconoce la plena capacidad de las PCD y prohíbe el consentimiento sustitutivo⁰³.

Pese a los compromisos internacionales, existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones sobre capacidad que contrarían el orden internacional. Disposiciones como el artículo 6° de la ley 1412/10 y sentencias como la C-131/14 y la C-182/16, que autorizaban a los representantes legales a decidir sobre la esterilización o no de una MDC sin el consentimiento de esta, evidencian dicho incumplimiento. Esta práctica que tiene fuertes connotaciones de género es realizada hoy en Colombia y hasta hace pocos meses estaba autorizada por la ley.

El trabajo de campo de esta investigación tuvo lugar entre enero y julio de 2019. Se realizaron obser-

02 Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

03 Excepción al consentimiento informado. Según la Corte Constitucional, este es válido: (...) “(iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-303/16, M.P Jorge Igancio Pretelt Chaljub. Es decir, se autoriza a quien ejerce la representación legal para que tome las decisiones por esta.

vaciones de 1 y 2 horas en el puesto de salud de Siloé, barrio que se encuentra en la parte occidental de la comuna N°20 de la ciudad de Cali y que a su vez está compuesto por once barrios. Se ubica entre los Farallones de Cali, la Avenida De Los Cerros, el cerro Cristo Rey y el cerro Bataclán. En esta zona hubo fuerte militancia del M-19 y el ELN y hoy presenta problemas debido a riñas entre pandillas por múltiples razones como el narcotráfico. Hoy se encuentran en la zona las terceras generaciones de familias desplazadas, sin escrituras públicas y sin apoyo del Estado. Lo que ha generado pobreza, informalidad laboral y problemáticas sociales.

Adicionalmente, se realizaron 3 entrevistas, dos de las cuales fueron a una funcionaria del puesto de salud los días 21 de enero y 22 de julio del 2019. La otra, fue a dos miembros del equipo de RBC (Rehabilitación Basada en la Comunidad) el 1 de febrero del 2019. Estas tenían una duración de una hora u hora y media, tiempo en el que se conversó sobre su experiencia como funcionarios de salud, su labor con PCD, su conocimiento sobre casos de PCD que hayan sido esterilizadas y/o casos en donde fueron ellos(as) quienes se lo hayan recomendado, las condiciones y contextos de estos(as), entre otros temas.

Sumado a lo anterior, el 24 de julio se visitó y entrevistó a una MDC y a su cuidadora y se compartió con ellas todo el día. Llegar hasta su casa desde la estación más cercana del Mío (lo que implicaba: Mío, Mío cable y jeep) hasta la realización de sus actividades cotidianas como comer, limpiar y las propias para su sustento. Toda esta información fue transcrita y consignada en diarios de campo.

La información que se obtuvo en las observaciones y entrevistas se analizó teniendo en cuenta lo establecido en la teoría, contrastándolo con lo plasmado en documentos, disposiciones nacionales y jurisprudenciales sobre discapacidad y esterilización forzada.

La Corte Constitucional colombiana solo se ha pronunciado en 13 oportunidades sobre la esterilización forzada de MDC. Estos pronunciamientos se han realizado entre 2002 y 2019. Para analizarlos se tuvo en cuenta: la persona en cuestión, la información sobre contextos familiares o entornos y los aspectos que eran considerados y valorados que respaldaban la decisión del tribunal.

De dicho análisis se puede afirmar que la Corte no tuvo en cuenta el enfoque de género ni categorías como el género, la edad, la condición socioeconómica, la etnia/raza, entre otros, en estos pronunciamientos. Esta obligación, que también se desprende de la CDPD, requiere considerar la diversidad de situaciones, contextos culturales, sociales y económicos de las mujeres. Esta falencia generó que los fallos proferidos por este tribunal reprodujeran ciertos modelos de entender la discapacidad, la capacidad y el consentimiento que no están acordes con la normativa internacional y desconocen con-

textos particulares. Con base en esto, y para proteger verdaderamente sus derechos, esta perspectiva también debe ser empleada a la luz de la Ley 1996/19⁰⁴.

No es excesivo entonces afirmar que la sociedad ha concebido a las PCD como sujetos de segunda. Por ello, es clave comprender la forma en la que los tribunales colombianos, legisladores(as), PCD y sus cuidadores(as) han abordado la situación. Evidenciando, a partir de escenarios reales, aquellos contextos y elementos que debieron – y que deben- ser tenidos en cuenta por funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la esterilización. Para ello, se abordarán los modelos según los cuales se ha entendido la discapacidad y la capacidad de decidir y consentir de las PCD. Primero, el modelo de prescindencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre la esterilización forzada de MDC. Se seguirá con el modelo médico-rehabilitador, precisando algunos elementos fundamentales de esta práctica. Luego, se abordará el tercer modelo, el social, y presentaré dos formas de comprenderlo: la plena, donde se reconoce siempre la total capacidad, voluntad y preferencias de las PCD; y la contextual, cuyo enfoque parte del reconocimiento de la capacidad de las PCD, pero considera necesario tener en cuenta el entorno de esta y factores sociales y económicos que le afectan.

Con base en lo anterior, se planteará la necesidad de analizar y decidir cada caso con una perspectiva de género que considere sus particularidades. Para esto, se presentarán algunos criterios a considerar a la hora de enfrentarse a la posible práctica de esterilización forzada a MDC. Esto, para que las decisiones cumplan y estén acordes con las obligaciones internacionales y la reciente ley, y den cuenta de la realidad contextual de las personas afectadas, de quienes los(as) rodean y de las implicaciones de esas decisiones. Finalmente, se compartirán algunas conclusiones.

2. MODELOS DE ENTENDER LA DISCAPACIDAD

Las PCD han sido rechazadas y oprimidas históricamente por diferentes razones. Por mucho tiempo – y aun hoy- se ha considerado que no tienen la capacidad de consentir ni tomar sus propias decisiones. Esta situación, aunque ha venido cambiando tras el auge de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, no es la mejor dada las barreras sociales y jurídicas con las que se han encontrado. Parte de la problemática ha sido la forma en la que hemos entendido la discapacidad, sus orígenes, causas y participación –o no- dentro de la sociedad.

04 Aunque esta ley está vigente desde su promulgación, el 26 de agosto del 2019, muchas de sus disposiciones establecen plazos para su implementación que pueden ser de 1 año, 18 meses, etc. Durante este tiempo, instituciones como el ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad, se encargarán de regular aspectos y establecer, por ejemplo, los lineamientos y protocolos para la realización de las valoraciones de apoyos.

Para comprender mejor el tema, Agustina Palacios⁰⁵ planteó tres modelos según los cuales se ha abordado la discapacidad. Es importante resaltar que estos “no se dan de manera cronológica sino que coexisten y se manifiestan en las normas y prácticas tanto culturales como jurídicas”⁰⁶.

2.1. MODELO DE PRESCINDENCIA

Daniela es una chica de 28 años con “retraso mental” severo y epilepsia. Su madre, Doña Lourdes llegó a Cali cuando era niña desplazada por la violencia, tiene 50 años y manifiesta que ya no puede controlarla, que la discapacidad de Daniela es como un castigo de Dios por algo malo que ella hizo y que, como tiene miedo de que un posible bebé nazca también con alguna discapacidad, ha adelantado todos los trámites para operarla porque considera que es la única forma de evitarlo. Pese a todos sus esfuerzos, Daniela “se ha dado sus mañas” y no han podido operarla. Ambas viven en la Sirena, parte alta de Arrayanes en Siloé. Para llegar, hay que caminar aproximadamente 20 minutos loma arriba por una trocha de escaleras chiquitas, pues no hay acceso vehicular.

Daniela es muy agresiva. Golpea a su madre, se escapa de la casa, no se toma ninguno de sus 13 medicamentos, tiene varias ETS, y ha sido abusada sexualmente desde los 13 años. Hoy, y sin comprender lo que está haciendo, sostiene relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero, comida y ropa. Con un perrito en brazos recorre a diario varias de las estaciones del Mío y ha sido llevada por personas que la intentan ayudar a 9 hospitales y 4 colegios de la ciudad. En el 2018 ingresó 16 veces al puesto de Salud manifestando que estaba embarazada y que quería tener al bebé⁰⁷.

La forma en la que Doña Lourdes entiende la discapacidad de Daniela coincide con el modelo de prescindencia desarrollado por Palacios⁰⁸. Las dos características principales de este son: 1) entender la discapacidad como un castigo por un pecado cometido por los padres de la persona o un llamado de atención/advertencia de los dioses por una catástrofe que se avecina; 2) considerar que la PCD es improductiva, no tiene nada que aportar y que, por el contrario, es una carga para la comunidad. Esta

05 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008), edición PDF.

06 Sara Hoyos y Mauricio García, “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público* n°31 (2017):7, doi: <http://dx.doi.org/10.15425/r ede pub .38.2017.04>

07 La historia de Daniela fue elaborada con base en la información suministrada por la funcionaria del puesto de salud de Siloé, Lucía (nombre cambiado) en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019 y la realizada a Edgar y Heidy (nombres cambiados) funcionarios de RBC (rehabilitación en casa) el día 1 de febrero de 2019.

08 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

consideración de innecesaridad o prescindencia degeneran en dos sub-modelos: el eugenésico⁰⁹ y el de marginación.

Este modelo no fue adoptado por la Corte Constitucional en ninguno de los pronunciamientos relacionados con la esterilización forzada de MDC. Si bien, algunos fallos adoptan “modelos sustitutivos de la voluntad, en los que se parte de la carencia de agencia moral y autonomía de las personas, en razón de la caracterización de sus habilidades mentales”¹⁰, no se evidencia que se entienda la discapacidad como una desgracia o que la vida en estas condiciones no sea una vida digna. Aunque sí, y hay que decirlo, las decisiones han anulado la voluntad y la capacidad de decidir de la MDC.

2.2. MODELO MÉDICO-REHABILITADOR

Doña Gloria tiene 70 años, sufrió un derrame cerebral a los 37 y ha tenido cáncer dos veces. Durante mucho tiempo fue víctima de violencias por parte de su ex pareja. Hoy no tiene un trabajo formal por lo que realiza y vende manualidades casa a casa. Vive con su hija en una casa de esterilla en Siloé, a 15 minutos montaña arriba en jeep de la estación de brisas de Mayo del Mío cable. Luz Marina tiene 41 años y “retraso mental” severo, sufría convulsiones de pequeña, fue separada de su madre dos veces por el bienestar familiar y fue abusada sexualmente. Desde pequeña presentó problemas para hablar y solo empezó a pronunciar palabras cuando tenía 5 años. Por esto, Doña Gloria decidió llevarla al puesto de salud cercano, los médicos que la atendieron le dijeron que su hija “estaba enferma y que no era ni iba a ser normal”.

Cuando Luz Marina tenía 15 años, su madre decidió llevarla nuevamente al puesto de salud porque la menstruación le causaba muchos dolores, mareos y vómitos. “Los que saben”, como se refiere Doña Gloria a los médicos, dijeron que por su “problema” era mejor esterilizarla, que la ayudaría con la menstruación y la protegería de que la abusaran y quedara embarazada de un bebé con el mismo retraso. Bebé del que ella tendría que hacerse cargo sin apoyo ni recursos porque en sus palabras “Luz Marina no es capaz de cuidarse ni ella misma”. Luego de preguntarle a Doña Gloria si estaba segura y de que ella consintiera, los médicos le realizaron la ligadura de trompas¹¹.

09 Este sub-modelo permitió que la esterilización forzada fuera introducida en países como Estados Unidos por cuestiones eugenésicas y como una opción de tratamiento para el trastorno mental y la discapacidad. Además se fue esparciendo por el mundo y fue interiorizada en 1993 en la Alemania Nazi, en Australia y China en los 80s, en Perú con el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar” (1996-2000) de Fujimori, en Argentina con la ley 26130, entre otros.

10 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 7.

11 Esta historia fue construida con base en la información suministrada por Lucía (nombre cambiado), funcionaria del puesto de salud de Siloé, en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019 y a partir de la visita y entrevista realizada a Doña Gloria y a Luz Marina (nombres reales) el día 24 de julio de 2019.

Esto da cuenta del segundo modelo de entender la discapacidad, el médico-rehabilitador. En cuanto al origen o causas de la discapacidad, ya no se piensa, como Doña Lourdes, en religión, dioses o teleologías. Las razones pasan a ser científicas, se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad, valorando a las personas a partir de estas¹². En cuanto a su “utilidad” o aporte a la sociedad, no se consideran inútiles, se entiende que pueden aportar algo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas y logren asimilarse a las personas “válidas” y capaces. Al ser la discapacidad un asunto de salud, es delimitado y determinado por profesionales expertos, quienes manifiestan la posibilidad o no de la rehabilitación. Cuando no, las PCD son vistas como una carga, incapaces de consentir y dependientes de otros(as).

Que un Estado entienda la discapacidad así, es decir, asimilando la capacidad legal a la capacidad cognitiva o intelectual, se verá reflejado en sus políticas públicas y programas sociales como los de rehabilitación integral de nuestro Ministerio de Salud. Sin embargo, muchas de las políticas que se diseñan, en principio para mejorar su calidad de vida, terminan causando el efecto contrario. Para Palacios estas políticas paternalistas se centran en el déficit de las personas, en las actividades que no puede realizar, subestimando sus aptitudes y habilidades generando más exclusión social y muy pocas oportunidades laborales¹³.

En el marco de este modelo se dieron los primeros grandes avances hacia la protección de los derechos de las PCD. Desde 1950 la Asamblea General de la ONU intentó protegerlos con disposiciones que defendían una perspectiva médico-asistencialista centradas en su prevención. Ejemplo de esto son la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental¹⁴ y la Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁵, entre otras.

En la siguiente subsección se precisarán algunos aspectos de la esterilización forzada en este modelo médico. Esta práctica tiene una fuerte estigmatización hacia la mujer y permite analizar no solo aspectos como la capacidad y el consentimiento sino también la desconexión que muchas veces existe entre

12 Helena Alviar e Isabel Jaramillo plantean que este binarismo simplifica la realidad, da la sensación de que estos representan todas las posibilidades imaginables y termina privilegiando a uno de sus extremos. Si bien, está pensado en términos hombre/mujer, se ha utilizado también sobre las exclusiones por raza, etnia y clase y se podría leer también en clave de salud/enfermedad o capacidad/discapacidad. Véase: Helena Alviar e Isabel Jaramillo, “Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012).

13 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

14 Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, (20 de diciembre de 1971).

15 Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, 9 de diciembre de 1975.

las instituciones, las motivaciones de una norma y la realidad. Las condiciones en algunos contextos llevan a que sea no solo una opción sino la única forma para protegerlos, en especial a las MDC.

2.2.1. ESTERILIZACIÓN FORZADA: UNA CUESTIÓN DE GÉNERO

La esterilización es un método coercitivo de planificación familiar que involucra extraer o inhabilitar quirúrgicamente los órganos reproductivos sin un consentimiento pleno o informado¹⁶. Según Radhika Coomaraswamy, ex Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, es un método de control de la fertilidad de la mujer y representa una grave violación de los derechos de esta¹⁷ y un peligro para su integridad física y su seguridad¹⁸.

Además de las razones expuestas por Doña Gloria y Doña Lourdes, otros autores coinciden en que hay muchas razones para justificar esta práctica¹⁹. Entre ellas, argumentos genético/eugenésicos, control poblacional, mejor interés de la PCD²⁰, bienestar del Estado, la familia y la comunidad en el sentido de la “carga” que estos representan para sus cuidadores(as) y los recursos y servicios del Estado, la incapacidad o incompetencia de estos(as) para cuidar a otros.

En este sentido, las mujeres y niñas con discapacidad están expuestas a múltiples y diferentes formas de discriminación, violencias, abusos y explotación. Según información que compartió PAIIS²¹, el

16 Ani Colekessian, “Violaciones a los derechos de las mujeres: Esterilización forzada, control de natalidad y el VIH y sida”, *Awid (blog)*, 6 de junio de 2013, <https://www.awid.org/es/noticias-y-an%C3%A1lisis/violaciones-los-derechos-de-las-mujeres-esterilizacion-forzada-control-de-la>.

17 Reconocida por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en sus siglas en inglés) como violencia de género y como prioridad de salud pública internacional. Declarada por Naciones Unidas en 2008 como forma de tortura, trato cruel inhumano y degradante hacia la mujer. Se opone a la CDPD respecto del derecho a recibir atención de salud de calidad sobre la base de un consentimiento libre e informado. Para ampliar revisar: art 16° de la Recomendación General No. 19/92, artículo 22° de la Recomendación General No. 21/94 y art 12 numeral 22 de la Recomendación General No. 24/99.

18 “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, *Organización de Naciones Unidas*, acceso el 12 de diciembre de 2018, <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenEl>

19 Véase: Geovana Vallejo, Mónica Hernández y Adriana Posso. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos”. *Revista CES* 8, no.1 (2018), http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/art_icle/view/4272/0; Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 7; Carolyn Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”, *Women With Disabilities Australia* (2018), http://wwda.org.au/wp-content/uploads/2013/12/WWDA_Sub_SenateInquiry_Sterilisation_March2013.pdf.

20 El criterio de “incompetent’s best interest” es anglosajón pero ha sido adoptado y utilizado como un principio de interpretación fundamental de normas que involucren a PCD por muchos estados. Por ejemplo, España lo utiliza como pauta de la petición y del otorgamiento o denegación de la autorización de la esterilización de la persona incapaz. Meilán Lamas, “La esterilización de incapaces”. *Revista Cadernos de atención primaria* 11 (2004): 333-340, http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf.

21 PAIIS, et al., “De la esterilización forzada a la psiquiatría forzada: Reporte sobre violaciones a los derechos humanos de mujeres con discapacidad, mujeres en situación de desplazamiento y personas transgénero”, acceso el 23 de febrero de 2019, <https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/IWHR%20COLOMBIA%202013%20SPA.pdf>

Ministerio de Salud reportó que cada año en Colombia, en promedio 500 mujeres con discapacidad y 120 hombres con discapacidad fueron sometidos al procedimiento²². Si bien hay casos de hombres y niños con discapacidad esterilizados forzosamente, Women With Disabilities Australia (WWDA) asegura que la esterilización afecta desproporcionadamente a las mujeres y niñas y es claramente una cuestión de género, puesto que:

“Las mujeres son generalmente más propensas a experimentar infracciones de su derecho a la salud sexual y reproductiva teniendo en cuenta la fisiología de la reproducción humana y el contexto de género social, jurídico y económico en el que se producen la sexualidad, la fertilidad, el embarazo y la paternidad. Esto se debe a que existen estereotipos persistentes del papel de la mujer dentro de la sociedad y la familia”²³

Lucía es trabajadora social, magister en intervención psicosocial y especialista en familias. Ha trabajado en el sector salud por 13 años y en los últimos 3 años ha trabajado como funcionaria en el puesto de salud de Siloé. Durante este tiempo ha realizado seguimiento al caso de Andrés Felipe, Daniela, Luz Marina y muchos otros. Con base en esta experiencia manifestó que:

“La responsabilidad sobre la planificación recae sobre la mujer porque los hombres viven con una cantidad de mitos sobre la vasectomía... La realidad es que a los niños los violan menos que a las niñas. Partamos de eso y del hecho de que una PCD cognitiva es una persona que no va a tener el goce ni la capacidad ejerciendo su sexualidad. Estar con una persona así ya es una condición de abuso y la mayoría de los casos han pasado así... Tener relaciones con una PCD es abuso y a las mujeres las abusan más. Las mujeres somos las que tenemos la barriga, la responsabilidad de los bebés la tienen las mamás, mujeres con discapacidad, los hombres se van”²⁴

La esterilización -como le dijeron a Doña Gloria y a Doña Lourdes-, ha sido promovida como una acción protectora, “un acto de beneficencia”, una manera de fomentar la paternidad y maternidad responsable y la mejor – si no la única- forma de evitar que, especialmente las MDC, sean víctimas

22 “Corte viola derecho internacional al aprobar esterilizaciones”. *Universidad de los Andes*, acceso el 15 de noviembre 2019, <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/corte-viola-derecho-internacional-al-aprobar-esterilizaciones>.

23 Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”, p. 23.

24 Manifestado durante la entrevista realizada el día 21 de enero de 2019.

de abuso sexual²⁵. Sobre esto último, la esterilización no protege contra el abuso sexual²⁶, al contrario, puede aumentar la vulnerabilidad de la MDC a este. Es menos probable que a una MDC joven que ha sido esterilizada se le enseñe sobre sexualidad o abusos sexuales, ya que no puede quedar embarazada generando que la esterilización pueda dar lugar al encubrimiento del abuso sexual.

La realización de estas intervenciones ha generado movilizaciones por parte de múltiples organizaciones nacionales e internacionales que defienden los derechos sexuales y reproductivos de las PCD. Los(as) defensores(as) argumentan que esta injerencia violenta su autonomía reproductiva porque la sexualidad no solo se refiere a la procreación y que negarles la posibilidad de autodeterminarse equivale a negarles su condición de personas.

Esta situación trae consigo una reflexión más profunda sobre la forma en la que se conciben las PCD y su dignidad humana. La WWDA realizó un trabajo sobre la esterilización como parte de un patrón mucho más amplio de negación de derechos reproductivos de las MDC²⁷. Negación que se basa en un supuesto erróneo de que hay “grados del ser humano” y que solo aquellos que se consideran “completamente humanos” tienen derecho a disfrutar y gozar de sus derechos. Este modelo percibe a las PCD como sub-humanos, carentes de sentimientos, amor, intimidad, identidad y libertad. Sumado a esto, aspectos como la cultura, la religión o la superstición han justificado esta práctica.

Ahora bien, teniendo claro los pilares de este modelo médico, las disposiciones que han intentado proteger los derechos de las PCD y el panorama general de la esterilización, reflexionemos sobre la forma en la que la Corte Constitucional ha abordado el tema. Para comprenderlo mejor, dividiré el análisis en dos grupos, uno de pronunciamientos realizados antes y otro después de la ratificación de la CDPD

2.2.2. PRONUNCIAMIENTOS ANTES DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

El primer pronunciamiento de la Corte sobre esterilización forzada de MDC fue la T-850/02²⁸.

25 En este sentido, se han realizado estudios como el elaborado por Sandra Martin llamado “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities” en el que, a través de un análisis multivariado, se demuestra que las MDC sí tienen un mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual que las mujeres sin discapacidad. Véase Sandra Martin, “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities”, *Violence Against Women* 12, no.9 (2006): 823-837, doi: 10.1177/107780120629267

26 En una columna de El Espectador que narra la historia de la familia Galvis Pérez se evidencia cómo la genetista que trataba a su hija con síndrome de Down les recomendó “esterilizarla para evitar que la violaran”. Véase Carolina Gutierrez, “Esterilizadas y sin derecho a opinar”. *El Espectador*, 2 de noviembre de 2013, acceso el 12 de noviembre de 2018, <https://www.elespectador.com/noticias/salud/esterilizadas-y-sin-derecho-a-opinar/>,

27 Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-850/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Seguidamente la T-248/03²⁹, T-492/06³⁰, T-1019/06³¹ y finalmente la T-560A/07³². Se utilizaron tres argumentos principales para negar dichas solicitudes. El primero fue la falta de prueba médica o base científica que confirmara la discapacidad. El segundo se refería, por una parte, al consentimiento orientado hacia el futuro, es decir, la posibilidad que tenía la persona de rehabilitarse y poder manifestar su voluntad más adelante. Por otra, al análisis de los alcances del consentimiento sustitutivo como la forma en la que el representante legal decidía por la PCD y la pertinencia de este a falta de consentimiento informado. Por último, la falta de proceso de interdicción y autorización judicial como requisitos que exigía la ley. Pese a que la Corte negó en todos los casos la esterilización, entendió la discapacidad a partir de un modelo médico-rehabilitador³³ Es decir, asumió la discapacidad como una enfermedad medida en “grados”, y condicionó su decisión a lo que los(as) expertos(as) manifestaron.

2.2.3. PRONUNCIAMIENTOS DESPUÉS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

Colombia aprobó e incorporó la CDPD al ordenamiento interno mediante la Ley 1346/09³⁴, y a través de la sentencia C-293/10 del 21 de abril del 2010³⁵, la Corte realizó control de constitucionalidad y declaró la exequibilidad de la misma. A pesar de que estas disposiciones promueven un modelo social, el 19 de octubre del mismo año el Congreso de la República expidió la Ley 1412 de 2010 que en su artículo 6º autoriza la esterilización a las PCD³⁶, volviendo así a un modelo médico de entender la discapacidad, evidenciando la desconexión entre nuestras instituciones. Dicha Convención es clara al expresar que la condición de discapacidad de una persona no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ninguno de los derechos que se desprenden del artículo 12.

La primera de las sentencias proferidas luego de la ratificación de la Convención fue la T-063/12³⁷. En

29 Corte Constitucional, Sentencia T-248/03, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-492/06, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-1019/06, M.P Jaime Córdoba Triviño.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-560A/07, M.P Rodrigo Escobar Gil.

33 Por ejemplo, en la T-492/06 “autorización judicial para la esterilización de una PCD mayor de edad supone antes la declaración de interdicción”, se decide sobre la esterilización de una joven de 26 años con síndrome de Down y 8 meses de embarazo al presentarse la tutela. Su madre consideró necesaria la esterilización para evitar futuros embarazos. La EPS negó la intervención por falta de autorización judicial y el juzgado negó la tutela porque había un trámite especial tendiente a otorgar la representación no solo en asuntos económicos sino también aquellos de carácter personal. Los tres argumentos utilizados por la Corte para negar la solicitud fueron la falta de capacidad de la madre para obrar como agente oficiosa, necesidad de intervención y prueba médica de la discapacidad y la obligatoriedad de la autorización judicial.

34 Ley 1346 de 2009, 31 de julio de 2009. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Diario oficial 47.427.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-293/10, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

36 El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 establece: “Discapacitados Mentales: cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-063/12, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

esta se analizaron los requisitos establecidos en la Ley 1412/10 para autorizar o no la esterilización de una MDC. Por la falta de autorización judicial el tribunal niega la solicitud. Seguidamente, la Corte decidió sobre dos demandas de inconstitucionalidad presentadas contra dos artículos de la misma ley. La primera de ellas, la C-131/14³⁸, resuelve la interpuesta contra el artículo 7° que se refiere a la prohibición de la esterilización a menores de edad.

Posteriormente, la T-740/14³⁹ decidió sobre la realización de la esterilización (recomendada por la médico especialista) a una menor de 12 años. La Corte negó dicha solicitud con base en la edad de esta, en la falta de certificación médica que respalde la necesidad de practicarla, entre otras razones. Seguidamente, la C-182/16⁴⁰ resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el art 6° (parcial) de la ley en cuestión. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de dicho artículo con base en que el consentimiento sustitutivo tenía carácter excepcional y procedía solo cuando la persona no pudiera manifestar su voluntad libre e informada, una vez se le hubieran prestado los apoyos para que lo hiciera.

Si bien, la Corte seguía sosteniendo una postura médico- rehabilitadora, daba unas primeras luces de una concepción social de la discapacidad. Desafortunadamente, hubo un retroceso hacia el modelo médico con la sentencia T-303/16⁴¹. Aunque se negó la esterilización, los argumentos fueron la falta de proceso de interdicción y de autorización judicial, entre otros aspectos formales.

No obstante, se pueden analizar aspectos de la jurisprudencia comunes a ambos momentos:

1. Pese que era entendible que los pronunciamientos realizados antes de la ratificación de la Convención dieran cuenta de un modelo médico- rehabilitador, la situación no cambió cuando esta entró a formar parte del ordenamiento interno. Aquellos pronunciamientos posteriores a la ratificación siguieron negando la esterilización con base en aspectos netamente formales. Con esto, la postura de la Corte siguió dando cuenta de la discapacidad vista como una enfermedad, demostrando la contradicción no solo con las obligaciones internacionales sino también la falta de análisis de cada situación de manera única, contextual y multidimen-

38 Corte Constitucional, Sentencia C-131/14, M.P. Mauricio González Cuervo.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-740/14, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-182/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

41 En esta sentencia se decidió sobre la esterilización de una “menor” con retraso mental moderado, deterioro del comportamiento significativo y trastorno de la conducta no especificado. La Corte determinó que un concepto médico podría definir el grado de autonomía de una PCD para tomar decisiones y con base en la falta de proceso de interdicción negó la solicitud. Este caso se resolvió utilizando las reglas aplicadas en la T-1019/06, criterios que se empleaban antes de la entrada en vigencia de la CDPD, desconociendo que, en virtud de la C-182/16, se debe presumir la autonomía de la persona y brindársele los apoyos necesarios. Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

sional como plantea el modelo social.

2. En el abordaje tanto de los juzgados como de la Corte, salvo un par de aspectos mencionados en la T-063/12⁴², no hubo ningún análisis de contextos sociales, familiares ni económicos. Por el contrario, en la mayoría de los casos, el análisis y las decisiones de autorizar o no la esterilización se fundamentaron –en los casos en los que hubo– en dictámenes médicos que se limitaban a determinar el tipo o gravedad de discapacidad.

3. Los casos conocidos por la Corte, todos sobre MDC, respaldan la afirmación de que la esterilización forzada afecta mayoritariamente a mujeres y da cuentas de una realidad social, el hecho de que los hombres, en general, no asumen este tipo de responsabilidades sobre la planificación y deben ser asumidas por las mujeres.

4. Todos los casos y las circunstancias fueron tratadas de manera homogénea. No se consideró en ningún caso, la interrelación entre las categorías de género, discapacidad, edad, situación económica, entre otras. Esta es una obligación que también se desprende de la Convención.

5. La capacidad jurídica se asimiló a la capacidad mental, desconociendo que la última hace alusión a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, varía de una persona a otra y está determinada entre otras cuestiones por factores ambientales y sociales⁴³. No todas las discapacidades cognitivas anulan y afectan de la misma manera a la persona y su autonomía. Por esto, cada caso debe ser analizado de manera autónoma y considerando las circunstancias particulares.

2.3. MODELO SOCIAL

Cristian es el bebé de Claudia, quien tenía 15 años cuando fue abusada sexualmente y quedó en embarazo. A pesar de todas las complicaciones por las que tuvieron que pasar ella y su familia, el bebé nació bien y está muy bien cuidado. Claudia hoy tiene 23 años y como Luz Marina y Daniela tiene “retraso mental”. A diferencia del caso de Andrés Felipe, narrado al inicio de este artículo, la madre de Claudia, Verónica, su hermano Bryan y su abuela Socorro, la han ayudado a cuidar del menor. Todos viven juntos en una casa pequeña de dos ambientes en el barrio Siloé. Aunque no viven con lujos, “sobreviven” gracias a lo que Doña Verónica y Bryan ganan vendiendo frutas en la entrada de la comuna. Mientras ellos trabajan, Claudia se encarga de las tareas diarias del hogar, hace aseo, prepara

42 “Se trata de una familia en crisis o situación de estrés crónico, marcada por el fallecimiento de la madre, la edad avanzada del padre, las relaciones conflictivas, la conformación del segundo hogar del padre en medio de la desaprobación de los hijos, con presencia de variadas formas de sicopatología en sus miembros y donde se omitió brindar a la examinada acceso a escolaridad y a servicios de salud” (p.10).

43 Ver artículo 12, párrafo 2, numeral 12 de la Observación General No. 1 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos de las PCD el cual enuncia que la capacidad mental no es un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de contextos sociales y políticos.

comida y está pendiente no solo de su bebé sino también de todos los medicamentos de su abuela⁴⁴.

Contrario a los dos modelos anteriores, para el modelo social, que surge tras el auge del movimiento de vida independiente⁴⁵, la discapacidad es producto de la interacción entre la diversidad funcional de una persona y las barreras que esta encuentra en su entorno y que le impiden el ejercicio y goce pleno de sus derechos y libertades. La materialización de este modelo tiene como pilares la autonomía de todas las PCD y la adopción de apoyos en la toma de decisiones que no sustituyan su voluntad y sus preferencias. Este modelo fue adoptado en varias disposiciones, entre esas, la CDPD y recientemente en nuestro país con la Ley 1996 de 2019.

Si bien, se ha manifestado que estos modelos no se dan de manera cronológica, sucesiva ni excluyente, para Palacios este tercer modelo es visto como el rechazo a los otros dos⁴⁶. Los pilares fundamentales de este son: 1) las causas de la discapacidad ya no son religiosas ni científicas, sino preponderantemente sociales y 2) en cuanto a la utilidad, las PCD tienen mucho que aportar a la sociedad y pueden hacerlo en la misma medida que las personas sin discapacidad. Según lo anterior, las limitaciones ya no son individuales sino que reconoce la responsabilidad que tienen la familia, las autoridades y la sociedad en la inclusión de estas en todos los ámbitos sociales y en la satisfacción de sus necesidades.

El recorrido para llegar aquí no fue fácil. El cambio del modelo médico imperante en las disposiciones internacionales se dio con la incorporación en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, al menos en el discurso, de un modelo social para comprender la discapacidad, extendiendo los derechos humanos y las libertades fundamentales a las PCD⁴⁷. Ese mismo año la ONU expidió las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las PCD como guías para los Estados, que sin ser obligatorias crearon conciencia sobre la importancia de protegerlos(as).

Fue hasta 2001 que México propuso a la Asamblea General de la ONU crear un comité especial que preparara una convención internacional completa que protegiera los derechos y la dignidad de las PCD. Este comité se reunió desde agosto del 2002 hasta el 13 de diciembre del 2006, cuando la Asamblea

44 La historia de Claudia fue elaborada con base en la información suministrada por Lucía (nombre cambiado), quien se desempeñaba como funcionaria del puesto de salud de Siloé, en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019.

45 Ampliar en: Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

46 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

47 “Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas – Cronología: 1980 – al presente”. *Organización de Naciones Unidas*, 2007, acceso 23 de febrero de 2019. <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=523>>

General aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁴⁸. El 30 de marzo de 2007 se abrió a la firma en la sede de las Naciones Unidas la Convención y su respectivo protocolo facultativo. A la fecha se cuenta con 177 ratificaciones de la Convención y 92 del Protocolo.

Esta Convención que incorpora el modelo social y vincula a la sociedad en la mejora de la condición de vida de las PCD. Fue promovida y negociada por ellas mismas con el fin de que los Estados, independientemente del tipo de discapacidad, les garantizaran el goce pleno de sus libertades fundamentales, además de que eliminaran de sus sistemas normativos todas las prácticas discriminatorias contra ellos(as), en especial aquellas que les impedían decidir autónomamente.

El cambio de una concepción médica a una social representa un gran avance hacia el reconocimiento de los derechos y la capacidad de las PCD. Para Hoyos y García la materialización de estos modelos se da en dos tipos de regímenes:

“Uno que sustrae la capacidad de ejercicio de las personas y le otorga a un tercero que ejerce la guarda y toma todas las decisiones, y otro que reconoce la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad y adopta los mecanismos para asegurar los apoyos que estas requieran en la toma de decisiones relevantes para su vida”⁴⁹.

Para algunos, este modelo social consagra más que una realidad, una demanda social, una aspiración o una ruta hacia la que se debe ir⁵⁰. En este sentido, Colombia asumió a través del artículo 13 de la Constitución Nacional de 1991 la obligación de proteger a las PCD y garantizarles una igualdad material. En aras de proteger sus derechos como grupo tradicionalmente discriminado y marginalizado, la Corte Constitucional reconoció y estableció que las PCD, en especial, las MDC, son sujetos de especial protección.

Entre los pronunciamientos realizados por este tribunal, tras la sentencia T-303 de 2016 “de vuelta al modelo médico”, la T-573 de 2016 desarrolla el principio “nada sobre nosotros sin nosotros”⁵¹ adoptado con la CDPD que fue un intento de retomar la línea hacia un modelo social. En esta última, la Corte entró a analizar si seguía los estándares establecidos en la CDPD y garantizaba el pleno ejercicio de la

48 Sumado a esta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras, también incluyen disposiciones de protección general de los derechos de las PCD.

49 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 9.

50 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

51 Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P Jorge Igancio Pretelt Chaljub.

capacidad jurídica de las PCD o si seguía la reciente jurisprudencia (C-131 de 2014 y C-182 de 2016) y permitía la sustitución del consentimiento. El tribunal se acercó al modelo social que la define como un concepto que evoluciona y que está dado por la interacción entre una diversidad funcional y el entorno, por lo cual negó la esterilización.

En la sentencia T-665/17⁵², la Corte, con base en los informes rendidos por algunas entidades como PAIS y Profamilia analizó la discapacidad de la joven a partir de elementos contextuales y multidimensionales y no como algo curable. Se analizaron varios derechos y los apoyos que esta necesitaba para tomar sus decisiones y actuar conforme a su voluntad. Con base en pronunciamientos internacionales, en la edad de la joven (16 años), la prohibición de la esterilización a menores de edad y la no configuración de ninguna de las excepciones jurisprudenciales (C-131/14), la Corte negó la esterilización. El último pronunciamiento hasta el momento es la sentencia T-231/19⁵³, en esta se decidió sobre la esterilización de una menor de 14 años con síndrome de Down. Para la Corte, la regla general es que todas las personas tienen la capacidad para tomar las decisiones fundamentales sobre su vida y sobre su cuerpo. Excepcionalmente, se hace posible autorizar que se sustituya el consentimiento, siguiendo los procedimientos y verificando los requisitos que la jurisprudencia ha establecido. Así, negó la solicitud.

A partir de los modelos expuestos, la forma en la que cada uno concibe la capacidad de consentir o no de la PCD y el recorrido normativo de protección de sus derechos, es importante reflexionar sobre un aspecto que se desprende del artículo 12º de la CDPD⁵⁴: la forma en la que se está entendiendo su capacidad jurídica. Pues si bien, la Convención protege la capacidad de obrar y decidir sobre sí mismos(as)⁵⁵, esta continúa desconociéndose. De acuerdo con esto, Hoyos y García establecen que:

“En muchas jurisdicciones, cuando se han intentado atacar las normas relativas a la capacidad por ser discriminatorias, el resultado ha sido su reemplazo por legislación que efectúa un reconocimiento simbólico de los derechos del grupo excluido, pero que en realidad, si bien reconoce la capacidad para ser titular de derechos, sigue negando la capacidad de ejercerlos”⁵⁶

52 Corte Constitucional, Sentencia T-665/17, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

53 Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

54 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006: “ (...) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (...)”.

55 Desarrollado por el Comité de Derechos de las PCD, en la Observación General No. 1, en las observaciones Generales 3 y 9 del Comité de los Derechos del Niño. Sumado esto a la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos y a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

56 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 14.

Por ello, se invita a los Estados parte de la Convención para que reemplacen los sistemas de sustitución de la voluntad por aquellos que se basan en una toma de decisiones con apoyo. Para el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁷, aquellos países que tienen un sistema de sustitución de voluntad y a la vez uno que promueva la toma de decisiones con apoyo, no están cumpliendo con la obligación consagrada en el artículo 12 de la CDPD.

Los esfuerzos de los países por cumplir con aquello a lo que se han obligado deben ir más allá de la simple derogatoria de disposiciones vigentes y la adopción de nuevas que acojan los postulados propuestos por la CDPD. El verdadero trabajo inicia conociendo la realidad de su población con discapacidad y adoptando las medidas con base en estas. Esto no quiere decir que se desconozca el marco internacional sino que se consideren los factores sociales y económicos, las condiciones familiares y de apoyos que influyen en la discapacidad y así evitar caer en el extremo de reconocer derechos desconociendo cual es el contexto en el que la persona puede ejercerlo y las consecuencias de ello.

En este sentido, se puede entender este modelo social desde dos posturas: la primera, una postura plena que siempre reconoce y garantiza la absoluta capacidad de las PCD, respeta su derecho a autodeterminarse, derecho a tomar riesgos y cometer errores, tomar sus propias decisiones y al libre desarrollo de su personalidad conforme a sus preferencias. Es decir, respeta siempre la voluntad de la PCD con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera. Para la segunda postura, que también parte del reconocimiento de la capacidad de la PCD, es indispensable considerar factores sociales, económicos y culturales en cada caso. Estos influyen en la decisión que la PCD pueda tomar y que no solo le afectan a él/ella sino también a quienes le rodean. Para desarrollar mejor este punto analizaré lo que considero y a lo que me refiero con dos posturas y algunos criterios que deberían ser -o al menos considerarse- para una mejor garantía de derechos de las PCD.

2.3.1. MODELO SOCIAL PLENO

El intento por reconocer y garantizar la plena capacidad jurídica de las PCD llevó a que en Colombia se expidiera la Ley 1996/19. Esta fue promovida por las instituciones y organizaciones nacionales e internacionales defensoras de derechos de las PCD⁵⁸. Dicha Ley debe interpretarse a la luz del marco internacional, la CDPD, y demás disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad y tiene por objeto garantizar la autonomía, la primacía de la voluntad y el derecho a la capacidad plena de las PCD mayores de edad. Así como el respeto de sus preferencias y el acceso a los apoyos (asistencias

57 Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014.

58 Entre ellas Profamilia, Liga Colombiana de Autismo, el Centro de Derechos Reproductivos y la Asociación Colombiana de Síndrome de Down.

en la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, en la manifestación de voluntad y preferencias personales, entre otras) que puedan requerir para el ejercicio de esta de manera independiente.

Esta Ley deroga todo lo relacionado con la interdicción, intenta estar en consonancia con el modelo social modificando artículos del Código Civil colombiano relacionados con la incapacidad y la curaduría, además, deroga disposiciones contenidas en leyes como la 1306/09⁵⁹ y el artículo 6° de la ley 1412/10, entre otras. Esto con miras a que la PCD sea quien tome sus propias decisiones a partir de una serie de apoyos brindados por la persona designada para que esta pueda manifestar su voluntad y preferencias. Frente a los apoyos brindados a la PCD, Edgar -funcionario del equipo de RBC (Rehabilitación Basada en la Comunidad)-, haciendo referencia a la situación de Daniela manifestó que:

“En la institución donde ella estaba se trató de aconsejarla y acompañarla para que ella misma fuera quien tomara sus decisiones... Y fue muy bonito, y me parece excelente pero tenemos que tener muy presente todo el contexto de alrededor. Frente a lo de tener hijos, si usted se lo pregunta, ella quiere pero nosotros que la conocemos sabemos que no está en condiciones”⁶⁰.

Lo anterior, permite reflexionar sobre la necesidad no solo de brindar los apoyos para que la PCD tome la decisión sino también considerar el contexto en el que esta repercutirá y las consecuencias de la misma para quien la toma, para las personas que la rodean y que se verán afectadas. Si bien la Ley 1996/19 está en armonía –al menos en el discurso- con el modelo social, la realidad evidencia que en ciertos contextos de ausencia del Estado, de apoyos y de redes, las decisiones se toman omitiendo las formalidades y respondiendo a otras dinámicas y necesidades.

Esta Ley, contrario a la anulación de capacidad de otras disposiciones relacionadas por ejemplo con interdicción, reconoce la capacidad plena y la voluntad de las PCD en todas las decisiones que esta tome, sin considerar contextos, particularidades, implicaciones y afectaciones que este ejercicio pueda tener en sus cuidadores(as), familiares y/o personas que brindan apoyo. Es por lo anterior, que dando cuenta y respondiendo a estas, se hace necesario contextualizar y matizar este modelo.

2.3.2. MODELO SOCIAL MODERADO/CONTEXTUAL

“Hay que mirar esas situaciones y no pasarnos a la otredad. No es escoger por el otro pero tampoco

59 Consagró el régimen jurídico para las PCD mental y sustituye íntegramente los títulos XXII y XXXV del Código Civil colombiano (Artículos 428 al 632).

60 Manifestado durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

dejarle hacer lo que quiera. Hay que mirar en qué condiciones esta puede decidir por sí⁶¹.

Lo anterior fue manifestado por Edgar, funcionario del equipo de RBC⁶² del puesto de salud de Siloé. Él da cuenta de que si bien se promueve la toma de decisiones autónoma de la PCD es necesario analizar cada caso y las repercusiones que esta traerá. Dentro de las labores que estos(as) realizan está brindar ayuda no solo a más de 1200 PCD de Cali sino también a sus familiares. Teniendo en consideración la labor de integración de la familia en la superación de las barreras que ha impuesto la discapacidad en el desarrollo de las actividades de la PCD pero también de las limitaciones que los contextos y otros factores generan para la discapacidad. Por ejemplo, el acceso a servicios y ayudas está supeditado en muchos casos a la interposición de tutelas, convirtiéndose las PCD en “tutelodependientes”.

Si bien la ley 1996/19 supone el reconocimiento pleno de esa capacidad, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado, para Lucía como profesional de la salud se están desconociendo ciertos aspectos:

“Si la persona con discapacidad cognitiva, se puede valer por sí misma, autónomamente, puede ejercer su autocuidado, trabajar y devengar dinero para cubrir sus gastos y así mismo ejercer el cuidado y mantener los gastos de otro que va a nacer, yo le acepto esas posturas de respetar derechos pero ¿la realidad colombiana nuestra cuál es? La gente que es muy pobre y con discapacidad, tienen el hijo y quiénes lo tienen que mantener y cuidar son otros”⁶³

Lo anterior, no quiere decir que se tienen que esterilizar a todas las MDC o que las PCD no pueden ejercer autónomamente sus derechos, sino que se considere cada caso y los factores y condiciones particulares del mismo.

La Constitución y las convenciones sobre protección de derechos de la mujer y de PCD, consagran que el Estado tiene obligaciones ineludibles para acabar cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. Por ello, la CDPD establece en su preámbulo (literal S), como obligación, incorporar la perspectiva de género⁶⁴ en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las PCD. Esta perspectiva “es un matiz que los Estados deben adoptar de forma sistemática e integral, y que debe integrar otros

61 Manifestado por Edgar durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

62 Rehabilitación Basada en la Comunidad es una estrategia de desarrollo comunitario para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades y la integración social de todas las PCD. Esta implica esfuerzo conjunto de las propias PCD, sus familias, organizaciones y comunidades, de los servicios gubernamentales y no gubernamentales en salud, educación, trabajo, entre otros.

63 Manifestado durante la entrevista realizada el día 21 de enero de 2019.

64 Definida en Colombia en el art 12º de la ley 1098/06 como “el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social (...)”.

tipos de distinciones que han comenzado a manifestarse y están circunscritas al género⁶⁵. En virtud de esto, las autoridades deben realizar el análisis de las situaciones sobre las que van a decidir teniéndola en cuenta.

2.3.2.1. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DECISIONES JUDICIALES

Esta perspectiva diferencial, que se ha venido promoviendo en países como Australia, Canadá e Inglaterra durante las últimas décadas, lleva consigo el reto de cambiar la forma en la que concebimos el derecho más allá de la adecuación o aplicación mecánica de la norma. En las decisiones judiciales, al menos en Colombia⁶⁶, ha estado pensada en clave de violencias contra la mujer y estas en el marco del conflicto armado⁶⁷. Pese a ello, considero necesario que para garantizar y proteger los derechos de las PCD, en especial de las MDC, situaciones en las que se hacen presentes factores que facilitan vulneraciones de derechos como la discapacidad sean analizadas con este enfoque.

La perspectiva de género aporta a un cambio social y legal. Surge como una necesidad de reconocer la existencia de profundas desigualdades sociales e históricas por motivo de género, entre otras categorías. Tiene como finalidad lograr una igualdad material, combatir relaciones asimétricas de poder y generar cambio social en los jueces que se refleje en sus decisiones. Además, como lo plantea Tirado es una herramienta encaminada a identificar diferencias, analizar causas culturales y económicas y eliminar esas desigualdades existentes entre hombres y mujeres como resultado de la asignación de roles de género (sociales y normativos)⁶⁸. En este sentido, asumir el reto de hablar de un cambio en la forma de entender y decidir las situaciones con una perspectiva de género:

“Implica que hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, aquellos que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia que el derecho debe buscar⁶⁹”

65 García, Luisa Fernanda. “La incorporación de la perspectiva de género y etnicidad en el campo jurídico colombiano”. *Justicia* (online), n.30 (2016): 70-85. Acceso 13 de agosto de 2019. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=So124-74412016000200005&script=sci_abstract&tlng=es.

66 Acuerdo N° PSA08-4552 “Justicia, Derecho y Género”, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Por el cual se dictan reglas para la aplicación de la equidad de género en la rama judicial, 2008.

67 Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-241/16, M.P Jorge Ignacio Pretelt. Corte Constitucional, Sentencia T-338/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

68 Tirado, Misael. s. f. “*Perspectiva de género en el acceso a la justicia*”. Acceso 20 de febrero 2019.

69 Facio, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”. *Ilsa*, n°28:2 (2002): Acceso 13 de agosto de 2019. <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475fo864.pdf>.

Por esto, más que aplicar mecánicamente una ley haciendo simples adecuaciones típicas de conductas, se debe procurar suplir verdaderamente las necesidades de las personas y garantizar al máximo sus derechos. Esta perspectiva invita a considerar cómo los factores económicos, culturales, geográficos, simbólicos, políticos, entre otros, afectan no solo a las mujeres con relación a los hombres, sino también a los diversos y complejos sectores de mujeres que existen, según su discapacidad, edad, clase, condición socioeconómica, etnia/raza, etc. Si pensar y tener en cuenta a las mujeres implica grandes retos, cuando la discapacidad se entrecruza con otras categorías el desafío se hace mayor pero necesario.

Los casos decididos por la Corte Constitucional dan cuenta de la necesidad de que las situaciones sean valoradas de manera particular considerando los contextos de cada uno. Esto es así porque la discapacidad, vista a la luz de este modelo social, supone el abordaje integral de esta, incluyendo aspectos que van más allá del estricto estudio fisiológico. Entre esos, el entorno, las redes de apoyo, la pobreza, la condición física y mental en general, la capacidad de autocuidado, acceso a salud, educación, situación familiar y económica, antecedentes médicos, implicaciones para sí mismo, para el feto y futuro bebé, riesgos de uno u otro método anticonceptivo que no sea quirúrgico ni definitivo, entre otros.

3. CRITERIOS ORIENTADORES PARA ANALIZAR UN CASO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Partiendo de los datos recogidos en el trabajo de campo y de los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, sugeridos por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial realizaré una adecuación y explicaré algunos aspectos elaborados a considerar para analizar y decidir ciertos casos:

i. Identificación de sujetos⁷⁰: advertir quién es la persona sobre la que recae el asunto. De evidenciarse que sea una mujer hay una primera alerta de que puede tratarse de un asunto de género. No es solo Mariana, Daniela, Luz Marina ni Claudia, son también Doña Gloria, Doña Lourdes y tantas personas que están a su alrededor -o no-. Para esta perspectiva, además de la persona directamente vinculada, es necesario identificar a quienes la rodean y que también se verán afectadas con la decisión. Sumado a lo anterior, hay que analizar si están presente alguna(s) de las llamadas “categorías sospechosas” o de discriminación. La avanzada edad, el estado de salud de los(as) cuidadores(as), la falta de redes de apoyo, la situación de desplazamiento, entre otros aspectos, deben ser considerados. Todo esto se debe contrastar con los derechos que se alegan vulnerados.

70 Propuesto por la Comisión Nacional de Género: “estar alertas a la presencia de una mujer en la situación porque ello puede ser un primer llamado que indica que puede tratarse de un tema de género; constatación que debe ser complementada con los derechos que se alegan vulnerados”. En “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”, Comisión Nacional de Género, 2011, <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2965>.

Para cumplir con este primer criterio es muy útil responder preguntas como: ¿Quién es dueño(a) de qué?, ¿quién tiene derecho a qué?, ¿quién es responsable de qué?, ¿quién controla qué y a quién?, ¿quién decide qué?, ¿quiénes se verán afectados(as) con la decisión que se tome?, ¿qué puede/gusta hacer? Por ejemplo, mientras Claudia es feliz aportando a su familia al realizar las labores de su hogar, Doña Gloria no permite que Luz Marina cocine: no le gusta y cuando lo ha hecho ha quemado la comida o se ha hecho daño.

Es importante tanto la legislación interna como el marco internacional (sentencias, resoluciones, observaciones generales, etc.) porque, como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH) (2015), brindan a los(as) juzgadores(as) fundamentos jurídicos para fortalecer sus argumentos y dar solución a los casos.

2. Hechos y contextos: las descripciones de los acontecimientos base de la solicitud no pueden interpretarse de manera aislada sino que responden a contextos particulares. Algunos elementos pueden coincidir, como el lugar de residencia y las condiciones económicas y sociales en los casos narrados, pero hay elementos que no permiten que se traten de manera homogénea.

Los casos narrados dan cuenta de contextos particulares de falta de autocuidado, pobreza, abusos, “cadenas de discapacidades”⁷¹, falta de redes de apoyo, carga para sus cuidadores(as), violencias, abandono estatal, entre otros. Es necesario considerar, desde una perspectiva reflexiva, elementos sociales, culturales, económicos, políticos de los intervinientes, cómo estos pueden afectarlos y cómo la decisión contribuiría o agravaría la situación. Por ejemplo, del contexto de Siloé, Edgar, funcionario del puesto de salud, refería que:

“Hay muchas barreras físicas, arquitectónicas y de otro tipo en esta zona de la ladera. La mayoría es loma, son gradas, son trochas. Los usuarios que nosotros visitamos viven en condiciones de pobreza extrema, viven en asentamientos, invasiones, son desplazados y víctimas del conflicto armado”⁷².

3. Interseccionalidad: entender la discriminación de manera más amplia permite considerar sus diversas fuentes. Implica prestar especial atención a categorías que además del sexo y la discapacidad, como la edad, situación socioeconómica, origen étnico/racial, religión, entre otras, se entrecruzan y dan cuenta de la heterogeneidad de las mujeres, sus necesidades y sus experiencias singulares.

71 Expresión manifestada por Lucía (nombre cambiado en la entrevista realizada el 21 de enero de 2019) para hacer referencia a la situación familiar de Andrés Felipe. Caso en el que abuela, hija y madre tienen una deficiencia cognitiva.

72 Manifestado durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

Las mujeres, en los casos narrados, aunque comparten la discapacidad y condiciones económicas similares, tienen edades diferentes, han tenido –o no– algún tipo de educación. Adicionalmente, factores religiosos y condiciones de desplazamiento, experiencias personales, familiares y sociales influyen en la forma de percibir la discapacidad y la esterilización.

4. Análisis probatorio: no hay documentos ni declaraciones neutras; estas son reflejo de los sesgos de quienes las aportan y pueden o no influir en quienes los analizan y valoran. Es importante valorar las pruebas en su conjunto y considerar el contexto que las rodea. Así como garantizar –y ordenar en los casos en que sea necesario– que las pruebas que se alleguen al proceso reconozcan el modelo social.

Esta labor no fue realizada en ninguna de las sentencias estudiadas. Por ejemplo, en la T-063/12, se limitaron a analizar si se cumplían o no los requisitos formales de declaratoria de interdicción y autorización judicial establecidos en la Ley 1412/10 para autorizar o no la esterilización de una MDC y con base en eso fallaron.

5. Argumentación⁷³: es deber del operador durante todo el proceso vincular todos los aspectos analizados, darles sentido y unidad. Esto permite que las normas sustanciales nacionales e internacionales que se identificaron como aplicables al caso y aquellas que regulan el debate probatorio contextual, se vinculen. Este ejercicio requiere que se realicen las ponderaciones necesarias considerando las asimetrías de poder y que se expongan las desigualdades estructurales en el caso puntual. Además, precisa que se evidencien y controviertan todos los estereotipos identificados en los hechos narrados, las pretensiones, las pruebas allegadas, los alegatos, las normas citadas y cualquier otra actuación.

6. Potencialidad de impacto judicial: es necesario que los(as) operadores(as) consideren las repercusiones que tienen no solo las decisiones sino también los aspectos considerados y omitidos dentro del análisis de los casos. Además de que las decisiones no solo afectan a la PCD sino también a quienes la rodean. Esta labor, que parte de los *parámetros de un modelo social*, no solo servirá para justificar la decisión sino que influirá en la forma de vida de la PCD, su familia y entorno y, a su vez, permitirá un cambio social en la forma de entender la discapacidad.

Con base en todos los criterios expuestos, las acciones desplegadas por las autoridades deben estar dirigidas a promover desde edad temprana el desarrollo de las PCD, sus condiciones físicas, mentales y de salud necesarias para el ejercicio de las labores de autocuidado y de toma de decisiones de manera

73 Propuesto por la Comisión Nacional de Género, en cuanto a que este ejercicio permite la vinculación de las normas sustanciales y todo el acervo o material probatorio. En “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”.

autónoma y libre, así como el fortalecimiento de sus redes de apoyo. Esto implica que los programas y las políticas sociales se dirijan tanto a las personas titulares de los derechos como a sus familiares y a la sociedad en general.

Un Estado que verdaderamente promueva una comprensión de la discapacidad a partir de esta apuesta de modelo debe basarse en dos cuestiones fundamentales: un cambio institucional y uno social. El primero deberá proveer a las PCD, especialmente a las MDC, desde pequeños(as) y entendiendo sus particularidades, de herramientas para que con el acompañamiento necesario y en la medida de lo posible, puedan maximizar y aprovechar sus capacidades, habilidades y tomar sus propias decisiones considerando sus condiciones y las consecuencias de estas.

El acompañamiento temprano a las PCD es fundamental porque no se le puede pedir a una persona, a la que siempre se le ha tratado como incapaz de decidir, que de un momento a otro y para una situación trascendental decida lo que considera mejor. Menos cuando su voluntad siempre ha estado anulada y sus decisiones han sido tomadas por otra persona. Cabe resaltar que la sola manifestación de que se les brinda la “asesoría para la toma de sus decisiones”- expresión frecuente en los últimos pronunciamientos de la Corte y en la nueva Ley-, no es sinónimo de cumplimiento de esta ni un verdadero entender de la discapacidad a partir de un modelo social.

El cambio social, que parte del institucional ya mencionado, debe llevarnos a desligar la discapacidad de la persona que la posee, trasladar y asumir las responsabilidades también nosotros(as) como sociedad que permite que esta condición sea un impedimento para participar en igualdad de condiciones. Si bien hay que reconocer que el hecho de que se les brinde el acompañamiento y asesoría para tomar decisiones es un avance, no puede pretenderse que una persona que nunca en su vida ha decidido por sí misma y que siempre ha sido tratada como un niño(a) tome una decisión consciente e informada, desconociendo que parte de lo que es y puede hacer depende de todo aquello que le rodea y que hace que se relacione, entienda y viva el mundo de manera diferente.

4. CONCLUSIONES

¿Quién es persona y qué se requiere para serlo? Es una de las preguntas cuya respuesta ha ido cambiando social y jurídicamente a lo largo del tiempo. Así como los indígenas, los negros y las mujeres, las PCD han sido una minoría invisibilizada históricamente.

En este trabajo, se presentaron las formas en las que sigue siendo vista la discapacidad, considerándose como un castigo divino, maldición o enfermedad, como ilustran los casos de Daniela y Luz Marina.

Así como las posturas asumidas desde la legislación y la jurisprudencia frente al tema. Aunque la Corte Constitucional Colombiana no la ha comprendido a la luz de un modelo de prescindencia, sí la ha visto como una cuestión netamente fisiológica que implica una desventaja y la necesidad de adecuación a la sociedad. Esto se evidenció en el análisis de los casos decididos sobre esterilizaciones forzadas a MDC antes e incluso después de la ratificación de la CDPD. Esta práctica que ha sido justificada por múltiples razones que van desde eugenésicas hasta sobreprotectoras, afecta de manera desproporcional a las MDC con relación a los hombres, y refleja la forma en la que se han entendido aspectos como la capacidad y el consentimiento de las MDC.

La prevención de abusos sexual y embarazo en las MDC son las mayores razones para justificar esta práctica, que si bien, puede protegerlas de un embarazo no lo hace de ETS, explotación sexual, manipulación por parte de terceros, lesiones, entre otros. Incluso, la esterilización en lugar de protegerlas contra el abuso sexual, aumenta su vulnerabilidad.

En Colombia, la Corte Constitucional reconoció y estableció que las PCD, en especial, las MDC, son sujetos de especial protección. Leyes como la 1306/09 y disposiciones como el artículo 6° 1412/10 que autorizaba a los representantes legales a decidir sobre la esterilización de una PCD, fueron intentos de ello. Sin embargo, esta última ha generado grandes movilizaciones de grupos que consideran que vulnera una serie de derechos y va en contra del modelo social adoptado con la CDPD y la ley 1996/19.

Entender la discapacidad a partir de este modelo social implica reconocer que existen ciertas relaciones de poder, barreras y obstáculos impuestos por la misma sociedad a un grupo particular de personas que por su diversidad funcional no interactúan con su entorno en las mismas condiciones que los demás hacen. Lo que genera fuertes discriminaciones y exclusiones que se agrava cuando confluyen otros elementos como el sexo, la etnia/raza o la situación socioeconómica.

Este cambio en la comprensión de la discapacidad lleva a reflexionar sobre la forma de entender la capacidad de estos(as) para consentir y decidir sobre sí mismos(as). Bajo un modelo de prescindencia e incluso médico-rehabilitador, la PCD no tiene capacidad de decidir ni consentir y era otra persona quien las tomaba por ella. Con la apuesta por un modelo social, la discapacidad es entendida como una construcción social, producto de muchos factores que ubican a determinadas personas en una posición de inferioridad respecto a otras.

Hablar entonces de un modelo social que reconoce la plena capacidad de las PCD debería considerar ciertos factores. Si bien es un error que el artículo 6° de la ley 1412/10 autorizara la esterilización a una PCD casi que en cualquier caso, caer en el otro extremo, el propuesto con la nueva ley, también lo es

y requiere ser matizado.

En este sentido, de las entrevistas realizadas y las observaciones a los entornos y contextos, se evidencian que las situaciones de las MDC, sus cuidadoras(es) y de los(as) funcionarios(as) de salud son diferentes y dan cuenta de varias cosas. Primero, la forma cotidiana de entender la esterilización y cómo, aunque jurídicamente estemos en un modelo social, coexisten los tres modelos de entender la discapacidad. Segundo, las particularidades e interrelación entre las categorías de género, discapacidad, edad, situación económica, entre otras. Tercero, la forma en la que los requisitos formales como la interdicción pasan a un segundo plano y sus decisiones responden a otras dinámicas, muchas veces desconocidas por el derecho.

Además de lo anterior, se resalta lo importante que es para los(as) entrevistados(as), que las políticas de desarrollo de personalidad, capacidades de autocuidado, autogestión y auto sostenimiento de las PCD, así como de aprovechamiento de sus habilidades, talentos y creatividad sean el centro de un nuevo tratamiento de la discapacidad. Más que promover formalmente el respeto de la capacidad y las preferencias de ellas, las autoridades y sus “normas” deben conocerlos(as) a ellos(as), sus contextos y sus necesidades. Esto sí permitirá un cambio en la forma de entender y vivir la discapacidad.

Con base en lo anterior, se insiste en la necesidad de evitar los extremos, apostar por un modelo social moderado que considere los elementos contextuales y multidimensionales que rodean a cada una. En este sentido, las políticas públicas y programas sociales que busquen desarrollar las capacidades de la PCD y su toma de decisiones deben responder a sus realidades e implementarse desde temprana edad para desarrollar verdaderamente sus capacidades, pues de nada sirve decir que se debe respetar la capacidad y voluntad de esta si nunca se han promovido ni desarrollado.

La realidad de la que nos dan cuenta los casos narrados, evidencian lo necesario que se hace la inclusión de la perspectiva de género en el análisis de los casos. Esto, además de ser una obligación que se desprende de la Constitución y convenciones sobre protección de derechos de la mujer y de PCD, es una herramienta que puede aportar para un cambio social y legal. Esta apuesta que se ha venido promoviendo en países como Australia y Canadá, implica considerar factores económicos, culturales, geográficos, simbólicos, políticos, entre otros, que afectan no solo a mujeres con relación a los hombres, sino también a los diversos y complejos sectores de mujeres según su discapacidad, edad, clase, condición socioeconómica, etnia/raza, etc.

Así como las mujeres con relación a los hombres somos diferentes, cada mujer con relación a otra también lo es. Los casos de Daniela, Luz Marina y Claudia, si bien comparten el elemento “discapaci-

dad”, están rodeados de factores diferentes que han marcado su vida y su experiencia. Esto hace que la forma en la que cada una entiende el mundo, se relaciona con su entorno y con los demás sea diferente. Abusos sexuales, esterilizaciones jóvenes, embarazos, ausencia o apoyo de familiares hacen particular cada una de estas historias.

El análisis con esta perspectiva implica partir de la identificación de la PCD, de todas las personas afectadas con la decisión y el reconocimiento de las categorías sospechosas que pueden confluir. Así como comprender aquellos derechos que consideran vulnerados, a la luz de la legislación interna e internacional. En esto, los(as) operadores(as) jurídicos tienen una labor fundamental si se quiere hablar de una mejor forma de analizar estos casos. Su labor debe ser activa en el sentido de analizar de manera rigurosa, conjunta y contextual el material probatorio de cada caso; análisis que no se puede limitar a una adecuación jurídica o al estricto cumplimiento de una disposición.

La valoración que se realiza de los hechos, las normas nacionales e internacionales y los aspectos probatorios deben estar articulados a través de un buen ejercicio argumentativo. El rol de funcionario(a) *más allá de estar sujeto y obedeciendo ciegamente las normativas debe valorarlas a la luz de las condiciones del caso particular y de las repercusiones de la decisión.*

Esta labor de protección de derechos de PCD con una perspectiva de género requiere sujetos que no sean apáticos e insensibles con la realidad y meros aplicadores mecánicos de la norma. Es importante que reconozcan que también son parte de una sociedad y que las circunstancias de esta influyen en la forma de ver y valorar determinadas situaciones. Implica entender que como ellos(as) están influenciados por un cúmulo de factores, las personas sobre las que se van a decidir también están inmersas en contextos de pobreza, abusos, falta de redes de apoyo, violencia, abandono estatal, entre otros aspectos.

Cada caso es particular y por eso hay que analizarlo con lupa; esto evitará que las valoraciones se realicen en abstracto y de manera general o por cumplir una disposición. Más allá de determinar si una MDC tiene o no la capacidad o el derecho a decidir, si puede o no afrontar la maternidad de manera autónoma, si puede o no sustituirse el consentimiento o si tiene la capacidad para consentir una relación sexual, la valoración debe tener en cuenta sus condiciones particulares: una niña/joven/adulta, el tipo de discapacidad y las implicaciones de esta, su entorno familiar y situación económica, su acceso a información, contextos de abusos y violencias, sus redes de apoyo, entre otros aspectos.

No es solo el Estado con su promulgación y derogación de leyes y políticas. Tampoco es una labor netamente de funcionarios(as) judiciales o de salud. Si se quiere un verdadero cambio en la forma

de comprender la discapacidad, que no solo esté en armonía con el marco internacional sino que verdaderamente respete y garantice los derechos de la PCD, todos y todas debemos asumir nuestra cuota de responsabilidad y compromiso.

La capacidad de decidir y consentir responde y depende de realidades, contextos y factores que deben ser considerados en cada caso. Si bien no hay un *check-list* de cosas por hacer al pie de la letra para lograr una mejor sociedad para las PCD, el cambio puede y debe empezar por dejar de excluir a lo diferente por lo que consideramos puede aportar y darle su lugar. El camino debe ser comprometernos todos(as) a brindar lo que esté a nuestro alcance como parte de una sociedad para facilitar el desarrollo de las PCD y el ejercicio de sus derechos considerando siempre sus condiciones particulares.

REFERENCIAS

Marco normativo

Acuerdo N° PSAA08-4552 “Justicia, Derecho y Género”. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Por el cual se dictan reglas para la aplicación de la equidad de género en la rama judicial, 2008.

Ley 1346 de 2009, 31 de julio de 2009. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Diario oficial 47.427.

Ley 1412 de 2010, octubre 19 de 2010. Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable. Diario oficial 47867.

Ley 1996 de 2019, 26 de agosto del 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Diario oficial 51.057.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-850/02, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-248/03, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-492/06, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-1019/06, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-560A/07, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-293/10, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-063/12, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sentencia C-131/14, M.P Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-740/14, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-182/16, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P Jorge Igancio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-573/16, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-665/17, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

Doctrina

Alviar, Helena e Isabel Jaramillo. *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.

Colekessian, Ani. “Violaciones a los derechos de las mujeres: Esterilización forzada, control de natalidad y el VIH/sida”. *Awid (blog)*, 6 de junio de 2013. <https://www.awid.org/es/noticias-y-an%C3%A1lisis/violaciones-los-derechos-de-las-mujeres-esterilizacion-forzada-control-de-la>.

“Corte viola derecho internacional al aprobar esterilizaciones”. *Universidad de los Andes*, acceso el 15 de noviembre 2019, <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/corte-viola-derecho-internacional-al-aprobar-esterilizaciones>.

“Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”. *Comisión Nacional de Género*, 2011, <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2965>.

Facio, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”. *Ilsa*, n°28:1-18 (2002): Acceso 13 de agosto de 2019. <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475fo864.pdf>.

Frohman, Carolyn. “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”. *Women With Disabilities Australia* (2018). http://wwda.org.au/wp-content/uploads/2013/12/WWDA_Sub_SenateInquiry_Sterilisation_March2013.pdf.

García, Luisa Fernanda. “La incorporación de la perspectiva de género y etnicidad en el campo jurídico colombiano”. *Justicia* (online), n.30 (2016): 70-85. Acceso 13 de agosto de 2019. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=So124-74412016000200005&script=sci_abstract&tlng=es.

Gutiérrez, Carolina. “Esterilizadas y sin derecho a opinar”, *El Espectador*, 2 de noviembre. Acceso 12 de noviembre 2018. <https://www.elespectador.com/noticias/salud/esterilizadas-y-sin-derecho-a-opinar/>.

Hoyos, Sara, y Mauricio García. “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicossocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”. *Revista de Derecho Público* n°31 (2017): 7. Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/r ede pub .38.2017.04>.

Lamas, Meilán. “La esterilización de incapaces”. *Revista Cadernos de atención primaria* 11 (2004): 333-340. http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf.

Martin, Sandra. “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities”. *Violence Against Women* 12, no.9 (2006): 823-837. Doi: [10.1177/107780120629267](https://doi.org/10.1177/107780120629267).

“Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer”, *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala –OACNUDH–*, acceso 13 de marzo de 2019, <https://www.ohchr.org/Documents/>

Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf.

“Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, *Organización de Naciones Unidas*, acceso el 12 de diciembre de 2018, <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement>.

“Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas – Cronología: 1980 – al presente”. *Organización de Naciones Unidas*, 2007. Acceso 23 de febrero de 2019. <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=523>

PAIIS, et al., “De la esterilización forzada a la psiquiatría forzada: Reporte sobre violaciones a los derechos humanos de mujeres con discapacidad, mujeres en situación de desplazamiento y personas transexual”, acceso el 23 de febrero de 2019, <https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/IWHR%20COLOMBIA%202013%20SPA.pdf>

Palacio, Agustina. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008. Edición PDF.

Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, 20 de diciembre de 1971.

Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, 9 de diciembre de 1975.

Tirado, Misael. s. f. “*Perspectiva de género en el acceso a la justicia*”. Acceso 20 de febrero 2019.

Vallejo, Geovana, Mónica Hernández y Adriana Posso. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos”. *Revista CES* 8, no.1 (2018). <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4272/0>.

FUERZA MAYOR Y *HARDSHIP* BAJO ARBITRAJES INTERNACIONALES EN CONTEXTOS DE CRISIS: UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL COVID-19*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO** E IZABELLA VERGARA ARENAS***

Recibido: 17 de mayo de 2020. Aceptado: 12 de junio de 2020

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en arbitrajes internacionales enmarcados en contextos de crisis. Lo anterior, a la luz de las circunstancias globales generadas por el virus COVID-19 y el impacto que esta pandemia puede tener en futuros arbitrajes. Para tal efecto, se hará una reconstrucción de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en las dos principales fuentes jurídicas disponibles en un arbitraje internacional, la ley aplicable y el derecho internacional. Luego, se estudiará la interpretación que los tribunales de arbitraje internacional le han dado a estos conceptos en distintos escenarios de crisis. Para terminar, se presentarán algunas reflexiones prácticas y propuestas de aplicación de la fuerza mayor y el *hardship* en futuros arbitrajes.

PALABRAS CLAVE

Fuerza mayor, *hardship*, arbitraje internacional, arbitraje comercial internacional, crisis.

* Gracias a Andrés Felipe Esteban Tovar por sus valiosos comentarios y por abrirnos la puerta al extraordinario mundo del derecho internacional. Cualquier error o insuficiencia de este artículo es solamente nuestra.

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Estudiante de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad. Asociado de la firma Posse Herrera Ruiz. Miembro de Young ICCA, Young ITA, Young ICSID, ICC YAF, ICDR Young & International, Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP). Contacto: jp.gomez1102@gmail.com

*** Estudiante de décimo semestre de derecho y psicología de la Universidad de los Andes. Adelanta la coterminal con la Maestría en Derecho Internacional de la misma universidad. Contacto: izabellavergara21@hotmail.com

FORCE MAJEURE AND *HARDSHIP* UNDER INTERNATIONAL ARBITRATION IN CONTEXTS OF CRISIS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF COVID-19*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO** AND IZABELLA VERGARA ARENAS***

Received: may 17, 2020. Accepted: june 12, 2020.

ABSTRACT

This article aims to analyze the concepts of *force majeure* and *hardship* in international arbitrations framed in contexts of crisis. This, in light of the recent global circumstances raised by the virus COVID-19 and the impact that this pandemic may have in future arbitrations. In order to do this, a reconstruction of the notions of *force majeure* and *hardship* will be made under the two main legal sources available in an international arbitration: applicable law and international law. Then, interpretations provided to these concepts by international arbitration tribunals in different contexts of crisis will be studied. To conclude, some practical insights and proposals for the application of *force majeure* and *hardship* in future arbitrations will be presented.

KEY WORDS

Force majeure, *hardship*, international arbitration, international commercial arbitration, crisis.

* We are grateful to Andrés Felipe Esteban Tovar for his valuable comments to this paper and for sharing his passion for the extraordinary world of international law. Any mistakes remain ours only

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Estudiante de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad. Asociado de la firma Posse Herrera Ruiz. Miembro de Young ICCA, Young ITA, Young ICSID, ICC YAF, ICDR Young & International, Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y Colombian Very Young Arbitration Practitioners (COLVYAP). Contacto: jp.gomez1102@gmail.com

*** Estudiante de décimo semestre de derecho y psicología de la Universidad de los Andes. Adelanta la coterminación con la Maestría en Derecho Internacional de la misma universidad. Contacto: izabellavergara21@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la existencia de un brote de coronavirus (COVID-19) que ponía en riesgo la salud de la población global. El 11 de marzo del mismo año, la OMS declaró que el COVID-19 era una pandemia, por lo cual hizo un “llamamiento a los países para que adoptaran medidas urgentes y agresivas”⁰¹. Como consecuencia, se desencadenaron medidas con el potencial de afectar las relaciones comerciales y los acuerdos suscritos entre distintas partes.

Ante esta situación, varios autores han sugerido estudiar la crisis del COVID-19 desde la óptica de un “derecho internacional de pandemias”⁰². Este artículo busca hacer una contribución a este campo de estudio a partir de un análisis de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en arbitrajes internacionales enmarcados en contextos de crisis. En ese sentido, es importante aclarar que, aunque estos conceptos han sido desarrollados en la teoría y práctica del arbitraje internacional, su aplicación específica a las circunstancias suscitadas por el COVID-19 aún es incierta y requiere mayor investigación.

Por lo anterior, este texto pretende mostrar que, a pesar de la ausencia de precedentes claros sobre arbitrajes en contextos de crisis sanitarias, la aplicación de la fuerza mayor y el *hardship* en casos anteriores relacionados con otros tipos de crisis puede ser de utilidad para aproximarse a estos conceptos en arbitrajes futuros. Con este objetivo, el artículo se divide en tres partes. En primer lugar, se hará una reconstrucción general de los conceptos de fuerza mayor y *hardship* en derecho comparado y dere-

01 “Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020”, Organización Mundial de la Salud, acceso el 30 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

02 Steve Charnovitz, “The Field of International Pandemic Law”, *International Law and Economic Policy (blog)*, 10 de mayo de 2020. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/05/the-field-of-international-pandemic-law.html>; Armin von Bogdandy y Pedro Villarreal, “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07 (2020)*, doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>

cho internacional. En segundo lugar, se analizará la interpretación de estos conceptos por parte de tribunales de arbitraje internacional en distintos escenarios de crisis. En tercer lugar, se presentarán algunas reflexiones prácticas y propuestas de aplicación para futuros arbitrajes.

II. LA FUERZA MAYOR Y EL *HARDSHIP*

En el arbitraje internacional, los tribunales tienen como marco de referencia la ley aplicable y el derecho internacional⁰³. Por ende, al estudiar la fuerza mayor y el *hardship*, es de gran utilidad conocer la forma en que se han interpretado estos conceptos en ambos escenarios. Para estos efectos, a continuación se estudiará (i) el concepto y características de la fuerza mayor y el *hardship* en el derecho comparado, (ii) las diferencias entre ambos conceptos en *civil law* y *common law*, y (iii) el estatus que tienen en el derecho internacional.

A. FUERZA MAYOR Y *HARDSHIP* EN DERECHO COMPARADO

A. FUERZA MAYOR

Para varios autores, aunque otros se oponen a esta tesis⁰⁴, la fuerza mayor tiene origen en el concepto de *vis maior* del derecho romano⁰⁵. Desde entonces, este concepto se usaba para calificar aquellos eventos sobrevinientes que hacían imposible el cumplimiento de las obligaciones. Según explican estos autores, la noción de fuerza mayor pasó posteriormente al Código Civil francés de 1804 y de ahí a la mayoría de tradiciones del *civil law*. De esta forma, aunque su regulación es particular en cada jurisdicción, sus elementos constitutivos suelen ser comunes⁰⁶. Así, para que exista fuerza mayor, suelen identificarse tres requisitos.

Primero, el evento de fuerza mayor debe estar fuera de la esfera de control de las partes (externalidad). Así, en el caso *Great Elephant Corp. v Trafigura Beheer BV*⁰⁷, se consideró que una conducta de los empleados de una empresa, en particular el incumplimiento de un protocolo obligatorio, es un asunto sobre el cual las partes tienen control, mientras que en *Atlantic Paper Stock Ltd. v St. Anne-Nackawick*

03 Yves Derains y Josefa Sicard-Mirabal, *Introduction to Investor-State Arbitration* (Estados Unidos: Kluwer Law International B.V., 2018), 223.

04 William Buckland, "Casus and Frustration in Ancient Roman Law", *Harvard Law Review* 46, no. 8, (1933): 1281-1300, <https://www.jstor.org/stable/1257136>.

05 James Gordley y Arthur Taylor von Mehren, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials* (Nueva York: Cambridge University Press, 2006); Federica Paddeu, "A Genealogy of Force Majeure in International Law", *British yearbook of international law*, no. 82, (2012): 381-494, doi: <https://doi.org/10.1093/bybil/brs005>

06 Henri Mazeaud, Leon Mazeaud y André Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963).

07 *Great Elephant Corp v Trafigura Beheer BV* [2013] EWCA Civ 905 (25 July 2013).

*and Paper Company Limited*⁰⁸ se determinó que un evento como una huelga está fuera de la esfera de control de las partes.

Segundo, el evento de fuerza mayor debe ser inesperado (imprevisibilidad). En varias jurisdicciones, es común que esta imprevisibilidad se evalúe con respecto a los eventos que se espera que ocurran en el giro ordinario de los negocios y al momento en que se suscribió el contrato⁰⁹. En ese sentido, los eventos de la naturaleza, como las condiciones climáticas¹⁰ o una pandemia¹¹, se han considerado eventos imprevisibles, mientras que la crisis económica¹² o la devaluación de la moneda¹³ se han considerado fluctuaciones previsibles del mercado.

Tercero, el evento de fuerza mayor debe hacer imposible el cumplimiento de las obligaciones (irresistibilidad). Para determinar esto, se suele tener en cuenta si la parte incumplida tenía formas alternativas de cumplir sus obligaciones¹⁴. De esta forma, en *National Oil Company v Libyan Sun Oil Company*¹⁵, el tribunal consideró que el evento de fuerza mayor no era irresistible porque, aunque el Estado del demandante había prohibido la importación de productos desde el país del demandado, estos podrían haberse enviado desde otro país.

Por último, en el análisis de la fuerza mayor pueden considerarse dos factores adicionales¹⁶. De una parte, si las partes renunciaron o limitaron su posibilidad de reclamar la fuerza mayor en el contrato, pues estos riesgos pueden ser asignados¹⁷. De otra parte, si el evento de fuerza mayor es en efecto la causa del incumplimiento. En este sentido, en un caso de la Comisión de Mercantes de Grano de

08 *Atlantic Paper Stock Ltd. v. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited*, [1976] Supreme Court of Canada 1 S.C.R. 580.

09 François Terré, Philippe Simler y Yves Lequette, *Droit Civil: Les obligations* (Francia: Dalloz, 2018).

10 Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin y Nathalie Vézina, *Les obligations*, (Québec : Editions Yvon Blais, 2005): 943-944.

11 *Friends of DeVito v. Wolf*, [2020] A.3d --, 2020 WL 1847100.

12 *Elavon, Inc. v. Wachovia Bank*, [2011] National Association, 841 F. Supp. 2d 1298; *Tri-Town Construction Company v. Commerce Park Associates* [2016] 12, LLC, 139 A.3d 467, 475.

13 Ilya Kokorin y Jeroen Wide, “*Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The Case of Embargoes and Currency Fluctuations (Russian, German and French Approaches)*”, *Russian Law Journal* 3, (2015): 46-82, p. 57, doi: 10.17589/2309-8678-2015-3-3-46-82

14 Ewan McKendrick. *Force Majeure and Frustration of Contract* (Estados Unidos: CRC Press, 2013).

15 *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co*, U.S. District Court for the District of Delaware - 733 F. Supp. 800 (D. Del. 1990)

16 Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles* (Estados Unidos, Kluwer Law International B.V., 2008), 340.

17 George Triantis, “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, ed., comp. Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (Cheltenham: Edward Elgar, 2000).

Rotterdam¹⁸, el tribunal de arbitraje determinó que el demandado estaba usando la defensa de fuerza mayor para ocultar la verdadera razón del incumplimiento, esto es, que no tenía la cantidad suficiente del producto que debía entregar.

Hasta este punto, se presentaron los criterios de externalidad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la fuerza mayor. Es necesario aclarar que, aunque se han mencionado algunos eventos típicos de fuerza mayor, este concepto rara vez supone casos fáciles, por lo que su aplicación puede cambiar en distintos casos. Esta salvedad no debe pasarse por alto en el arbitraje, pues la práctica de cada tribunal varía en la medida que cada controversia supone potenciales cambios en la ley aplicable y la designación de los árbitros¹⁹.

B. *HARDSHIP*

A través del derecho canónico, el principio romano *ad impossibilia nemo tenetur* fue reformado y ampliado al principio “nadie está obligado a cumplir una promesa cuando las circunstancias de esta han cambiado lo suficiente”²⁰. Para varios autores, este cambio de la doctrina de la imposibilidad por la teoría del cambio de circunstancias es el origen del *hardship*²¹, cristalizado primero en los sistemas de *common law* a través de los llamados “Casos de la Coronación”²² decididos por las cortes inglesas.

Los Casos de la Coronación son pleitos que fueron presentados como consecuencia del aplazamiento de la coronación del rey Eduardo VII. Principalmente, las disputas surgían entre compradores y vendedores de los boletos para ver el evento: los vendedores reclamaban el pago del precio y los compradores se negaban a pagar porque consideraban que el objeto del contrato se había frustrado²³. De esta forma, en *Krell v Henry*²⁴, el tribunal favoreció a los compradores y argumentó que, aunque el cumplimiento del contrato no era físicamente imposible, el contrato se había frustrado por extinción de su objeto, que era ver la coronación.

18 Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*, 351.

19 Emmanuel Gaillard y John Savage, *International Commercial Arbitration* (Estados Unidos: Kluwer Law International, 1999).

20 James Gordley, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, *American Journal of Comparative Law* 52 (2004), 513-530, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html#:~:text=Roman%20law%20developed%20a%20doctrine,lesser%20value%20to%20each%20party>.

21 William Herbert Page, “The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance”, *Michigan Law Review* 18, no. 7 (1920): 589-614, doi: <https://doi.org/10.2307/1278026>; Paddeu, “A Genealogy of Force Majeure in International Law”, 381-494.

22 *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740; *Chandler v Webster* [1904] 1 KB 493; *Herne Bay Steamboat Co v Hutton* [1903] 2 K.B. 683; *Hobson v. Pattenden & Co* [1903] 19 TLR 186; *Clark v Lindsay* [1903] 19 TLR 202; *Griffith v Brymer* [1903] 19 TLR 434.

23 Roy McElroy y Glanville Williams, “The Coronation Cases”, *The Modern Law Review* 4 no. 1, (1941): 241-260.

24 *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740.

Para estudiar el *hardship*, debe adoptarse un enfoque distinto al que se usó para la fuerza mayor. Al tratarse de un concepto mayoritariamente aplicado en sistemas de *common law*, el *hardship* no suele encontrarse codificado en la legislación doméstica. Por el contrario, es común verlo en las cláusulas contractuales y en las decisiones de los tribunales, por lo que revisar las interpretaciones que ha tenido el término es más pertinente que establecer criterios comunes. En ese orden de ideas, esta sección se divide en (i) el significado del *hardship* en distintas jurisdicciones y (ii) su evolución en los contratos internacionales²⁵.

En principio, podría afirmarse que el *hardship* ha tomado al menos cuatro formas²⁶. En sistemas como los de Francia, Bélgica y Luxemburgo, se tiene la figura de la *imprévision*, que se refiere a circunstancias imprevistas que surgen con posterioridad a la suscripción del contrato y que hacen su ejecución muy onerosa, aunque no imposible²⁷. En estos sistemas, la aplicación del *hardship* es restringida. De esta forma, en *Canal de Craponne*²⁸, se rechazó la solicitud de reajuste de precio de un contrato de irrigación de un canal, pues se consideró que, no obstante la inflación y los costos de trabajo habían incrementado notablemente, los acuerdos no pueden ser alterados por razones de equidad.

En Reino Unido, se aplica la *doctrine of frustration*, que consiste en una justificación al incumplimiento debido a que el objeto del contrato se ve afectado. Es común que esto ocurra en casos de pérdida del cuerpo cierto o muerte de una persona en contratos *intuitu personae*²⁹, en los que el objeto o persona son esenciales al propósito contrato. En ese sentido, en *BP Exploration Co (Lybia) Ltd. v Hunt (No. 2)*³⁰, se determinó que la nacionalización del proyecto petrolero que operaba la empresa BP en Libia había frustrado el contrato entre BP y el titular de la licencia de explotación. En particular, como ya no era posible que BP desarrollara su actividad, mantener un acuerdo sobre la licencia carecía de sentido.

En Estados Unidos, se ha acuñado el concepto de *impracticability*, que se refiere a eventos que hacen el

25 Marcel Fontaine, “The Evolution of Rules on *Hardship*. From the First Study on *Hardship* Clauses to the Enactment of *Hardship* Rules”, en *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, comp. Fabio Orloff y Dorothy Ufot, (Francia: International Chamber of Commerce, 2019), Capítulo 1.

26 Marcel Fontaine y Philip de Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses* (Países Bajos: Brill, 2009); Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee y Pascal Hachem, *Global Sales and Contract Law* (Inglaterra: Oxford University Press, 2012).

27 Ewoud Hondius y Christoph Grigoleit, *Unexpected Circumstances in European Contract Law* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2011).

28 Caso De Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1876] D. 1. 193.

29 Hugh Beale, *Cases, materials and text on contract law* (Reino Unido: Oxford, 2002).

30 BP Exploration Co (Libya) Ltd v Hunt (No. 2) [1979] 1 WLR 783.

cumplimiento de las obligaciones en exceso oneroso³¹. En este caso, el *hardship* se ha aplicado de forma más flexible. En *Soho Alliance v New York City Board of Standards and Appeals (BSA)*³², se reconoció que las restricciones de uso sobre una propiedad habían causado *hardship* a su dueño porque no le permitían desarrollar actividades que le dieran un retorno razonable. De igual forma, en *White Plains Rural Cemetery Association v. City of White Plains*³³, se reconoció que se había causado *hardship* al propietario de un cementerio cuando se le rechazó la licencia para usar un horno crematorio, pues sus pérdidas por este hecho rebasaban un margen de dificultad económica razonable.

En Alemania, el *hardship* se aplica mediante la doctrina del *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, que se refiere a un cambio en las circunstancias esenciales del contrato, que afecta los intereses originales del acuerdo de voluntades. De esta forma, en un caso decidido por el Tribunal del Imperio Alemán, se permitió incrementar el precio de un contrato de abastecimiento debido a que los costos de la actividad del demandante se habían elevado. A juicio de los miembros del tribunal, aunque esta posibilidad no estuviera incluida en el contrato, no hacer el reajuste habría sido una burla a la buena fe, la equidad y la justicia³⁴.

En conclusión, el *hardship* puede presentarse de distintas formas, como circunstancias muy onerosas, frustración del objeto del contrato o cambios fundamentales al acuerdo de voluntades original. En ese sentido, la doctrina aplicable dependerá de cada jurisdicción y tribunal. Sin embargo, debe resaltarse que la defensa de *hardship* debe tener los criterios de externalidad e imprevisibilidad³⁵, en iguales términos a la fuerza mayor.

Ahora bien, al revisar la evolución del *hardship* en los contratos internacionales, se debe resaltar que estas cláusulas son cada vez más sofisticadas. De esta forma, cuando se observa la redacción de distintos contratos, es posible identificar que las primeras cláusulas de *hardship* eran simples y contenían lenguaje ambiguo, lo que generaba riesgos interpretativos. En ese sentido, se encuentran cláusulas como la siguiente: “en caso de ocurrir un cambio de circunstancias, que causen un *hardship*, ambas partes acuerdan adaptar el contrato siguiendo un espíritu de equidad³⁶” (traducción propia).

31 José Chamie, “Frustration of contract e impossibility of performance in el common law inglés”, *Revista De Derecho Privado* 16 (2009): 187-212. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/513>.

32 *Soho Alliance v. New York City Bd. of Standards and Appeals* [2000] NY Int. 0130.

33 *Matter of White Plains Rural Cemetery Assn. v City of White Plains* [2019] NY Slip Op 00606.

34 Nigel Foster y Satish Sule, *German Legal System and Rules* (Reino Unido: Oxford University Press, 2010), 472.

35 Clive M. Schmitthoff, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, ed. Chia-Jui Cheng (Países Bajos, Brill, 1988).

36 Fontaine, “The Evolution of Rules on *Hardship*, Cap. 1.

Por el contrario, con el paso del tiempo, se han desarrollado cláusulas más detalladas que se redactan en el contexto de operaciones y mercados concretos, que responden a su vez a contratos de un carácter más técnico. A manera de ejemplo, actualmente hay cláusulas de *hardship* con términos como “eventos disruptivos del mercado” y “efecto material adverso”³⁷, que han sido incluidos por las partes porque hacen parte del lenguaje típico de ciertos proyectos, como los acuerdos financieros y transaccionales complejos³⁸.

Para terminar, debe aclararse que, aunque en la práctica es difícil diferenciar fuerza mayor y *hardship*^{39,40}, hay claras distinciones entre ambos conceptos⁴¹. Por una parte, la fuerza mayor surge ante una imposibilidad de cumplimiento, mientras que el *hardship* surge por cambios de circunstancias que alteran el contrato sin hacer imposible el cumplimiento⁴². Por otra parte, la fuerza mayor es una excusa al cumplimiento, lo que resulta en su suspensión o terminación, mientras que el *hardship*, aunque puede tener los mismos efectos, es ante todo una invitación a que las partes o los tribunales lo reajusten⁴³.

B. DIFERENCIAS EN CIVIL LAW Y COMMON LAW

Esta sección no pretende hacer un recuento exhaustivo de la fuerza mayor y el *hardship* en distintos sistemas jurídicos. En ese sentido, sólo se presentarán algunas consideraciones sobre la importancia de distinguir la ley aplicable y los aspectos más relevantes a considerar en la práctica al momento de incluir y hacer efectivas estas defensas. En principio, la necesidad de esta sección surge porque, aunque las partes crean que pueden pactar libremente en el contrato los términos de la fuerza mayor y el *hardship*, es común que se sorprendan al ver cómo los tribunales aplicaron estos conceptos⁴⁴.

37 Ugo Draetta, “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”, *International Business Law Journal* 2002, no. 3 & 4 (2002) : 347-352.

38 Caroline Long, Ian Jack y Brian Cain, “Market disruption clauses”, *Law and Financial Markets Review* 3, no. 1 (2015): 45-48; David Denis y Antonio Macías, “Material Adverse Effects Clauses and Acquisition Dynamics”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 48, no. 3 (2013): 819-847.

39 Al respecto, a fuerza mayor no intenta cubrir las circunstancias que pueden presentarse, sino los sucesos inesperados. Sin embargo, en la redacción de estas cláusulas cada vez es más común que el ámbito de aplicación de estas se expanda, tratando de anticipar y mencionar eventos específicos, lo que las transforma en cláusulas sobre cambio de circunstancias.

40 Schwenger, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 45-47.

41 Hubert Konarski, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, *International Business Law Journal* 4 (2003): 405-428

42 Schwenger, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 49-50

43 Véase art. 6.2.3 de los UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS.

44 Werner Melis, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 1, no. 3 (1984): 212-222.

En *civil law*, es común que la fuerza mayor esté codificada en la ley, por lo que esta puede ser aplicada por los tribunales sin necesidad de estipulación contractual, mientras que en *common law* puede que la fuerza mayor no sea reconocida a menos que las partes lo acuerden en el contrato⁴⁵. Por el contrario, en *common law* es común que el *hardship* sea reconocido por los tribunales⁴⁶, mientras que en *civil law* este concepto tiene una aplicación restringida, incluso si está reconocido en la ley o el contrato. Para algunos, esto se debe a que reconocer estas defensas suscita una tensión con el *pacta sunt servanda*, ante la cual los tribunales suelen privilegiar la santidad de los contratos sobre la justificación de un incumplimiento⁴⁷.

De esta forma, los retos que supone la ley aplicable son al menos dos. Primero, si se trata de un sistema de *civil law* y los términos de las cláusulas de fuerza mayor o *hardship* son hechos a la medida, el contrato puede ser contrario a reglas imperativas. Lo anterior, pues es posible que la noción y efectos de estas instituciones jurídicas ya estén definidas en la ley, lo que no admite pacto en contrario. Segundo, si la ley aplicable es de un sistema de *common law*, para el caso de una cláusula de fuerza mayor, o de un sistema de *civil law*, para el caso de una cláusula de *hardship*, y los términos de las cláusulas son vagos o inexistentes, puede que los tribunales no reconozcan la aplicabilidad de los conceptos o que los interpreten de una manera contraria a las expectativas de las partes⁴⁸. En ese sentido, como las reglas de cada jurisdicción alteran los resultados, estas siempre deben considerarse.

En la práctica de los tribunales, tanto en *civil law* como en *common law*, estos conceptos se rigen por la interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad⁴⁹ y pocas veces se reconocen a favor de la parte que las reclama, incluso en escenarios que parecerían extremos⁵⁰. De esta forma, en *Canal de Craponne*⁵¹ y en *British Movietone News Limited v London and District Cinemas Ltd*⁵², se determinó que dos contratos que habían sido firmados antes de la guerra debían mantener los mismos términos durante la posguerra, aunque para ese entonces los precios originales eran exorbitantes.

45 Chamie, “Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés”, 187-212.

46 Clare Ambrose, “Force Majeure in International Contracts: The English Law Perspective”, *Business Law International* 3 (2003): 234-240.

47 Schwenzer, Kee y Hachem, *Global Sales and Contract Law*, 45-88.

48 Michael Polkinghorne y Charles Rosenberg, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”, *Business Law International* 16, no. 1 (2015): 49-64.

49 Gyula Eörsi, “The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability”, *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 2 (1975): 215-235, <https://www.jstor.org/stable/839105?seq=1>.

50 René David, “Frustration of Contract in French Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 28, no. 3 (1946): 11-14.

51 Case De Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1976] D. I. 193.

52 British Movietone News Limited v. London and District Cinemas Limited, [1952] AC 166.

C. ESTATUS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el universo de los principios del derecho internacional, el *pacta sunt servanda* gobierna la santidad de los acuerdos entre las partes, mientras que el *rebus sic stantibus* refleja la necesidad de ajustar estos acuerdos cuando las circunstancias que les dieron lugar cambian de manera sustancial. La existencia de estos principios crea una tensión que, para algunos autores, se resuelve por vía del principio de la buena fe⁵³. De esta forma, aunque la regla general es que los acuerdos son ley para las partes, en casos excepcionales se admiten defensas como la fuerza mayor y *hardship*. Lo anterior, bajo el entendido que sería contrario a la buena fe, medida en términos de razonabilidad, justicia y equidad, exigir a las partes el cumplimiento de algo imposible o excesivamente oneroso⁵⁴.

La aplicación del principio *rebus sic stantibus* por parte de los Estados no es ninguna novedad en el derecho internacional. Desde antes del siglo XX, Rusia se valió de este principio para notificar en 1871 y 1886 su decisión de rehusarse a cumplir ciertas obligaciones internacionales, adquiridas bajo el Tratado de París (1856) y el Tratado de Berlín (1878), debido a que las condiciones originales que habían dado lugar a la firma de estos tratados habían cambiado⁵⁵. De igual manera, el principio *rebus sic stantibus* fue alegado por Austria-Hungría para la anexión de Bosnia y Herzegovina en 1908, y por China para la notificación a Bélgica en 1926 de su intención de dar por terminado el tratado suscrito por ambas partes el 2 de noviembre de 1985⁵⁶.

Desde entonces, el principio *rebus sic stantibus*, ha tenido mayor desarrollo a través de los conceptos de fuerza mayor y *hardship*, pues estos se han incorporado en varios tratados y han llegado a ser reconocidos como principios generales de derecho internacional⁵⁷. Por una parte, en derecho público consuetudinario, el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT) se refiere al cambio fundamental en las circunstancias de un tratado, lo que en teoría podría hacerlo el referente más cercano al *hardship*. Asimismo, en el Proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos Internacionalmente Ilícitos (Artículos ILC), el artículo 23 incorpora la noción de fuerza mayor como una de las defensas por medio de las cuales el Estado puede excusar su responsabilidad.

53 Brunner, *Force Majeure and Frustration of Contract*. Cap. 5

54 Ibid.

55 K.R.R. Sastry, "Clausula Rebus Sic Stantibus in International law, *Canadian Bar Review* 13, no. 4 (1935): 227-229.

56 Sidik Suraputra, "Doctrine OF Rebus Sic Stantibus and law of International treaty", *Jurnal Hukum Internasional* 11, no. 4 (2014): 462-482.

57 James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Reino Unido: Cambridge University Press, 2002), 77-189.

Por otra parte, en el ámbito del derecho internacional privado, el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (UPPIC), el artículo 6.III de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) y el artículo III 1:111 del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) establecen las reglas aplicables en el caso de un cambio de circunstancias⁵⁸. De igual forma, aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) no tiene referencias expresas a fuerza mayor o *hardship*, su artículo 79 menciona la exoneración de responsabilidad debido a un impedimento ajeno a la voluntad de las partes. Por último, desde 2003, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha elaborado cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship* que tienen gran acogida en los contratos internacionales.

En cuanto a tribunales internacionales, en algunos casos decididos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (IUSCT)⁵⁹ se ha reconocido que la fuerza mayor, al ser un concepto incorporado o aplicado en la mayoría de las jurisdicciones, es un principio general del derecho. Sin embargo, al analizar las controversias comerciales en las que se ha invocado el artículo 79 de la CISG, es evidente que la regla general es aún la aplicación restringida de estas defensas⁶⁰. De esta forma, se ha rechazado que sean eventos constitutivos de fuerza mayor: un aumento del 30% en los precios de un producto⁶¹, una moratoria impuesta por el Gobierno que causa demoras en el cumplimiento⁶², una falta de moneda convertible en el banco de una de las partes⁶³ y un incumplimiento de terceros proveedores que redunde en la pérdida de capacidad de una de las partes para entregar ciertos bienes⁶⁴.

III. ARBITRAJES EN CONTEXTOS DE CRISIS

En el último siglo, el mundo ha experimentado un importante número de crisis sanitarias ocasionadas por enfermedades como zika, SARS y ébola⁶⁵, en las que las medidas gubernamentales y el impacto de estas en los mercados siempre han estado presentes. En ese sentido, cabe preguntarse cuál es la

58 Ingeborg Schwenzer, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University Law Review* 39 (2008): 709-726, <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>

59 *Anaconda Iran Ltd. v. Iran* [1986], 13 IRAN-U.S. C.T.R., at 199 et seq; *Mobil Oil Iran, Inc. et al. v. Iran*, 16 IRAN-U.S. C.T.R., at 3 et seq.

60 Ulrich Magnus, "Force Majeure and the CISG", en *The International Sale of Goods*, ed. comp. Peter Sarsevic y Paul Volken (Estados Unidos: Kluwer International Law, 2001): 1-35.

61 *Nuova Fucinati v. Fondmetall International*, [1993] District Court Monza.

62 ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992.

63 Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award: 123/1992.

64 Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg, Partial award of 21 March 1996; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration proceeding 155/1994.

65 Nathan Grubaugh et. al., "Tracking virus outbreaks in the twenty-first century", *Nature Microbiology* 4 (2019): 10-19.

capacidad de las instituciones jurídicas y tribunales de arbitraje internacional para responder a estas circunstancias. En teoría, existe cierto consenso de aceptar las epidemias como eventos típicos de fuerza mayor. La cláusula modelo de la ICC califica estos eventos en su artículo 3(e) como tal. Sin embargo, hasta la llegada del COVID-19 y los futuros arbitrajes que se pronostican como consecuencia de este⁶⁶, no se había tenido la oportunidad de analizar a fondo este asunto.

En cuanto a crisis sanitarias, el referente más cercano a la pandemia es quizás el que tuvo lugar en el *Bischoff Case*⁶⁷. En este caso, la Comisión de Reclamaciones Mixtas Alemania-Venezuela desestimó un reclamo por daños y perjuicios ocasionados por el decomiso que realizaron las autoridades venezolanas de una flota en el que iban pasajeros contagiados con viruela. En particular, se determinó que “ciertamente durante una epidemia de una enfermedad infecciosa no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable de los poderes de policía”⁶⁸. Sin embargo, este análisis está orientado hacia la doctrina de poderes policivos del Estado y elude la discusión del presente artículo en cuanto a fuerza mayor y *hardship*. Por ende, una mejor aproximación para entender futuros arbitrajes podría ser la de revisar algunos escenarios que pueden estar asociados a la crisis sanitaria.

A. CAMBIOS EN LAS VARIABLES ECONÓMICAS

En el contexto del COVID-19, distintos actores del mercado se han visto duramente afectados. En América Latina y otros países, el doble impacto de la recesión económica por la pandemia y la crisis del petróleo han impactado en una devaluación de las monedas nacionales⁶⁹. Asimismo, el Banco Mundial⁷⁰ ha proyectado una recesión en África sub-sahariana después de 25 años, mientras que en Asia la productividad y las exportaciones disminuyeron sustancialmente⁷¹. En Europa, el PIB ha disminu-

66 Ahmed Bakry, “The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries”, *Kluwer Arbitration (blog)*, abril 21 de 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?print=print&doing_wp_cron=1589776544.1255300045013427734375

67 Comisión de Reclamaciones Mixtas Alemania – Venezuela, *Caso Bischoff* (1903)

68 *Ibid.*, 420

69 Morgan Grenier, “How is covid impacting global currency”, *Airshare a Workforce Globalization (blog)*, 25 de mayo de 2020, <https://airshare.air-inc.com/how-is-covid-19-impacting-global-currency>.

70 “Covid-19 Drives Sub-Saharan Africa Toward First Recession in 25 Years”, *Banco Mundial*, acceso el día 1 de mayo de 2020, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/04/09/covid-19-coronavirus-drives-sub-saharan-africa-toward-first-recession-in-25-years>.

71 “The Economic Impact of COVID-19 on Asia-Pacific” *Oxford Economics*, acceso el abril 25 de 2020, <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-COVID-19-on-Asia-Pacific>

do en un 3,8% y en Estados Unidos se han registrado más de 30 millones de personas desempleadas⁷².

Esta sección hará especial énfasis en la interpretación que se ha dado a la fuerza mayor y el *hardship* en contextos de aumentos de precio. Debe tenerse en cuenta que los cambios en estas variables representan aspectos no contemplados al negociar los términos del contrato y que hacen el cumplimiento de las obligaciones muy oneroso⁷³. Sin embargo, por regla general, no tendría lugar la activación de estas defensas si la racionalidad detrás del reclamo es simplemente que un negocio ha dejado de ser lucrativo⁷⁴.

HUNGARIAN STATE ENTERPRISE V. JUGOSLAVENSKI NAFTAVOD⁷⁵

Las partes tenían un acuerdo en torno al uso de un oleoducto que atravesaba la frontera entre Hungría y Yugoslavia. Según el contrato, una de las partes se obligaba a usar el oleoducto de la otra para la importación de petróleo a largo plazo y pactando unas cantidades mínimas de producto que sería transportado con cierta regularidad. La disputa surgió porque las cantidades de producto pactadas disminuyeron por debajo de lo acordado. El demandante argumentó la fuerza mayor por el deterioro del mercado de petróleo debido a la Guerra Irak-Irán y sus efectos en la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), lo que afectó el consumo de petróleo y, por ende, las cantidades transportadas. El tribunal *ad hoc* determinó que la defensa no estaba justificada porque las partes conocían el contexto de conflicto entre Irak e Irán y la actitud de la OPEP de suscribir el contrato.

Este caso muestra la importancia del criterio de imprevisibilidad. Aunque la subida de precios estaba asociada a un típico evento sobreviniente, como es el caso del conflicto armado, el tribunal estimó que se trataba de un hecho previsible. En ese sentido, debe resaltarse que la fuerza mayor causada por guerras se ha invocado en múltiples casos, aunque no se ha reconocido en todos⁷⁶. Esto dirige la atención hacia tres asuntos. Primero, el conflicto Irak-Irán era un asunto político global, por lo que podía ser conocido por las partes sin dificultad. Segundo, el comportamiento de la OPEP y las

72 Sophia Chen et. al., “The economic impact of Covid-19 in Europe and the US: Outbreaks and individual behaviour matter a great deal, non-pharmaceutical interventions matter less”, *VOX CEPR Policy Portal* (blog), 11 de mayo de 2020, <https://voxeu.org/article/economic-impact-covid-19-europe-and-us>

73 Mahmoud Firoozmand y Javad Zamani, “Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding”, *Arbitration International* 33, no. 3 (2017): 397-398, <https://doi.org/10.1093/arbit/aix021>.

74 Ingeborg Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, *Victoria University Law Review* 39 (2008): 709-726, <https://doi.org/10.26686/vuwlrv39i4.5487>.

75 Hungarian State Enterprise v. Jugoslavenski Naftovod [1984] IX YBCA 69.

76 Jure Zrilic, “Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law”. *Manchester Journal of International Economic Law* 16, no. 1, (2019): 28-56; ICC caso No. 1703 (1971); ICC caso No. 2546 (sin publicar); *Serbian Loans* PCIJ Ser A No. 20 (1929); *Brazilian Loans* PCIJ Ser A No. 21 (1929)

posibles repercusiones en el mercado eran asuntos específicos de la industria de las partes, por lo que era razonable exigirles que estuvieran al tanto. Tercero, las señales de la guerra habían iniciado antes de las negociaciones entre las partes y se encontraban vigentes al suscribir el contrato.

En ese sentido, los asuntos mencionados parecen ajustados al estándar de diligencia que se exige a las partes en arbitrajes internacionales, toda vez que, en su calidad de comerciantes, se les entiende como profesionales competentes⁷⁷. De esta forma, los tribunales son estrictos cuando se considera razonable pensar que las partes pudieron conocer los eventos sobrevinientes como parte de su práctica de negocios. Sin embargo, tratándose de un entorno político cambiante y sujeto a la voluntad diplomática de los Estados, cabe cuestionar dónde se pone límite a lo que es o no razonable esperar que conozcan las partes.

STEEL BARS CASE⁷⁸

Las partes, de Egipto como demandante y de Yugoslavia como demandado, suscribieron un contrato para la venta de acero. El comprador, según lo estipulado en el contrato, notificó al vendedor que quería adquirir una cantidad adicional del producto al precio acordado. Sin embargo, el vendedor se rehusó y argumentó que, como el valor del producto en el mercado había incrementado, el contrato debía ser ajustado. No obstante, el tribunal determinó que, para dar la razón al demandado, era necesario que existiera una cláusula de ajuste de precio o que el contrato se hubiera frustrado. En ese sentido, el tribunal descartó la primera posibilidad y estableció que el incremento del valor del producto era un factor que podría haberse anticipado y que no se trataba de un cambio sustancial, pues un aumento del 13.16% en los costos se encontraba dentro del margen acostumbrado.

En este caso, se presenta una defensa de *hardship* y se identifican al menos tres inquietudes conceptuales. La primera es la importancia que le da el tribunal a la existencia o no de una cláusula de ajuste de precio en el contrato. Esto resalta nuevamente la importancia de la redacción del contrato y demuestra que un error en esta etapa puede ser decisivo en la resolución del caso. La segunda es la referencia que se hace a lo que podría llamarse un test de materialidad, esto es, preguntarse qué tan sustancial es la variación que afecta alguna de las variables económicas del negocio, por ejemplo, el valor de un producto en el mercado. Sobre este punto, cabe anotar que a partir de la decisión no es claro qué factores deben tenerse en cuenta para hacer este análisis y pareciera sugerirse que se trata de punto sobre el cual el tribunal tiene un grado importante de discrecionalidad.

77 Bernardo Cremades “Good Faith in International Arbitration”. *American University International Law Review* 27, no. 4 (2012): 761-788.

78 ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989.

B. ILEGALIDAD SOBREVINIENTE

Cuando aparecen normas que hacen ilegal la ejecución de un contrato después que este se haya suscrito, se hace referencia a un evento de ilegalidad sobreviniente⁷⁹. Esta figura no sólo cubre normas posteriores al contrato, sino también normas anteriores que no se hubieran aplicado o que sean aplicadas diferente a lo acostumbrado⁸⁰. Los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad son particularmente enfatizados al momento de analizar este escenario.

ICC CASO NO. 2216 DE 1976⁸¹

La parte demandada, una empresa noruega, incumplió la obligación de entregar ciertas cantidades de petróleo a una compañía controlada por otro Estado. En su defensa, la empresa noruega presentó dos argumentos. Por una parte, la caída de los precios del petróleo desde la fecha de suscripción del contrato y la fecha en que esta inició su ejecución. Por otra parte, que las autoridades cambiarias noruegas interfirieron con el cumplimiento del contrato porque se rehusaron a otorgar ciertas autorizaciones al demandado, argumentando que sus operaciones implicaban una pérdida de moneda extranjera para la nación. Frente a esto, el tribunal determinó que los eventos descritos no eran imprevisibles ni irresistibles porque las regulaciones cambiarias se encontraban vigentes desde antes de la suscripción del contrato, por lo cual era obligación del demandado gestionar el cumplimiento de estas.

Este caso sugiere al menos dos conclusiones. En primer lugar, las partes deben tener presentes las regulaciones existentes al momento de negociar el contrato. Esto quiere decir que deben conocer a qué reglas estará sujeta la ejecución del acuerdo y las posibles contingencias que pueden presentarse con las autoridades y los trámites regulatorios⁸². En segundo lugar, esta exigencia incrementa para la parte incumplida si se trata de una persona que tiene experiencia con estas gestiones, pues se considerará que están en su esfera de control y se encuentra obligado a actuar con diligencia para asumir la carga de resolverlas.

79 Firoozmand y Zamani, "Force majeure in international contracts", 397-398

80 Giuditta Cordero-Moss, *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules* (Reino Unido: Cambridge University Press, 1999), 345.

81 ICC, case No. 2216, 102 *Clunet* 917 (1975).

82 Hubert Konarski, "Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice", *International Business Law Journal*, no. 4, (2003): 405-428.

REGIS PAILLARDON V ARCHER-DANIELS MIDLAND AND ADM LATIN AMERICA⁸³

Las partes suscribieron varios acuerdos a través de los cuales el demandado pagaría al demandante para trabajar como aliado estratégico en la comercialización de ciertas materias primas en el mercado venezolano. En algún punto, el demandado decide terminar estos acuerdos y el demandante exige que se le transfieran pagos pendientes. Ante esta solicitud, el demandado se rehúsa, lo que da origen a la controversia. En su defensa, el demandado argumentó la ilegalidad sobreviniente. De acuerdo con lo anterior, este consideraba que el demandante había violado las regulaciones penales y cambiarias, porque había cometido irregularidades en ciertas facturas, lo que había invalidado los contratos entre las partes.

En su análisis, el tribunal decide que no se ha probado la ilegalidad sobreviniente y presenta varias razones para sostener esta conclusión. Primero, que las supuestas irregularidades, si las hubiera, se encontrarían en las facturas y no en los contratos subyacentes. Por ende, no todas las transacciones que se habían realizado tenían este vicio, sino únicamente una parte de estas. Segundo, que el demandante no había probado un nexo causal efectivo entre las regulaciones que se habían violado y los actos del demandado. En ese orden de ideas, los hechos sugerían que, aunque el demandado considerara irregulares las prácticas del demandante, estas no estaban expresamente sancionadas por la legislación. Tercero, que las medidas adoptadas por el demandante no eran ilegales, sino ingeniosas y acordes a lo que cualquier hombre de negocios audaz habría hecho para mejorar su actividad económica.

Este caso muestra varias consideraciones del mayor interés. En primer lugar, que es viable el uso de la ilegalidad sobreviniente como una excusa al cumplimiento cuando una ley ha sancionado como ilícitos ciertos comportamientos. En segundo lugar, que la prueba de esta defensa se enfrenta a importantes retos probatorios, de los cuales cabe destacar al menos tres: primero, considerar y delimitar claramente cuál es el objeto que se ve afectado por el evento o instrumento que genera la ilegalidad sobreviniente; segundo, mostrar una causalidad precisa entre la fuente del ilícito, la actividad del contrato afectada por este y las implicaciones de lo anterior sobre obligaciones de las partes; tercero, diferenciar entre prácticas comerciales ventajosas y actitudes cuestionables bajo la legalidad de un sistema.

83 ICDR, Regis Paillardon v. Archer-Daniels-Midland Company and ADM Latin America Inc. ICDR Case No. 50-180-T-00433-10

IV. REFLEXIONES PARA FUTUROS ARBITRAJES

Con el COVID-19, se ha pronosticado un incremento en los arbitrajes internacionales⁸⁴ y en algunos casos ya se ha advertido sobre esta posibilidad⁸⁵. En ese contexto, la fuerza mayor y el *hardship* son defensas que pueden tener gran relevancia. A continuación, se presentarán, algunas reflexiones para evitar o enfrentar futuros arbitrajes.

A. LA REDACCIÓN DE MEJORES CLÁUSULAS

En materia de fuerza mayor y *hardship*, hay al menos tres razones por las cuales las partes deberían tener un rol activo en redacción de los contratos. Primero, porque estas defensas se suelen regular en los contratos, lo que hace de estos la fuente más importante en muchos arbitrajes⁸⁶. Segundo, porque es usual que los tribunales tengan deferencia frente a los acuerdos entre las partes⁸⁷, lo que hace probable que prevalezca lo pactado. Tercero, porque es común que las partes pasen por alto los pormenores del documento⁸⁸, lo que hace necesario prever y evitar esta aproximación de manera eficaz. En ese sentido, se señalarán al dos aspectos a tener en cuenta en la redacción de mejores cláusulas contractuales.

En primer lugar, las cláusulas deben ser armónicas con la ley aplicable. Las partes pueden tener la intención de regular libremente en sus contratos la definición y el alcance de la fuerza mayor y el *hardship*⁸⁹, sin embargo, esto puede traer importantes incompatibilidades. Para entender este punto, se mencionan a continuación dos ejemplos. Por un lado, entre partes de la industria de construcción, pueden usarse al nivel del contrato términos como “frustración”, “riesgos exceptuados” o “riesgos especiales”, que aparecen y se definen en las Condiciones Generales del Contrato para Obras Civiles (FIDIC), y que son de común aplicación en el sector. Sin embargo, estos pueden tener una interpretación diferente bajo la ley aplicable, lo que puede generar tensión entre la voluntad de las partes y la interpretación de un tribunal.

84 Bakry, “The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration”.

85 Ver intención de arbitraje presentada por Devianes contra Perú por la suspensión de peajes durante la pandemia: <https://ciarglobal.com/devianes-presenta-arbitraje-de-inversiones-contra-peru-en-ciadi/>.

86 G.R. Delaume, “Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements”, *Columbia Journal of Transnational Law*, no. 10 (1971): 225-250.

87 Zeyad A. Al Qurashi, “Renegotiation of International Petroleum Agreements”, *Journal of International Arbitration* 22, no. 4 (2005): 261-300.

88 Karl H. Böckstiegel, “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts”, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn (Estados Unidos: Kluwer, 1985): 159-173.

89 Werner Melis, “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Kluwer Law International* (1984): 1-6.

Por otro lado, el significado de fuerza mayor o *hardship* bajo la ley aplicable puede ser contrario al que las partes presumen cuando presentan su defensa en un caso. Sobre este punto, los hechos de *Niko Resources v Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co*⁹⁰ son precisos. En este caso, el demandado, que presentaba una defensa de fuerza mayor, argumentó que un requerimiento judicial ocurrido en 2005 le impedía pagar un contrato de 2006. A juicio del tribunal, la ley aplicable era la de Bangladesh, que en el artículo 56 de la norma relevante definía esta defensa en los siguientes términos: “un contrato de hacer un acto que, después de suscrito el contrato, se torna imposible o, por un evento que el obligado no pudo prever, contrario a la ley, se vuelve ineficaz cuando el acto se torna imposible o ilegal” (traducción propia, párrafo 196). De esta forma, el tribunal decidió que, aunque el evento mencionado pudiera dar lugar a la defensa, la fuerza mayor sólo podía invocarse respecto de eventos posteriores al contrato, por lo que desestimó el argumento⁹¹.

En segundo lugar, las cláusulas de fuerza mayor y *hardship* deben ser hechas a la medida según las particularidades de cada negocio⁹². En la práctica, es usual el uso de cláusulas modelo de fuerza mayor y *hardship*, como las de la ICC. Aunque las proformas pueden ser un punto de partida de utilidad para las partes, estas deberían adaptarse. Por ejemplo, la cláusula de fuerza mayor de la ICC, actualizada para 2020, hace referencia a “epidemias” en la sección 3(e). Sin embargo, el lenguaje podría ampliarse a medidas asociadas que son comunes en varios Estados, como cuarentenas, cierre de fronteras o suspensión de actividades⁹³. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la coherencia de las cláusulas con el tipo de contrato y las modificaciones pertinentes a la estructura de estas.

Con respecto al primer punto, es clave que las partes conozcan la totalidad del contrato y sus especificidades⁹⁴. A manera de ejemplo, como muestra el caso de *Kyocera Corp. v Hemlock Semiconductor LLC*⁹⁵, un contrato que tiene a su vez una cláusula de fuerza mayor y un sistema *take or pay*, que obliga al comprador o bien a tomar los bienes o bien a pagar al vendedor, sería objeto de mayor análisis, pues sin importar que un evento haga imposible para el comprador tomar los bienes, de todas formas le es exigible el pago.

90 ICSID Case No. ARB/10/18, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*.

91 Polkinghorne y Rosenberg, “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”, 49-64.

92 Por oposición, se encuentra el uso de modelos de cláusula sobre proformas. Esta práctica ha sido promovida en gran medida por los instrumentos internacionales como los UPPIC y las cláusulas modelo de la ICC.

93 Augenblick y Rousseau, “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”, 59-75.

94 Fontaine y De Ly, *Drafting International Contracts*, 401-451

95 *KYOCERA CORPORATION v. HEMLOCK SEMICONDUCTOR, LLC* [2015] Docket No. 327974.

Frente al segundo punto, es importante tener en cuenta la estructura de las cláusulas. Es común que estas estén redactadas en dos partes: una enumeración de eventos de fuerza mayor y una definición general para eventos no previstos (*catchcall*)⁹⁶. Por una parte, al redactar la lista de eventos, se deberían tener en cuenta las especificidades técnicas y operativas del negocio, los intermediarios, el tipo de contrato, la ley aplicable y la situación en el territorio de las partes involucradas⁹⁷. Por otra parte, al redactar el *catchcall*, debería evitarse cualquier lenguaje vago o ambiguo que cause problemas al momento de interpretarse.

En algunos foros, una correcta redacción de los eventos enumerados y el *catchcall* es sustancial en una defensa exitosa. Este es el caso, por ejemplo, ante las cortes de Nueva York. De una parte, en *Kel Kim Corp. v Central Markets, Inc.*⁹⁸ se determinó que sólo se considerarían excusados de cumplimiento los eventos listados en la cláusula. De otra parte, en *Team Marketing USA Corp. v. Power Pact, LLC*⁹⁹, se estableció que, si la cláusula tenía un lenguaje genérico como el *catchcall*, se permitirían todos los eventos de una naturaleza similar. En ese sentido, aunque en este caso se asumió una aproximación más flexible, se sostuvo que era necesario hacer referencia de alguna forma a los eventos de fuerza mayor.

B. IMPREVISIBILIDAD E IMPOSIBILIDAD

En cuanto a la imposibilidad, es importante aclarar que el hecho mismo de regular eventos constitutivos de fuerza mayor en el contrato sugiere *de facto* que estos fueron previstos, lo que refleja una paradoja entre la práctica contractual y la naturaleza de un evento imprevisible¹⁰⁰. Además, debe tenerse en cuenta que mencionar estos eventos en el contrato no garantiza automáticamente que el tribunal los aceptará como eventos constitutivos de fuerza mayor o *hardship*¹⁰¹. Por tanto, una primera problemática es que cada vez son más los eventos que se espera que sean previstos y no hay forma de asegurar a las partes que las circunstancias sobrevinientes van a dar lugar a que se les excuse.

En el caso de *El Niño*¹⁰², las partes habían acordado que una de ellas entregaría a la otra ciertas cosechas para que estas fueran distribuidas en Estados Unidos. Sin embargo, el proveedor no entregó los productos, lo que dio origen a la controversia. En la defensa, se argumentó fuerza mayor porque las

96 Fareya Azfar, “The Force Majeure Excuse”, *Arab Law Quarterly* 26, no. 2 (2012): 249-254.

97 Mark Augenblick and Alison B. Rousseau, “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”. *The Journal of World Investment and Trade* 13, no. 1 (2012): 59-75.

98 *Kel Kim Corp. v. Central Markets, Inc.*, [1987]. N.Y.2d 900.

99 *Team Mktg. USA Corp. v Power Pact [2007] LLC NY Slip Op 04751 [41 AD3d 939]*.

100 *Ibid.*

101 Draetta, “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”, 347-358

102 Centro de Arbitraje de México (CAM), Arbitral Award 30-11-2006.

cosechas habían sido destruidas debido a las tormentas e inundaciones ocasionadas por el fenómeno de *El Niño*. En su decisión, el tribunal rechazó la defensa de fuerza mayor porque, a su juicio, estos eventos pudieron ser previstos por el demandado antes de la suscripción del contrato. Lo anterior, con base en la amplia trayectoria del demandado en el sector de la agricultura, pues ya había tenido situaciones similares.

Como ilustra este caso, hay una dificultad mayor para probar la imprevisibilidad en relaciones de carácter comercial. Por una parte, los tribunales se rehúsan a reconocer la fuerza mayor en controversias entre comerciantes porque esta defensa está diseñada para resguardar a partes débiles de estas relaciones contractuales y no a profesionales competentes¹⁰³. Por otra parte, los tribunales demandan de las partes un grado de diligencia superior, pues los entiende como expertos, lo que también restringe la aplicación de estas defensas¹⁰⁴. En ese sentido, el tribunal en *Eudoro Armando Olguín v Paraguay*¹⁰⁵ expresó:

“Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente” (énfasis propio).

En conclusión, parece existir un cierto consenso de los tribunales en pensar que las partes conocen su negocio y deben prever sus riesgos. Sin embargo, no es claro qué tipo de eventos deberían conocerse y hasta dónde se puede extenderse esta exigencia de conocerlos. En efecto, los tribunales han exigido a las partes prever riesgos derivados de múltiples circunstancias. Entre estas, las protestas, el conflicto armado, los fenómenos climáticos y las acciones del gobierno¹⁰⁶. Sin embargo, no parecería correcto aceptar que las partes deban asumir cualquier riesgo que puedan prever, sino aquellos que sean razonables de acuerdo a su negocio. De lo contrario, sería posible hacer inocuas estas defensas.

Con respecto a la imposibilidad, la posición mayoritaria es que, para que las partes puedan librarse del cumplimiento, la fuerza mayor debe ser absoluta. En ese sentido, deben tenerse en cuenta las variables

103 Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law* (Reino Unido: Bloomsbury Academic, 2004).

104 Peter K. Berger, “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Transnational Dispute Management* 1, no. 4 (2004).

105 *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5.

106 Firoozmand y Zamani, “Force majeure in international contracts”, 397-398

que, aunque exista fuerza mayor, descartan la posibilidad de evitar que el contrato sea cumplido. Primero, si la fuerza mayor es parcial, es decir, afecta sólo una parte del contrato, la parte de las obligaciones no afectada deberá cumplirse. Segundo, si la fuerza mayor es temporal, se suspenderá su ejecución y esta deberá retomarse cuando cesen las causas de la fuerza mayor. Tercero, si existen medidas alternativas disponibles para cumplir con el contrato, incluso si no habían sido previstas por las partes, estas deberán ser asumidas.

En los *Casos del Canal de Suez*¹⁰⁷, una serie de controversias derivadas del cierre de esta ruta marítima debido a las hostilidades en Medio Oriente entre 1956-1967, se presentaron varios pleitos entre transportistas y sus contratantes. Los segundos sostenían que las obligaciones debían cumplirse a través de una ruta distinta y más costosa, mientras que los primeros argumentaban que debían aplicarse las cláusulas de fuerza mayor y *hardship*. En todos los casos, los tribunales reconocieron que debía realizarse el cumplimiento alternativo, asignando a los demandados los costos de cubrir los trayectos por una ruta diferente.

En *Global Tungsten & Powder Corp v Largo Resources Ltd*¹⁰⁸, el demandado argumentó que una sequía le había impedido producir concentrado de tungsteno debido a la escasez de agua. En oposición, el demandante sostuvo que el agua pudo haber sido traída en camiones, aunque esta opción incrementara sustancialmente los costos de producción del proveedor. A juicio del tribunal, la sequía era en efecto un evento de fuerza mayor, sin embargo, sus efectos estaban limitados a un cierto período de tiempo. Por tanto, se estableció que el demandado estaba obligado a implementar sus máximos esfuerzos comerciales para implementar medidas alternativas, como un sistema de abastecimiento de agua diferente.

A partir de los casos anteriores, se observa que es común exigir el uso de medidas alternativas o limitar los efectos de las defensas cuando se trata de fuerza mayor o *hardship*. En ese sentido, deben tenerse en cuenta que hay tantas formas para implementar estas acciones como tribunales diversos para resolver distintas controversias. En ese sentido, un gran reto que se presenta es tratar de prever, limitar o dar consistencia a lo que cada tribunal considera que es razonable exigirle a las partes. En últimas, las consecuencias de estas decisiones no son menores, pues las decisiones pueden resultar en un incremento desproporcionado de los costos de una parte o incluso en la afectación de obligaciones con terceros.

En el contexto de las crisis sanitarias, se trata de eventos de aparición repentina y de esparcimiento

107 Treitel, *Frustration and Force Majeure*, para. 4-071/72.

108 *Global Tungsten & Powders Corp. v. Largo Resources Ltd*. ICC Case No. 19566/AGF/RD

rápido. A diferencia de eventos focalizados y habituales, como conflictos armados y desastres naturales comunes en ciertas regiones, las crisis sanitarias no parecen susceptibles de clasificarse como eventos previsible. No obstante, la imposibilidad de las obligaciones en estos casos presenta retos más grandes. En concreto, deberán analizarse las normas concretas de cada Estado, por ejemplo, si existían excepciones, permisos y solicitudes que pudieron tramitarse para hacer posible el cumplimiento.

C. TEST DE RAZONABILIDAD

Según el principio de incertidumbre, los contratos están basados en presunciones explícitas e implícitas de las partes¹⁰⁹. Así, al decidir sobre eventos sobrevinientes, los tribunales interpretan las presunciones implícitas. La pregunta sobre la interpretación de estas presunciones implícitas puede tener dos tipos de enfoque: “orientado a los eventos” y “orientado a las magnitudes”. En el primer caso, la pregunta lo que se decide es si un evento era o no era previsible; en el segundo, se decide si un evento o una medida alternativa hacen el cumplimiento de una obligación excesivamente oneroso.

Como se ha mostrado, estas preguntas son de difícil aplicación. En un caso, un tribunal puede aceptar que un evento es previsible o que el cumplimiento de una obligación es excesivamente oneroso, mientras que en un caso diferente otro tribunal puede rechazarlos. En ese orden de ideas, uno de los retos más grandes que tiene el análisis de estas defensas es la ausencia de criterios que ayuden a construir una práctica más consistente. Al aproximarse a esta alternativa, el problema que subyace es uno de proporcionalidad, por lo que este asunto se llamará el “test de razonabilidad”. Ahora bien, este acápite no tiene por objeto desarrollar un test detallado, sino presentar algunos elementos que pueden ser de utilidad.

1. PRESUNCIONES ORIENTADAS A EVENTOS

En estos casos, se intenta definir qué tan previsible es para las partes la ocurrencia de un evento sobreviniente. En general, parece injusto exigir a un contratante conocer los efectos que un evento remoto podría tener en sus negocios, bajo el entendido que este sobrepasa los límites de lo que puede anticiparse con una diligencia y previsión razonables. De forma que un test de razonabilidad balanceado debería evitar imponer a las partes cargas de previsibilidad desproporcionadas y a la vez garantizar que no se reduzca el estándar de diligencia que debería tener un comerciante y no se genere una salida fácil a las partes para librarse de sus obligaciones alegando la imprevisibilidad.

En ese sentido, un test de razonabilidad adecuado debería considerar al menos un elemento de nor-

109 Melvin A. Eisenberg, “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, *The Journal of Legal Analysis* 1, no. 1 (2009): 207-261, <https://ssrn.com/abstract=1349482>.

malidad y uno de probabilidad. En cuanto a la *normalidad*, deberá contemplarse qué tan usual es que el evento ocurra en un escenario específico, como una industria o una transacción. Esto implica tener en cuenta, entre otros, los aspectos técnicos, la cadena operativa, los factores externos y los territorios donde se ejecuta el negocio. En cuanto a la *probabilidad*, deberá considerarse qué tanto puede esperarse que el evento suceda, para lo cual se evaluarían variables como la existencia de precedentes iguales o similares, la frecuencia con que estos se han presentado en el pasado o si hay circunstancias recientes que hagan razonable pensar que va a ocurrir, aunque no se haya presentado antes.

Lo anterior puede ser aplicado al caso hipotético de un contrato de transporte. A, dueño de un medio de transporte ϕ , se obliga a transportar las mercancías de un cliente B, a través del territorio ϕ . En general, A deberá tener en cuenta que ϕ esté en condiciones idóneas para operar, que su tripulación sea confiable y que haya buen clima durante el trayecto. Ahora bien, si ϕ es una aeronave, no será “normal” que las partes hayan previsto un evento de piratería dentro de los posibles eventos de fuerza mayor, diferente a si ϕ fuera un barco. Asimismo, siendo ϕ un barco, deberá ponderarse la normalidad de un evento de piratería con las diferentes probabilidades de que este ocurra si ϕ es una zona de alto riesgo, donde es usual que estos ataques ocurran, o por el contrario se trata de una región más segura.

2. PRESUNCIONES ORIENTADAS A MAGNITUDES

En estos casos, el test de razonabilidad ayudaría a definir si existen medidas alternativas para el cumplimiento de las obligaciones o si este sería demasiado oneroso. En ambos casos, cabe aclarar, lo que debe considerarse es si se crea una situación “excesivamente onerosa”, no si se generan mayores costos¹¹⁰. En ese sentido, la dificultad de evaluar lo anterior es que se trata de un asunto de naturaleza económica, pues los tribunales deben hacer un análisis del negocio¹¹¹. Esto no sólo genera inquietudes con respecto a la aptitud de los tribunales para hacer estudios numéricos¹¹², que es una preocupación completamente válida, sino por la ausencia de certeza respecto de una respuesta o método adecuados¹¹³. Lo anterior muestra que el análisis de la onerosidad debe hacerse caso por caso. Por tanto, no parece adecuado establecer criterios cerrados, sino sugerir algunas preguntas para orientar el análisis.

110 Dietrich Maskow, “Hardship and Force Majeure”, *The American Journal of Comparative Law* 40, no. 3 (1992): 657-669, doi: <https://doi.org/10.2307/840591>

111 Sheldon Halpern, “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: ‘Searching for the Wisdom of Solomon’”, *University of Pennsylvania Law Review* 135, no. 5 (1987): 1134-1140.

112 La primera dificultad es la capacidad de los jueces de llevar a cabo análisis económicos complejos, pues se trata, en últimas, de especialistas jurídicos. Además, el problema se extiende en la medida que, si bien los jueces de Estados Unidos están acostumbrados a hacer estos análisis de *impracticability*, no es seguro que este sea el caso en los tribunales de arbitraje o en otros tribunales.

113 Jeffrey Rachlinski, Andrew Wistrich and Chris Guthrie, “Can Judges Make Numeric Judgements?”, *Indiana Law Journal* 90, no. 2 (2015): 697-739.

Para estos efectos, se sugieren las siguientes preguntas: primero, ¿respecto de qué se determina la onerosidad?; segundo, ¿cuánto debe costar el cumplimiento para ser oneroso? Con respecto a la primera pregunta, podrían señalarse al menos dos alternativas para medir la onerosidad. Primero, medirla con respecto a las partes, lo que a su vez podría hacerse de dos formas: en primer lugar, medir la onerosidad con respecto a la capacidad económica de las partes, incluso si esto va más allá del contrato, teniendo en cuenta, por ejemplo, la situación financiera¹¹⁴; en segundo lugar, medirla según las condiciones particulares de cada parte para asumir el riesgo concreto derivado del negocio, considerando, por ejemplo, si existen seguros o mecanismos similares¹¹⁵. Segundo, medirla en relación con el contrato y analizar si los costos son excesivamente onerosos con base en el valor de este¹¹⁶.

Con respecto a la posibilidad de medir la onerosidad según la capacidad financiera de las partes, la lógica de la fuerza mayor y el *hardship* es que “no es suficiente que la ejecución del contrato conduzca a la ruina del vendedor, dado que su situación subjetiva no puede afectar sus obligaciones contractuales” (traducción propia)¹¹⁷. En el mismo sentido, frente al estándar de medir la onerosidad según las condiciones particulares de cada parte para asumir el riesgo, la realidad contractual es que las partes rara vez asignan los riesgos de manera eficiente¹¹⁸. Al contrario, es común que la parte con mejor posición intente transferir el riesgo. En ese orden de ideas, se muestra que existe una separación clara entre el patrimonio de las partes y el negocio en cuestión, por lo que lo más razonable parece ser realizar el análisis respecto del valor del contrato. De esta forma, teniendo este valor como punto de partida, podría evaluarse si el evento sobreviniente afecta las expectativas de riesgo asumidas originalmente¹¹⁹.

En cuanto a la segunda pregunta, relacionada con la magnitud que debe tener un cumplimiento para considerarse oneroso en exceso, parecería de nuevo inapropiado buscar un criterio cerrado, como un margen porcentual, si se tienen en cuenta las diferencias de cada transacción y caso. En línea con lo anterior, los datos de la práctica muestran que algunos tribunales han decidido que un costo 10 o 12 veces superior al pactado o un aumento del 93% es excesivamente oneroso, mientras que otros han

114 Halpern, “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability”, 1134-1140

115 Richard A. Posner, Andrew M. Rosenfeld, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies* 6, no. 1 (1977): 85-88.

116 Ibid.

117 Hans Van Houtte, “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda”, en *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard, Piero Bernardini, International Chamber of Commerce, International Law Association, Institute of International Law and Practice, (Francia: ICC Pub International Law Association, 1993), 113.

118 Jennifer Camero, “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”, *The University of New Hampshire Law Review* 13, no. 1 (2015): 1-34.

119 Eisenberg, “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, 207-261.

decidido que costos por el doble del valor o entre 14 y 45% no son desproporcionados¹²⁰. Por tanto, parece que lo único cierto es que las razones para implementar estos rangos no son claras y mantienen abierta cualquier pregunta sobre un margen de razonabilidad. En ese caso, sin embargo, hay algunos factores que pueden tenerse en cuenta a la hora de buscar respuestas.

Como punto de partida, debe entenderse que “es irracional asumir que las partes normalmente estarían dispuestas a apostar sobre la base de incertidumbres acerca de eventos desastrosos (...) en ese sentido, una regla jurídica que permitiera el ajuste del contrato corresponde mejor a las preferencias de las partes” (traducción propia)¹²¹. Por tanto, la interpretación sobre la existencia de onerosidad debe buscar y lograr una posición equilibrada según los intereses de las partes, lo que puede ocurrir de dos formas. De un lado, debe determinarse si, a pesar del evento sobreviniente, la parte incumplida saca provecho del contrato. En este caso, como el negocio le es en general favorable a esta parte, una defensa al incumplimiento debería ser aplicada por el tribunal de manera más restringida¹²². De otro lado, debe evitarse que las defensas por eventos sobrevinientes anulen todos los efectos del contrato, de forma que los riesgos se dividan entre las partes tal y como hayan quedado. Por el contrario, no debería levantarse toda la responsabilidad, sino sólo la parte de esta que no sea razonable.

V. CONCLUSIONES

En este artículo se identificó que las defensas de fuerza mayor y caso fortuito son comunes y comparten características similares en sistemas domésticos y en el panorama internacional. Además, se resaltó que las particularidades de la pandemia por el COVID-19 hacen razonable pensar que estas defensas van a ser invocadas en futuros arbitrajes y se demostró que se tiene poco contexto de cómo funcionan estas defensas en crisis sanitarias. En ese orden de ideas, se examinó cómo a partir de arbitrajes pasados decididos en otros contextos de crisis se observa que la aplicación de estos conceptos es muy restringida y está sujeta a estándares muy exigentes. De esta forma, al reflexionar sobre futuros arbitrajes, no parece ser un problema que la pandemia vaya a clasificarse como un evento de fuerza mayor o *hardship*, sin embargo, hay grandes retos para las partes en demostrar la onerosidad, imposibilidad o previsibilidad en casos concretos, pues se trata de nociones gaseosas y volátiles en extremo.

Las precauciones anteriores se deben enfatizar en contextos más complejos, donde las transacciones son cada vez más profundas y más técnicas. En proyectos de construcción, donde se tienen distintos segmentos, contratos y partes agrupados en una misma actividad económica, surgen otros retos,

120 Haley, 1974.

121 Pietro Trimarchi, “Commercial impracticability in contract law: An economic analysis”, *International Review of Law and Economics* 11, no. 1(1991): 71.

122 Camero, “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”, 1-34.

como la interpretación armónica de cláusulas de fuerza mayor y *hardship* con lenguajes diferentes y contradictorios. Esto no sólo abre nuevas agendas de investigación y puntos a tener en cuenta, sino que invita a reflexionar sobre los efectos de la pandemia en distintos ámbitos que tocan el universo del arbitraje de forma directa o indirecta, como el surgimiento de nuevas tendencias a favor de la resolución alternativa de controversias o la invitación por parte de organizaciones globales a resolver las dificultades de la pandemia de forma negociada, equilibrada y solidaria.

En últimas, en tiempos de pandemia es la incertidumbre la que está a la cabeza. Entre las pocas conclusiones que pueden obtenerse con certeza se encuentran quizás dos aspectos a tener en cuenta para futuras discusiones. De una parte, que el arbitraje internacional es todavía un terreno inexplorado en lo que respecta al análisis de las crisis sanitarias y las circunstancias del mundo posterior a la pandemia pueden cambiar esto radicalmente. De otra parte, que a pesar de la presencia de numerosas enfermedades clasificadas como pandemia en los últimos veinte años, no hay precedentes claros de este tipo de casos, lo que refuerza una vez más el llamado a desarrollar y fortalecer el estudio de estos temas hacia un nuevo derecho internacional de pandemias que nos haga capaces de formular preguntas más cada vez más inquietantes, así como mejores respuestas.

BIBLIOGRAFÍA

“Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020”. *Organización Mundial de la Salud*. Acceso el 30 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

Al Qurashi, Zeyad A. “Renegotiation of International Petroleum Agreements”. *Journal of International Arbitration* 22, no. 4 (2005): 261-300.

Ambrose, Clare. “Force Majeure in International Contracts: The English Law Perspective”. *Business Law International* 3 (2003): 234-240.

Augenblick, Mark, Alison B. Rousseau. “Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility: It’s Not as Easy to Prove as You Might Believe”. *The Journal of World Investment and Trade* 13, no. 1 (2012): 59-75.

Azfar, Fareya. “The Force Majeure Excuse”. *Arab Law Quarterly* 26, no. 2 (2012): 249-254.

Bakry, Ahmed. The Covid-19 Crisis and Investment Arbitration: A Reflection From the Developing Countries, *Kluwer Arbitration (blog)*, 21 de abril de 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/21/the-covid-19-crisis-and-investment-arbitration-a-reflection-from-the-developing-countries/?print=print&doing_wp_cron=1589776544.1255300045013427734375)

Baudouin, Jean-Louis, Pierre-Gabriel Jobin, Nathalie Vézina. *Les obligations*. Québec : Editions Yvon Blais, 2005.

Beale, Hugh. *Cases, materials and text on contract law*. Reino Unido: Oxford, 2002.

Berger, Peter K. “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators”. *Transnational Dispute Management* 1, no. 4 (2004).

Böckstiegel, Karl H. “Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts”, en *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, ed. Norbert Horn, Estados Unidos: Kluwer, 1985.

Bogdandy, Armin von, Pedro Villarreal. “International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis”. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-07* (2020). Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>.

Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*. Estados Unidos: Kluwer Law International B.V., 2008.

Buckland, William. “Casus and Frustration in Ancient Roman Law”. *Harvard Law Review* 46, no. 8 (1933): 1281-1300. <https://www.jstor.org/stable/1257136>.

Camero, Jennifer. “Mission Impracticable: The Impossibility of Commercial Impracticability”. *The University of New Hampshire Law Review* 13, no. 1 (2015): 1-34.

Chamie, José. “Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés”. *Revista De Derecho Privado* 16 (2009), 187-212. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/513>.

Charnovitz, Steve. “The Field of International Pandemic Law”. *International Law and Economic Policy*

(blog), 10 de mayo de 2020. <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/05/the-field-of-international-pandemic-law.html>

Chen, Sophia, Deniz Igan, Nicola Pierri, Andrea Presbitero. “The economic impact of Covid-19 in Europe and the US: Outbreaks and individual behaviour matter a great deal, non-pharmaceutical interventions matter less”, *VOX CEPR Policy Portal* (blog), 11 de mayo de 2020. <https://voxeu.org/article/economic-impact-covid-19-europe-and-us>)

Cordero-Moss, Giuditta. *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1999.

“Covid-19 Drives Sub-Saharan Africa Toward First Recession in 25 Years”. *Banco Mundial*. Acceso el día 1 de mayo de 2020. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/04/09/covid-19-coronavirus-drives-sub-saharan-africa-toward-first-recession-in-25-years>)

Crawford, James. *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.

Cremades, Bernardo. “Good Faith in International Arbitration”. *American University International Law Review* 27, no. 4 (2012): 761-788.

Dalhuisen, Jan H. *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*. Reino Unido: Bloomsbury Academic, 2004.

David, René. “Frustration of Contract in French Law”. *Journal of Comparative Legislation and International Law* 28, no. 3 (1946): 11-14.

Delaume, G.R. “Excuse for Non-Performance and Force Majeure in Economic Development Agreements”. *Columbia Journal of Transnational Law* 10 (1971): 225-250.

Denis, David, Antonio Macías. “Material Adverse Effects Clauses and Acquisition Dynamics”. *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 48, no. 3 (2013): 819-847.

Derains, Yves, Josefa Sicard-Mirabal. *Introduction to Investor-State Arbitration*. Estados Unidos: Kluwer Law International B.V, 2018.

Draetta, Ugo. “Les Clauses de Force Majeure dans les Contrats Internationaux”. *International Business Law Journal* 2002, no. 3 & 4 (2002) : 347-352.

Eisenberg, Melvin A. “Impossibility, Impracticability, and Frustration”. *The Journal of Legal Analysis* 1, no.1 (2009): 207-261. <https://ssrn.com/abstract=1349482>.

Eörsi, Gyula. “The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability”. *The American Journal of Comparative Law* 23, no. 2 (1975): 215-235. <https://www.jstor.org/stable/839105?seq=1>

Firoozmand, Mahmoud, Javad Zamani. “Force majeure in international contracts: current trends and how international arbitration practice is responding”. *Arbitration International* 33, no. 3 (2017): 397-398. <https://doi.org/10.1093/arbint/aix021>.

Fontaine, Marcel, Philip de Ly. *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*. Países Bajos: Brill, 2009.

Fontaine, Marcel. “The Evolution of Rules on *Hardship*. From the First Study on *Hardship* Clauses to the Enactment of *Hardship* Rules”. En *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Comp. Fabio Orlotti y Dorothy Ufot. Francia: International Chamber of Commerce, 2019.

Foster, Nigel, Satish Sule. *German Legal System and Rules*. Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

Gaillard, Emmanuel, John Savage. *International Commercial Arbitration*. Estados Unidos: Kluwer Law International, 1999.

Gordley, James, Arthur Taylor von Mehren. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*. Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

Gordley, James. “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”. *American Journal of Comparative Law* 52, 2004. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gordley1.html#:~:text=Roman%20law%20developed%20a%20doctrine,lesser%20value%20to%20each%20party>.

Grenier, Morgan. “How is covid impacting global currency”. *Airshare a Workforce Globalization* (blog), 25 de mayo de 2020. <https://airshare.air-inc.com/how-is-covid-19-impacting-global-currency>

Grubaugh, Nathan, Jason Ladner, Philippe Lemey, Oliver Pybus, Andrew Rambaut, Edward Holmes,

Kristian Andersen. “Tracking virus outbreaks in the twenty-first century”, *Nature Microbiology* 4 (2019): 10-19.

Halpern, Sheldon. “Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: ‘Searching for the Wisdom of Solomon’”. *University of Pennsylvania Law Review* 135, no. 5 (1987): 1134-1140.

Herbert Page, William. “The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance”. *Michigan Law Review* 18, no. 7 (1920): 589-614. Doi: <https://doi.org/10.2307/1278026>;

Hondius, Ewoud and Christoph Grigoleit. *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

Horn, Norbert. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Países Bajos: Kluwer Law International, 1985.

Kokorin, Ilya and Jeroen Wide. “Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The Case of Embargoes and Currency Fluctuations (Russian, German and French Approaches)”, *Russian Law Journal* 3, (2015): 46-82. Doi: 10.17589/2309-8678-2015-3-3-46-82

Konarski, Hubert. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”. *International Business Law Journal* 4 (2003): 405-428.

Long, Caroline, Ian Jack and Brian Cain. “Market disruption clauses”. *Law and Financial Markets Review* 3, no. 1 (2015): 45-48.

Magnus, Ulrich. “Force Majeure and the CISG”. En *The International Sale of Goods*, ed. comp. Peter Sarsevic y Paul Volken. Estados Unidos: Kluwer International Law, 2001.

Maskow, Dietrich. “Hardship and Force Majeure”. *The American Journal of Comparative Law* 40, no. 3(1992): 657-669. <https://doi.org/10.2307/840591>.

Mazeaud, Henri, León Mazeaud y André Tunc. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

McElroy, Roy, Glanville Williams. “The Coronation Cases”, *The Modern Law Review* 4, no. 1 (1941): 241-260.

McKendrick, Ewan. *Force Majeure and Frustration of Contract*. Estados Unidos: CRC Press, 2013.

Melis, Werner. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Journal of International Arbitration* 1, no. 3 (1984): 212-222.

Melis, Werner. “Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration”. *Kluwer Law International* (1984): 1-6 .

Paddeu, Federica, Kate Parlett. “Covid-19 and investment treaty claims”, *Kluwer Arbitration (blog)*, 4 mayo de 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/?doing_wp_cron=1593394622.2793779373168945312500.

Paddeu, Federica. “A Genealogy of Force Majeure in International Law”. *British yearbook of international law*, no. 82 (2012): 381-494. Doi: <https://doi.org/10.1093/bybil/brs005>.

Polkinghorne, Michael and Charles Rosenberg. “Expecting the Unexpected: The Force Majeure Clause”. *Business Law International* 16, no. 1 (2015): 49-64.

Posner, Richard and Andrew M. Rosenfeld. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. *The Journal of Legal Studies* 6, no. 1 (1977): 85-88.

Rachlinski, Jeffrey, Wistrich, Andrew and Chris Guthrie. “Can Judges Make Numeric Judgements?”. *Indiana Law Journal* 90 (2015): 697-739.

Sastry, K.R.R. “Clausula Rebus Sic Stantibus in International law. *Canadian Bar Review* 13, no. 4 (1935): 227-229.

Schmitthoff, Clive M. *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, ed. Chia-Jui Cheng Países Bajos, Brill, 1988.

Schwenzer, Ingeborg, Christopher Kee and Pascal Hachem. *Global Sales and Contract Law*. Inglaterra: Oxford University Press, 2012.

Schwenzer, Ingeborg. “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”. *Victoria*

University Law Review 39 (2008): 709-726. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v39i4.5487>

Suraputra, Sidik. “Doctrine Of Rebus Sic Stantibus and law of International treaty”. *Jurnal Hukum Internasional* 11, no. 4 (2014): 462-482.

Terré, François, Philippe Simler y Yves Lequette. *Droit Civil: Les obligations*. Francia: Dalloz, 2018.

“The Economic Impact of COVID-19 on Asia-Pacific”, *Oxford Economics*. Acceso el día 25 de abril de 2020. <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-COVID-19-on-Asia-Pacific>

Titi, Catherine. “Scope of international investment agreements and substantive protection standards. En *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, ed. Markus Krajewski y Rhea T. Hoffmann. Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2019.

Triantis, George. “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”. En *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. Comp. Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

Trimarchi, Pietro. “Commercial impracticability in contract law: An economic analysis”. *International Review of Law and Economics* 11, no. 1 (1991): 71.

Van Houtte, Hans. “Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda”, en *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard, Piero Bernardini, International Chamber of Commerce, International Law Association, Institute of International Law and Practice, Francia: ICC Pub International Law Association, 1993.

Zrilic, Jure. “Armed Conflict as Force Majeure in International Investment Law”. *Manchester Journal of International Economic Law* 16, no. 1 (2019): 28-56.

Casos

Anaconda Iran Ltd. v. Iran [1986] 13 IRAN-U.S. C.T.R at 199 et seq.

Atlantic Paper Stock Ltd. v. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Company Limited, [1976] Supreme Court of Canada 1 S.C.R. 580.

BP Exploration Co (Libya) Ltd v. Hunt (No. 2) [1979] 1 WLR 783.

British Movietone News Limited v. London and District Cinemas Limited, [1952] AC 166.

Chandler v. Webster, [1904] 1 KB 493.

Clark v. Lindsay, [1903] 19 TLR 202

Griffith v. Brymer, [1903] 19 TLR 434.

Kel Kim Corp. v. Central Markets, Inc., [1987]. N.Y.2d 900.

Elavon, Inc. v. Wachovia Bank, [2011] National Association, 841 F. Supp. 2d 1298.

Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5.

Friends of DeVito v. Wolf, [2020] A.3d --, 2020 WL 1847100.

Gallifet v. Commune de Pélissanne, [1876] D. 1. 193.

Global Tungsten & Powders Corp. v. Largo Resources Ltd.

Great Elephant Corp v. Trafigura Beheer BV [2013] EWCA Civ 905.

Herne Bay Steamboat Co v. Hutton [1903] 2 K.B. 683

Hobson v. Pattenden & Co [1903] 19 TLR 186.

Hungarian State Enterprise v. Jugoslavenski Naftovod [1984] IX YBCA 69.

ICC Case No. 19566/AGF/RD.

ICC Arbitration Case No. 6281 of 26 August 1989.

ICC Arbitration Case No. 7197 of 1992.

ICC, Arbitration Case No. 2216, 102 Clunet 917 (1975).

ICDR, Regis Paillardon v. Archer-Daniels-Midland Company and ADM Latin America Inc.

ICDR Case No. 50-180-T-00433-10.

ICSID Case No. ARB/10/18, Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”).

Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740

KYOCERA CORPORATION v. HEMLOCK SEMICONDUCTOR, LLC [2015] Docket No. 327974.

Matter of White Plains Rural Cemetery Assn. v City of White Plains [2019] NY Slip Op 00606.

Mobil Oil Iran, Inc. et al. v. Iran, 16 IRAN-U.S. C.T.R., at 3 et seq.

National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co [1990] U.S. District Court for the District of Delaware - 733 F. Supp. 800.

Nuova Fucinati v. Fondmetall International [1993] District Court Monza.

Schiedsgericht der Handelskammer [Arbitral Tribunal] Hamburg, Partial award of 21 March 1996.

Soho Alliance v. New York City Bd. of Standards and Appeals [2000] NY Int. 0130.

Team Mktg. USA Corp. v. Power Pact, [2007] LLC NY Slip Op 04751 [41 AD3d 939].

Tri-Town Construction Company v. Commerce Park Associates [2016] 12, LLC, 139 A.3d 467, 475.

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration proceeding 155/1994.

ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LA CAUSA A PARTIR DE *EL MERCADER DE VENECIA**

ALBERTO GÓMEZ ZULETA**

Recibido: 8 de mayo de 2020. Aceptado: 5 de junio de 2020.

RESUMEN

En este proyecto pretendo analizar la teoría de la causa contractual en el régimen jurídico colombiano a la luz de *El Mercader de Venecia* y de la teoría de la causa contractual en el régimen jurídico colombiano. Sostengo como tesis que desde una perspectiva jurídica colombiana actual sobre la teoría de la causa, los contratos presentes en *El Mercader de Venecia* entre Shylock, Bassanio y Antonio demuestran que las intenciones de las partes al celebrar un contrato se basan en la racionalidad limitada. Con esta propuesta pretendo agregar la racionalidad limitada de las personas a los elementos relevantes para evaluar la causa de los contratantes, algo que la doctrina dominante sobre teoría de la causa no ha incorporado del todo. Hacer lo anterior servirá para entender mejor los motivos por los cuales las personas contratan y, así, poder llegar a una mejor interpretación del contrato lo que, además, -en caso de conflicto- sirve para proponer fórmulas de arreglo eficientes.

PALABRAS CLAVE

El Mercader de Venecia, teoría de la causa, derecho y literatura, racionalidad limitada.

* Un agradecimiento especial a Jorge Gonzáles Jácome por su ayuda con este trabajo.

** Abogado de la Universidad de los Andes con opción en Economía y Literatura. Correo: a.gomez23@uniandes.edu.co

ANALYSIS AND CRITIQUE OF THE DOCTRINE OF THE CAUSE FROM *THE MERCHANT OF VENICE**

ALBERTO GÓMEZ ZULETA**

Recibido: may 8, 2020. Aceptado: june 5, 2020.

ABSTRACT

This project aims to analyze the doctrine of cause in the Colombian legal system and *The Merchant of Venice*. As thesis, we propose that contracts contained in *The Merchant of Venice* between Shylock, Bassanio and Antonio, show that the motifs of the parties when committing to a contract are based upon bounded rationality. This thesis adds bounded rationality as a relevant element to analyze the cause of contracting parties, something that the dominant doctrine has not studied deeply. Doing so, will help to understand the true motifs of parties and thus can lead us to a better interpretation of the contract, also, in case of conflict can be a tool to propose efficient formulas of agreement.

KEY WORDS

The Merchant of Venice, doctrine of cause, law and literature.

* A special thanks to Jorge González Jácome for his help with this work.

** Lawyer from Universidad de los Andes with minor in Economics and Literature. E-mail: a.gomez23@uniandes.edu.co

ACTO I: INTRODUCCIÓN

Escena 1: Entra: El Mercader de Venecia

El Mercader de Venecia es una obra de teatro escrita por William Shakespeare aproximadamente en 1598. En resumidas cuentas, es la historia de Bassanio, un hombre que le solicita un préstamo de dinero a su amigo Antonio para poder viajar a conquistar al amor de su vida: Portia. Antonio acepta prestarle el dinero, pero como no tiene liquidez, dado que los barcos con sus riquezas están en alta mar, le pide el préstamo a Shylock, un judío prestamista. Shylock le concede el préstamo, pero con la garantía de que, si no es pagado, puede cortarle una libra de carne cerca del corazón a Antonio. Antonio acepta, pero a los pocos días se hunden todos sus barcos y no logra pagarle a Shylock en el plazo establecido.

En consecuencia, se llama a un juicio para definir si Shylock puede ejecutar la garantía del contrato y cortarle una libra de carne a Antonio. A ese juicio acude Portia -ya casada con Bassanio-, disfrazada de un abogado conocedor de leyes, y afirma que las leyes de Venecia dan razón a Shylock y que se debe honrar el contrato para no establecer un precedente que colapse al comercio veneciano. Sin embargo, trata de convencer a Shylock de aceptar el pago tardío con indemnización de su acreencia, pero Shylock se rehúsa y exige ejecutar la garantía. Ante esto, Portia amenaza a Shylock con que puede ejecutar la garantía, pero en caso de no cumplir exactamente con el valor de esta, es decir, si corta un gramo de carne más de la libra prometida, o si derrama una gota de sangre, entonces será condenado conforme a las normas de Venecia, puesto que la garantía no incluía el derramamiento de sangre. Shylock, perplejo ante la imposibilidad de cortar la libra de carne exacta, y hacerlo sin derramar sangre, decide perdonar a Antonio e irse, humillado y sin el pago.

Escena 2: Sale El Mercader de Venecia, entran la teoría de la causa y la racionalidad limitada

La historia de *El Mercader de Venecia* ha sido prohibida, llevada al cine, comentada y analizada incon-

tables veces⁰¹. Aunque en algunas ocasiones se ha intentado relacionar con el derecho, como hacen Yoshino⁰², Rodríguez⁰³ o Sierra⁰⁴, su relación con el derecho contractual privado podría profundizarse más, y eso es precisamente lo que busca este escrito.

En la Escena I del Acto IV de la obra, el ya mencionado Shylock afirma que “el instinto gobierna la voluntad, al dictado de lo que uno ama u odia”. En esta frase, sencilla pero aguda, se sintetiza el tema que pretendo tratar. Shylock pone al instinto, es decir, a aquella sensación inconsciente, impulsiva, irreflexiva y a veces irracional, como el motivo generador de la voluntad humana, y profundiza que el amor y el odio -dos sentimientos humanos rebosantes de subjetividad-, son las variables que lo determinan⁰⁵.

La importancia del comentario de Shylock radica en que no define el comportamiento como una consecuencia de la racionalidad y del pensamiento pacífico del ser humano, en virtud del cual todo agente económico es optimizador, en el sentido de que quiere conseguir más con menos. A este modelo, muy común, se le denomina el *homo economicus*. Por el contrario, Shylock sugiere que la toma de decisiones de las personas está limitada por impulsos, amores y odios⁰⁶. A este modelo se le conoce como racionalidad limitada⁰⁷ e incluye otros tipos de límites a la racionalidad, tales como las emociones humanas⁰⁸, ideología⁰⁹, sesgos, exceso de confianza, información limitada, autocomplacencia

01 En: Madison Davis y Sylvie Richards, “The Merchant and the Jew: A Fourteenth-Century French Analogue to The Merchant of Venice.” *Shakespeare Quarterly*, 36(1), (1985): 56-63. <https://www.jstor.org/stable/2870081>. Se puede ver que incluso se ha estudiado si la obra es una adaptación de *The Jew*, una obra con la misma trama, pero de 1558.

02 Kenji Yoshino, “The Lawyer”. En *A Thousand Times More Fair*. (Nueva York: HarperCollins, 2011).

03 Carlos Rodríguez, “Dinero y contrato en El mercader de Venecia: Economía y literatura”. (Madrid: Ecobook, 2007). Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=LgE4pytE6HMC&oi=fnd&pg=PA7&dq=Econom%C3%ADa+y+literatura+%&ots=dFdc_McdZe&sig=OiWGCw-oK1RfrHagak8goPROLlQ#v=onepage&q=Econom%C3%ADa%20y%20literatura&f=false

04 Horacio Sierra. *New Readings of The Merchant of Venice*. (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013), acceso el 14 de marzo de 2019. <http://search.ebscohost.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login.aspx?direct=true&db=eooxw-w&AN=532036&lang=es&site=ehost-live>

05 Para analizar el significado de las palabras de la cita de Shylock consultar David Crystal y Ben Crystal, *Shakespeare's Words. A glossary & language companion*. (Londres: Penguin Books, 2002), 10 y 432.

06 Christine Jolls, Cass Sunstein y Richard Thaler. “A behavioral approach to law and economics”. *Stan. L. Rev.*, 50 (1997). 1471-1550. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf

07 Michelle Baddeley. *Behavioural Economics: A very short introduction*. (Nueva York: Oxford, 2017), 3.

08 Martha Nussbaum. “Un problema en la historia del liberalismo”. En *Emociones políticas*. (Barcelona: Paidós, 2014). 13-43. Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/48798505/Nussbaum_Martha_-_Emociones_Politicas.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLas_emociones_politiclas_Por_que_el_amor.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191105%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20191105T071927Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=adfod25019978c788d6123a94a8497773e01e5cbe5379c9edb6b2e1d-376344dc

09 Duncan Kennedy. “Ideologically Oriented Legal Work”. En *A critique of adjudication*. (Londres: Harvard University Press, 1997).

o altruismo¹⁰, entre otros.

Por otra parte, una de las principales instituciones jurídicas en materia de derecho contractual que busca entender el comportamiento humano es la teoría de la causa. En ella, se busca establecer el motivo por el cual las personas vinculadas a un contrato (las partes) lo celebraron. En la legislación colombiana la causa tiene tipificación en el artículo 1524 del Código Civil, pero tiene un alcance más amplio, por ejemplo, en el artículo 1618 del Código Civil.

Para entender el motivo por el cual las personas se comportan de una determinada manera y, con base en eso, celebran un contrato de una forma específica (siguiendo la frase de Shylock), no podemos quedarnos en la simple búsqueda de motivos racionales. En cambio, debemos admitir la posibilidad de que los contratos se celebren, se ejecuten o se interpreten al dictado de lo que las partes aman u odian, es decir, al dictado de su racionalidad limitada.

Escena 3: Salen teoría de la causa y racionalidad limitada, entran la pregunta de investigación y metodología

Con lo anterior, en este escrito busco responder a la siguiente pregunta de investigación: *¿Qué muestran los contratos presentes en El Mercader de Venecia sobre las intenciones de las partes al celebrar un contrato, desde una perspectiva jurídica colombiana actual de la teoría de la causa?* Sostengo como tesis que, desde la perspectiva mencionada, los contratos presentes en *El Mercader de Venecia* muestran que las intenciones de las partes al celebrar un contrato se basan en racionalidad limitada.

Lo anterior, se estudia desde una metodología de análisis de caso de *El Mercader de Venecia* con un enfoque cualitativo, según los elementos definidos por McConville¹¹, porque la investigación se basará en la descripción de información, en vez de análisis de datos impersonales y numéricos. Asimismo, es un estudio inductivo, esto significa que se toma un caso concreto *-El Mercader de Venecia-*, y se extiende esa interpretación a una generalidad de casos. Es decir, pretendo extrapolar mi interpretación subjetiva de la obra a los casos de teoría de la causa en los contratos. Por último, esta reflexión también es propositiva, lo que quiere decir que “se formula una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica”¹². En efecto, propongo modificar una institución jurídica establecida, de forma que el derecho de la teoría de la causa le dé más importancia a la racionalidad limitada, para que pueda comprender mejor por qué y para qué los agentes económicos contratan.

10 Christine Jolls, Cass Sunstein y Richard Thaler. “A behavioral approach to law and economics”. *Stan. L. Rev.*, 50 (1997). 1471-1550. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf

11 Mike McConville y Wing Hong Chui. *Research methods for law*. (Edinburgh: University Press, 1988). 22-23.

12 Reynaldo Mario Tantaleán Odar. “Tipología de las investigaciones jurídicas”. *Derecho y cambio social*, 13(43), (2016): 8.

Si el análisis jurídico de las relaciones contractuales logra entender mejor el fenómeno de la causa, puede mejorar el entendimiento de los contratos y con eso, su interpretación, la resolución de controversias, las fórmulas de conciliación y las de decisión podrán ser más justas y dejar a las partes más satisfechas.

Así, este escrito tiene como objetivo general analizar las intenciones de las partes en la celebración de contratos en *El Mercader de Venecia* para criticar la teoría de la causa en Colombia. Además, cuenta con tres objetivos específicos: (i) Primero, explicar por qué es importante comparar *El Mercader de Venecia* con las intenciones de las partes en la celebración de un contrato para dar un aporte a la relación entre derecho y literatura. (ii) Segundo, analizar las posibles relaciones entre los contratos realizados en *El Mercader de Venecia* y las causas de los contratos con el fin de mostrar que las intenciones de las partes son guiadas por las limitaciones de la racionalidad y no por la racionalidad del *homo economicus*. (iii) Aplicar la interpretación de la obra para criticar y complementar la comprensión actual de la teoría de la causa en el marco jurídico colombiano.

Para desarrollar la hipótesis referida y conseguir los objetivos planteados este texto, como lo han hecho los editores de Shakespeare con sus obras, la mía se dividirá en Actos. El Acto I corresponde a esta introducción. En el Acto II haré un análisis deductivo en el que partiré de la pregunta base de si tiene algún sentido estudiar derecho a través de literatura y, en el caso concreto, *El Mercader de Venecia*, esto con el fin de concluir que el estudio de la literatura puede tener efectos importantes en el derecho. En el Acto III analizaré las motivaciones de tres personajes de *El Mercader de Venecia*: Shylock, Antonio y Bassanio, al momento de hacer un contrato, con el fin de mostrar que sus intenciones son guiadas por la racionalidad limitada, en específico, cuando Shylock oculta su sed de venganza en un contrato de mutuo, Antonio toma decisiones altruistas y Bassanio decide bajo exceso de confianza.

En el Acto IV plantearé una crítica al entendimiento de la teoría de la causa basada en el cálculo utilitario, en el sentido de que *El Mercader de Venecia* muestra un uso distinto de esta. En este punto, se extraen las principales características de la teoría de la causa de los contratos en el régimen legal colombiano y se complementa esta visión con la interpretación hecha en el Acto III. En síntesis, pretendo mostrar que el análisis contractual de la causa debe considerar lo que Domat llamaba “causa impulsiva”, en vez de soslayarla, como sugieren Leal¹³ o Hinestrosa¹⁴. Finalmente, como Acto V plantearé conclusiones.

13 Hildebrando Leal. “La causa lícita”. En: *Manual de Contratos*. (pp.: 126-129). (Bogotá: Leyer, 2014).

14 Fernando Hinestrosa. “Capítulo Sexto: La Causa”. En *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. 33-105. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

ACTO II: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y LITERATURA

Entran: Derecho y literatura, El Mercader de Venecia

Como se mencionó anteriormente, en este texto sostengo que, desde una perspectiva jurídica colombiana actual sobre la teoría de la causa, que los contratos presentes en *El Mercader de Venecia* muestran que las intenciones de las partes al hacer un contrato se basan en su racionalidad limitada y no en un comportamiento eminentemente racional. Para poder mostrar los elementos de la obra que fundamentan tal afirmación y mostrar sus implicaciones prácticas en el derecho, primero hay que preguntarse si tiene algún sentido estudiar derecho a través de la literatura.

No es un problema de fácil solución. Anker y Meyler¹⁵ afirman que el área académica de derecho y literatura no siempre ha sido observada como un área con potencial para mantenerse en el tiempo¹⁶. En el caso concreto de Shakespeare se puede notar con más claridad lo ilógico que a primera vista podría llegar a ser analizar el derecho a través de la literatura. Sus obras no están hechas para trascender o para marcar a la humanidad¹⁷, sino simplemente para ser disfrutadas¹⁸. Con base en eso, Sierra¹⁹, por ejemplo, critica y ve como absurda una aproximación legal exegética a *El Mercader de Venecia*.

15 Anker, Elizabeth y Bernadette Meyler. "Introducción". En *New Directions in Law and Literature*. 1-33. (Nueva York. Oxford University Press, 2017).

16 Sobre este punto se pueden revisar los argumentos de Richard Posner, quien defiende la futilidad de asignarle a obras literarias el rol de emitir mensajes ocultos aplicables al mundo jurídico. Brooke Thomas. "Minding Previous Steps Taken". En *Anker, E. y Meyler, B. New Directions in Law and Literature*. 36. Nueva York: Oxford University Press, 2017.

17 Estudiar a Shakespeare desde una órbita legal también presenta dificultades. No es ni siquiera claro si él tenía conocimiento legal. Aunque según algunos biógrafos suyos en "the lost years", el periodo entre 1585 y 1592 en el que no se sabe qué hizo, trabajó en un bufete que le permitió conocer terminología legal (José Manuel González. *El teatro de William Shakespeare hoy: una interpretación radical actualizada*. 29. (Barcelona: Editorial Montesinos, 1993. Acceso el 3 de noviembre de 2019). https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=l3gpScS_U-EC&oi=fnd&pg=PA13&dq=teatro+isabelino+precio+y+asistencia&ots=MzFY5yMqsg&sig=yItzuMTNWTorkNjKl-BOkU824vR4&redir_esc=y#v=onepage&q=teatro%20isabelino%20precio%20y%20asistencia&f=false), también hay posiciones que consideran que no tenía conocimiento alguno del tema. Devecmon, por ejemplo, reconoce que Shakespeare creció rodeado de litigios, pero para él es notorio que el uso de terminología legal es desafortunado: "Por mi parte, no veo un profundo conocimiento legal demostrado en las obras (...) Me parece que es claro para cualquier abogado, que no sea un entusiasta, que el conocimiento legal de Shakespeare es simplemente el conocimiento de expresiones legales, con una vaga idea de su aplicación" Devecmon William C. *In re Shakespeare's Legal Acquirements: Notes by an Unbeliever Therein*. 32. New York, Shakespeare Press.

18 Al respecto se puede considerar que Shakespeare escribió en un contexto en el que las obras de teatro ganaban espacio en la vida cultural inglesa ((Congrains, Enrique. "William Shakespeare". En: *Vida y obra de escritores y poetas*. 23-37. Bogotá: Editorial Forja, 1983), (José Manuel González. *El teatro de William Shakespeare*) y (Miguel Ángel Salgüero. "El teatro isabelino". En: *El Mercader de Venecia y Coriolano*. Madrid: Biblioteca EDAF, 2007. Acceso el 3 de noviembre de 2019). https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=etHKdHka0qAC&oi=fnd&pg=PA17&dq=cuantas+obras+escribi%C3%B3+shakespeare&ots=JbOoFm8n96&sig=KLaz-nq24Zygc2HWDuB-wlSsZ23A&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false), no con la intención de que los actores y guionistas trascendieran o lograran representar la naturaleza humana, sino con el simple fin de entretener y tener ingresos económicos. No en vano, en aproximadamente veinte años escribió treinta y siete obras teatrales, un ritmo sorprendente, y, gracias a ello, ganó lo suficiente para comprar varias tierras (Ibid. 24).

19 Horacio Sierra. *New Readings of The Merchant of Venice*.

Con ese contexto tan contrario, merece la pena preguntarse ¿por qué estudiar derecho a través de literatura? ¿Tiene alguna utilidad elucubrar mensajes aplicables al derecho inscritos en la literatura? Más aún, ¿por qué estudiar derecho a través de Shakespeare? Considero, en primera medida, que el análisis interdisciplinario del derecho hace aportes al conocimiento de la cultura que la humanidad ha construido con el tiempo. Es un ejercicio de comprensión de la humanidad o, como dice Nausbaum²⁰, una expresión de un sentido de vida, fin coincidente con el derecho.

En segunda medida, el derecho necesita de otras áreas del conocimiento para entenderse, pues no es independiente²¹ sino representativo, es decir es un símbolo que ostenta la tarea de prescribir un determinado comportamiento humano en unas palabras específicas, con el fin de mostrar que una situación de hecho conlleva una consecuencia jurídica establecida. Esta tarea titánica de definir y regular el comportamiento humano por medio de leyes y jurisprudencia no debe tener una limitación de acceso interpretativo solamente para abogados²². Es importante que el derecho adopte un carácter interdisciplinario debido a que otras disciplinas, como la literatura, son herramientas útiles para entender, por medio de una narrativa más simple que la de un código o la de la jurisprudencia, contenidos de instituciones jurídicas. La literatura, como las sentencias judiciales, permite ver fenómenos sociales por medio de un caso individual que puede ser aplicado a una variedad amplia de otros casos. En efecto, las obras literarias y las sentencias judiciales estudian casos concretos y los hacen aplicables para grandes grupos humanos.

20 Martha Nussbaum. "Introducción". *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. (Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997). Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=eXbUcoQPBWQC&oi=fnd&pg=PA25&dq=martha+nussbaum+justicia+poetica&ots=kbMff3rxRT&sig=IHQa2yV8UN8L_ztvHOjzLipXpb4&redir_esc=y#v=onepage&q=martha%20nussbaum%20justicia%20poetica&f=false

21 Al respecto se puede revisar Stanley Fish. "The Law Wishes to Have a Formal Existence". *The Stanley Fish Reader*. 1991.

22 En derecho comparado, la Corte Suprema de Estados Unidos ha citado a Shakespeare en al menos quince casos, empezando en 1983 (Skilton, Robert. "Shakespeare and the Supreme Court". *University of Wisconsin Law School Forum: Gargoyle*, 21 (2016): 4); el exjuez asociado de la Corte Suprema de Estados Unidos, Hugo Black, dijo que el que no había leído al historiador Tácito, nunca sería abogado (Austin, Sarat. "From Charisma to routinization and beyond: Speculations on the future of the study of law and literature". En *Anker, E. y Meyler, B. New Directions in Law and Literature*. 59-69. Nueva York: Oxford University Press, 2017. 60). Asimismo, como dijo Guido Calabresi, exdecano de la Facultad de Derecho de Yale, el estudio literario y humanista tiene un impacto profundo en el carácter de los practicantes legales (ibid.). Definitivamente las obras literarias generan en los abogados una forma imaginativa que les permite entender fácilmente las experiencias, argumentos y pensamientos de otras personas (Lorna Huston. Proof and probability: Law, Imagination, and the forms of things unknown. En *Anker, E. y Meyler, B. New Directions in Law and Literature*. 145. Nueva York: Oxford University Press, 2017). La literatura, en esta línea argumentativa, permite a las personas ser parte de un mundo que no es el propio, puesto que tiene una narrativa de la naturaleza humana vista desde la vida de personas específicas, no desde un pensamiento abstracto. Así, el lector de lo que Sarat llama "gran literatura", puede compartir sentimientos y experiencias que de otra forma no viviría jamás.

El caso de Shakespeare y *El Mercader de Venecia* no es ajeno a estos argumentos²³ y ha tenido un análisis prolijo. Efectivamente, las interpretaciones que se han planteado van desde sugerir que ha sido usada como herramienta política para enviar mensajes de antisemitismo²⁴, hasta señalar que es fútil interpretarla²⁵. Por un lado, hay nociones que buscan aplicarla para entender conceptos jurídicos, como Castro²⁶, quien expone que *El Mercader de Venecia* logra mostrar el desdén de los cristianos al régimen de intereses al exponer el estereotipo odiado de un judío usurero. También, el Salvamento de voto de la Sentencia C-123 de 2014 del Magistrado Alberto Rojas empleó *El Mercader de Venecia* para explicar situaciones jurídicas actuales. En ese caso la obra fue usada para entender lo ilógico que resulta que una Ley disponga que se puede hacer minería sin dañar el medio ambiente.

Por el otro, hay interpretaciones que no le buscan un sentido legal como tal a la obra. Estas no ven en *El Mercader de Venecia* un uso práctico para entender el derecho, sino que la muestran como una crítica al derecho. En este grupo se encuentran ensayos como el de Wilkes²⁷, quien propone que *El Mercader de Venecia* es simplemente una crítica a los sistemas legales al plantear a un personaje -Portia-, quien sin conocer de derecho, entra disfrazada a la Alta Corte más importante de Venecia y, solo con unas pocas notas, demuestra mayor conocimiento jurídico que todos los presentes; o Yoshino²⁸, quien muestra la figura de una abogada -Portia, nuevamente-, capaz de doblar la ley escrita para lograr lo que quiere.

En suma, Yoshino y Wilkes exponen situaciones de la naturaleza humana de forma clara y con argumentos del texto y de la biografía de Shakespeare. Por su parte, Castro y el Salvamento de Voto usan generalidades de la obra para ser más claros en el punto que están intentando comunicar. Si bien este texto se inscribe en el grupo de interpretaciones de Yoshino y Wilkes en tanto que *El Mercader*

23 Es interesante que la Corte Constitucional indicó en la Sentencia SU_047 de 1999 que la ratio decidendi de una Sentencia no la elegía el juez que escribía la Sentencia, sino los jueces posteriores al usarla. En palabras de la Corte: “52. (...) Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la ratio decidendi de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la ratio decidendi que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”. Así vemos que los mensajes y significados del derecho de los jueces recibe su trascendencia con posterioridad a haber sido comunicados. Lo mismo que sucede con la literatura, en la que la interpretación no se limita a lo que el autor escribió, sino que son los intérpretes posteriores los que le acuñan sentido (Roland Barthes. *La muerte del autor*. Acceso el 3 de noviembre de 2019. <https://teorialiteraria2009.files.wordpress.com/2009/06/barthes-la-muerte-del-autor.pdf>). En Shakespeare, él pudo haber soslayado intereses de trascendencia, pero no por eso pierden validez los análisis fundamentados y estudiados que generen los lectores, como la de Harold Bloom. “Al lector”. En: *Shakespeare: La Invención de lo humano*. Barcelona: Anagrama, 1998.

24 Conolly, L.W. “The Merchant of Venice and the Jew Bill of 1753”. *Shakespeare Quarterly*, 25(1), 126.

25 Horacio Sierra. *New Readings of The Merchant of Venice*.

26 Marcela Castro. (2018). “Economía, moral y derecho en la Europa cristiana: justo precio, usura y capitalismo mercantil (Siglos XII-XVIII)”. Precedente: Anuario Jurídico. (2018). http://app.vlex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/#WW/search/*/Econom%C3%ADa%2C+moral+y+derecho+en+la+Europa+cristiana%3A+justo+precio%2C+usura+y+capitalismo+mercantil/WW/vid/744798461

27 George Wilkes. *Shakespeare, from an American Point of View; including an Inquiry as to His Religious Faith, and His Knowledge of Law: with Baconian Theory Considered*. New York, D. Appleton and Company (1882). Acceso el 14 de marzo de 2019. <https://heinonline-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/HOL/P?h=hein.beal/shfroinoinoo01&i=154>

28 Kenji Yoshino. “The Lawyer”.

de Venecia se lee como una crítica jurídica, especialmente a la teoría de la causa, planteo una aproximación diferente, en la que se incorpora *El Mercader de Venecia* al derecho civil contractual, algo que no se encuentra en las interpretaciones jurídicas dominantes de la obra.

ACTO III: SOBRE *EL MERCADER DE VENECIA*

Entran: Shylock, Bassanio y Antonio

He mencionado que los contratos presentes en *El Mercader de Venecia* muestran que las intenciones de las partes al celebrar un contrato se basan en la racionalidad limitada. En este Acto pretendo mostrar cuáles situaciones específicas de la obra conducen a tal conclusión. Para ello, pongo en juego la relación jurídica entre Shylock, Bassanio y Antonio, situaciones en las que Shakespeare presenta los contratos como una ficción de la voluntad que jamás ha existido y que se ha ocultado tras las formas. Estos tres personajes ciertamente no responden a motivaciones racionales, sino racionalidades limitadas. Su vínculo jurídico se puede entender a la luz de las normas colombianas como un simple contrato real de mutuo con garantía en caso de impago²⁹. En la Escena III del Acto I se produce el acuerdo previo a la celebración del contrato en los siguientes términos:

Shylock: Tres mil ducados. Bien

Bassanio: Sí, señor, por tres meses.

Shylock: Por tres meses. Bien.

Bassanio: De los cuales, como os dije, Antonio será el fiador.

Shylock: Antonio será el fiador. Bien.

Bassanio: ¿Podéis auxiliarme? ¿Me vais a complacer? ¿Tendré vuestra respuesta?

Shylock: Tres mil ducados por tres meses, y Antonio fiador.

Bassanio: Vuestra respuesta.

Shylock: Antonio es un hombre de bien.

Bassanio: ¿Habéis oído a alguien afirmar lo contrario?

Shylock: ¡Oh, no, no, no, no! Al decir que es un hombre de bien quise que me entendierais que es pudiente. Sin embargo, sus bienes son una suposición. Tiene un velero con destino a Trípoli, y otro a las Indias. He oído por otra parte en el Rialto que tiene un tercero en México, un cuarto rumbo a Inglaterra, y que tiene otros negocios desperdigados por el mundo. Pero las naves no son más que tablones, los marineros nada más que hombres, y hay ratas de tierra y ratas de agua, ladrones de agua y ladrones de tierra, piratas quiero decir, y está también el riesgo de los mares, los vientos y las rocas. El hombre, sin embargo, es pudiente. Tres mil

29 Bajo el entendido del contrato de mutuo como un préstamo de consumo según el artículo 2221, y siguientes del Código Civil.

ducados. Creo que puedo aceptar su fianza.

En un primer momento se puede considerar que la pretensión principal de Shylock es recibir el pago de intereses derivados del préstamo. Un *homo economicus* indudablemente pretendería maximizar su patrimonio por medio de esto. Sin embargo, en el momento exactamente siguiente al citado, Shylock revela -solamente para el público- su verdadera intención vengativa al celebrar el contrato, que dista ampliamente de recibir intereses.

Entra Antonio

Bassanio: Es el señor Antonio.

Shylock: (Aparte) ¡Qué cara tiene de publicano rastrero! Le odio porque es cristiano, pero más porque con ruin insensatez presta dinero gratis, haciendo así bajar la tasa de intereses en Venecia. Si alguna vez le puedo atrapar cebaré el ancestral rencor que por él siento. Él odia a mi sagrado pueblo, y se burla, incluso en reuniones de mercaderes, de mí, de mis contratos, de mi justa ganancia, que él llama usura. ¡Maldita sea mi tribu si le perdono!

Este soliloquio de Shylock muestra su verdadero motivo para contratar, un motivo que ocultó a Antonio y de Bassanio pero que Shakespeare nos dejó saber a los espectadores. El preservar la tasa de interés sin duda le importa³⁰, pero tiene un rencor “ancestral” mucho más profundo y fundamentado en la burla, la discriminación y la persecución de la que él y su pueblo han sido objeto. En ese sentido, su motivación real no es económica sino vengativa. Usa el derecho no como una forma de circulación de la riqueza, sino como un medio de venganza. En la misma conversación, le hace explícito a Antonio:

Shylock: Señor Antonio, en más de una ocasión me habéis menospreciado en el Rialto por mis bienes y por mis intereses. Siempre paciente, me encogí de hombros, pues el sufrir es la marca de mi tribu. Me tratáis de infiel, de perro y sanguinario, solo porque hago uso de lo mío. Ahora, al parecer, necesitáis mi ayuda. Vamos a ver; venís a mí diciendo “Shylock, querríamos dinero”; eso decís, después de emparar de saliva mi barca y darme puntapiés como a un perro para que no entre en casa. Pedís dinero. ¿Qué debiera deciros? Debería ser: “¿Tiene un perro dinero? ¿Es posible que un can preste tres mil ducados?”. O deberé postrarme y con voz de vasallo que contiene el aliento, susurraros: “Noble señor, el miércoles pasado me escupisteis; tal día me echasteis a patadas, otra vez me tratasteis de perro; ¿por esas cortesías os tengo que prestar tanto dinero?”.

En este momento, Shakespeare hace algo interesante en términos de lo que incumbe a este texto. Hace

³⁰ Vale la pena recordar que la ley cristiana prohibía cobrar con intereses. De forma que a Shylock le interesa eliminar a la competencia que presta sin intereses para que los precios del dinero aumenten.

que Antonio, para convencer a Shylock de prestar el dinero, sintetice la causa de Shylock para celebrar el contrato:

Antonio: Si prestas el dinero, no lo hagas como amigo, pues ¿cuándo la amistad se hizo fértil con el metal estéril del amigo? Antes préstaselo a tu enemigo, y si no cumple, podrás con mejor cara exigirle la multa.

Hay más pasajes de la obra que dan muestras que la garantía, para Shylock, vale más que el pago de la deuda y sus intereses. En su preferencia, él no analiza el contrato con una perspectiva racional. No pretende aumentar sus ganancias, sino vengarse de Antonio. En el Acto III, Escena I, Solanio y Salerio, dos amigos de Bassanio, le preguntan a Shylock qué podría hacer si efectivamente Antonio no puede pagar y debe cobrar la libra de carne. A lo que Shylock responde:

Shylock: Darla de cebo a los peces. Y si no sirve, al menos alimentará mi venganza. Me ha denigrado y me ha hecho perder medio millón; se ha reído de mis pérdidas, se ha burlado de mis ganancias, ha depreciado a mi pueblo, ha desbaratado mis negocios, ha enfriado a mis amigos, ha enardecido a mis enemigos, ¿y cuál es su motivo? Que soy judío. ¿No tiene ojos el judío? ¿No tiene el judío manos, órganos, miembros, sentidos, emociones, pasiones? ¿no se alimenta de la misma comida, no se lastima con las mismas armas, no se expone a las mismas enfermedades, no se cura con los mismos remedios, no se calienta con el mismo verano y se enfría con el mismo invierno que el cristiano? ¿Si nos hacéis un corte, no sangramos? ¿Si nos hacéis cosquillas, no reímos? ¿Si nos ponéis veneno, no morimos? ¿Y si nos hacéis un agravio, no habremos de vengarnos? Si somos iguales a vosotros en lo demás, también en eso hemos de parecernos. Si un judío agravia a un cristiano, ¿qué mansedumbre muestra este? La venganza. Si un cristiano agravia a un judío, ¿cuál tendría que ser su resignación, a ejemplo del cristiano? Pues la venganza. La infamia que me enseñáis la pondré en ejecución, y mal habrá de irme para que no mejore la instrucción³¹.

Posteriormente en la obra, Shylock recibe una oferta de Bassanio por seis mil ducados, es decir, el doble de lo que esperaba a cambio de no cobrar la garantía de la libra de carne y, cuando Portia se hace pasar por el abogado, le dice que le ofrecen tres veces más que la deuda original. Pero Shylock, impulsado por irracional venganza, se rehúsa y afirma:

Shylock: Si todos los ducados de esos seis mil ducados se partieran en seis, y cada parte fuese

³¹ Este famoso soliloquio muestra que Shakespeare no solamente presenta a Shylock como el villano judío, sino también, por otro lado, se muestra allí al judío discriminado. Momentos como este contraponen la denuncia del judío malvado y resentido a una explicación de por qué el resentimiento y la deshumanización de la discriminación.

un ducado, no los querría.

Cambiamos el foco de atención de Shylock a la otra parte del contrato de mutuo: Bassanio. ¿Para qué quería Bassanio tres mil ducados? Al comienzo de la obra, Bassanio reconoce sus deudas previas con Antonio y menciona que para poder pagarle tiene que emprender un viaje para casarse con Portia. Él afirma que, si recibe más préstamo, va a poder recuperar lo adeudado y más. Es decir, intenta aplicar con Antonio la falacia de costo hundido³², acompañada de un exceso de confianza en que va a poder enamorar a Portia, las cuales son características paradigmáticas de un modelo de racionalidad limitada según la economía comportamental³³.

Por su parte, Antonio, acongojado por una melancolía sin explicación, no se dispone como el fiador porque considera que es la única forma de recibir pago efectivo de Bassanio, su deudor. Por el contrario, su motivo es solamente el amor que siente por Bassanio. Esto se puede comprobar cuando Antonio rechaza los sofismas y le concede el préstamo a su amigo sin esperar nada a cambio, una muestra del altruismo desinteresado que Jolls et al.³⁴ definen como propio de la racionalidad limitada humana. Como afirma Rodríguez, comentando la misma escena “ante lo que sucede a continuación sólo cabe concluir que el afecto de Antonio nubla su inteligencia y decide apoyar a su amigo”³⁵.

Antonio: Me conoces muy bien; pierdes el tiempo desviando mi amor con tus rodeos. Más daño estás haciéndome al dudar de mi entrega sin límites que si despilfarraras todo lo mío. Así que, de una vez, dime qué he de hacer o que tu comprendas que por mí puede hacerse, y a todos estaré presto. Habla pues.

Adicionalmente, el Acto I, Escena III muestra el mismo desinterés personal de Antonio. En ese momento, Antonio confiesa a Shylock que por primera vez concederá deber con intereses, y solamente por cariño a Bassanio:

Antonio: Shylock, aunque no doy ni pido en préstamo cobrando o pagando beneficio, por dar abasto al acuciante deseo de mi amigo romperé esa costumbre.

Además, una vez Bassanio logra conquistar a Portia, Antonio no repara en que deba devolversele dinero alguno. De hecho, al final de la obra nunca se efectúa el pago. En suma, Antonio y Shylock

32 Que consiste en la falaz creencia de que, si se ha perdido una inversión, se debería invertir aún más recursos en la misma inversión para lograr ganancia.

33 Christine Jolls, *et al.* “A behavioral approach”. 1545.

34 *Ibid.*

35 Carlos Rodríguez, *Dinero y contrato*. 113.

celebran contratos con el fin de recompensar (Antonio a Bassanio) o de castigar (Shylock a Antonio), y este interés en gastar recursos castigando o premiando a otras personas es, precisamente, una de las pruebas de la racionalidad limitada de acuerdo con Camerer y Loewenstein³⁶. Más aún, Shylock prefiere no recibir dinero para poder castigar a su enemigo Antonio. El mismo Antonio prefiere perder dinero, para mostrarle su cariño a Bassanio y, a su vez, Bassanio toma una decisión de altísimo riesgo al aumentar sus deudas con tal de poder enamorar a Portia. Tres acciones que demuestran un comportamiento que un ser totalmente racional, como el *homo economicus*, no tendría por qué cometer. Con este panorama, quisiera mostrar cómo el modelo de toma de decisiones que adoptan Shylock, Bassanio y Antonio para celebrar contratos puede afectar la doctrina actual sobre teoría de la causa.

ACTO IV: SOBRE LA TEORÍA DE LA CAUSA

Entran: Teoría de la causa, economía comportamental

Habiendo establecido cómo la obra muestra que las intenciones de las partes al celebrar contratos responden a intereses derivados de su racionalidad limitada. Ahora veremos cómo afecta la interpretación de *El Mercader de Venecia* a la teoría de la causa en derecho colombiano. En pocas palabras, esta teoría se refiere a las intenciones de las partes al hacer un contrato y está contenida en el artículo 1524 del Código Civil:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Asimismo, esta institución es importante para el ordenamiento jurídico colombiano por los siguientes motivos. Primero, es un elemento de la validez de los contratos según el artículo 1502 del Código Civil. Segundo, es requisito de “todos” los actos o declaraciones de voluntad, según el mismo artículo. Tercero, se extiende al artículo 1618 del Código Civil, que no es más que una derivación posterior en el iter contractual de la teoría de la causa. Este importante artículo³⁷ señala que la intención de las partes al celebrar un contrato, es decir su causa, es más vinculante para interpretar un contrato que su

³⁶ Colin Camerer y George Loewenstein. “Chapter 1: Behavioral Economics: Past, Present, Future”. En: *Advances in Behavioral Economics*. 27. (Nueva York: Princeton University Press, 2004).

³⁷ Pueden consultar la Sentencia SC6315-2017 del 9 de mayo de 2017. M.P.: Margarita Cabello; el Laudo Arbitral de Alba Lucía Balasteros Bedoya vs Lavacars Móvil S.A.S. del 8 de mayo de 2010; o el Laudo Arbitral de Procomsa vs Endospina. 1 de diciembre de 2017. En estos casos el fundamento de la decisión fue la aplicación de la interpretación contractual.

literalidad. Cuarto, el sentido de la teoría de la causa se extiende a instituciones como la condición, los plazos o la mora, cuyos contenidos en cada contrato dependen de la causa de los contratantes³⁸.

A pesar de la importancia que ya hemos establecido y su influencia en otras instituciones jurídicas, ciertamente no tiene un contenido unánimemente definido, sino que es una institución que ha generado mucha dispersión conceptual, debate y confusión. Hinestrosa afirma que la palabra *causa* dice todo y no dice nada, y que su significado depende de “la parcialidad filosófica a que pertenezca el expositor”³⁹. Posteriormente, afirma que hay anfibología en su uso, en tanto que puede hablarse de causas de las obligaciones y causas de los contratos. Para ilustrar el problema expone lo siguiente:

Cuando se pregunta: ¿por qué está obligado?, y se responde: porque contrató (causa eficiente); cuando se pregunta ¿por qué contrató?, y se responde: porque quería obtener la prestación prometida por la otra parte (causa final); y cuando se pregunta: ¿qué lo movió a desear la cosa o el servicio objeto de aquella prestación (causa impulsiva)?⁴⁰

En ese contexto de una trinidad de contenidos posibles de la palabra causa, él afirma que no es claro a qué causa se está haciendo referencia. Por un lado, Ospina y Ospina escribieron lo siguiente sobre los problemas de definir la teoría de la causa:

La teoría de la causa ha constituido tema de copiosa literatura (...) la inquietud de los expositores del derecho civil es índice elocuente de la dificultad que entraña la declaración de dicha teoría. Por otra parte, el desarrollo histórico de la noción de la *causa*, de origen francés, denota variaciones tan pronunciadas que, como bien lo observa Josserand y Dabin, en la actualidad no se puede hablar de una sola teoría al respecto⁴¹.

Scognamiglio⁴², por el otro, afirma que el sentido de la teoría de la causa es garantizar la función de los contratos. Más allá de eso, reconoce la dificultad de la definición y plantea que la teoría de la causa tiene dos teorías aplicables: una subjetiva⁴³, bajo la cual cada contraprestación encuentra justificación en la otra y, una objetiva, que revisa el propósito práctico de las partes. Sin embargo, en su mismo

38 Ricardo Uribe. “La causa”. En *De las obligaciones y del contrato en general*. 269-278. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1980.

39 Fernando Hinestrosa. “Capítulo Sexto: La Causa”. 35.

40 Ibid.

41 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. “La causa de los actos jurídicos” En *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición*. 256. Bogotá: Temis, 2005.

42 Scognamiglio, Renato. “Función y contenido de los contratos”. En *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

43 Scognamiglio afirma que la teoría subjetiva tiene un nombre contraintuitivo. En efecto aplicaría a todos los casos por igual y, por lo tanto, no tendría nada de subjetiva.

planteamiento, él identifica contradicciones y errores al interior de cada tipo de causa.

En un intento por superar estos problemas y aclarar la situación de esta institución jurídica, con base en una lectura sistemática de la doctrina sobre teoría de la causa, especialmente en Ospina y Ospina⁴⁴, se pueden plantear tres etapas bajo las cuales clasificar el desarrollo de la teoría de la causa. En un primer momento, la teoría de la causa fue planteada por el francés Jean Domat como la finalidad de las partes del contrato para contraer obligaciones. Desde la perspectiva de Domat se distingue la causa final de la causa impulsiva. La primera se refiere al intercambio de prestaciones, es decir, que la causa del acreedor es la obligación principal del deudor. Por ejemplo, en un contrato de compraventa la causa del comprador sería adquirir la cosa, mientras que la del vendedor sería recibir el precio. Por su parte, la causa impulsiva, también llamada indistintamente “móviles, motivos o motivos determinantes” por Hinestrosa, se refiere a la mentalidad individual de cada parte que la llevó a celebrar el contrato.

Para la teoría causalista original de Domat, la causa impulsiva no forma parte del contrato y al derecho no le debe interesar, puesto que varía dependiendo de cada persona y sería inmanejable. Esta filosofía responde a un contexto político en el que se intentaba evitar que los jueces se entrometieran en la conciencia individual y se restringieran a juzgar lo evidente, es decir la causa final.

Recientemente, Leal sostiene una argumentación similar a la de Domat en el sentido de que, para él, la causa del contrato es “la finalidad económico-social que éste, considerado objetivamente, cumple y que es reconocida por el ordenamiento jurídico”⁴⁵. Así, Leal no analiza la causa impulsiva como una institución jurídica trascendente para el derecho.

Igualmente, Hinestrosa plantea un desarrollo histórico de las concepciones de la noción causa y sintetiza que debe ser tomada “como el objeto de la obligación del otro contratante, o como el compromiso de este, o como la función práctico o económico-social del contrato, de todos modelos dicha ‘causa’ es un concepto objetivo, típico y constante”⁴⁶. Como opuesto a la *causa*, Hinestrosa defiende que los motivos subjetivos, denominados motivos determinantes -que, reitero, equivalen a la causa impulsiva- importan a la sociología o a la economía, pero no al derecho. Como argumento principal, afirma que el juez no debe entrar a considerar el fuero interno de los contratantes salvo que tenga razones de peso para hacerlo. En este sentido se asemeja a la interpretación de Domat del causalismo clásico al excluir de valoración las motivaciones internas y subjetivas de las partes.

44 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. “La causa de los actos jurídicos”.

45 Hildebrando Leal. “La causa lícita”. 128.

46 Fernando Hinestrosa. “Capítulo Sexto: La Causa”. 105.

En una segunda etapa, la teoría de Domat encuentra opositores radicales que critican fuertemente su posición. Ernst, un jurista belga, en 1926 atacó la teoría de Domat, a lo cual se sumaron otros doctrinantes⁴⁷. Esta etapa corresponde al anticausalismo, que afirma que hablar de una teoría de la causa es totalmente inútil y que todos los efectos que aparentemente se le quieren atribuir a ella se pueden encontrar en instituciones diferentes, independientes y con más sentido. Igualmente, le endilgan a Domat haber propuesto una teoría falsa por no considerar el verdadero sentido de la institución de la causa en derecho romano⁴⁸ y por haber afirmado que la causa y el efecto de los contratos es el mismo hecho, lo que sería una contradicción porque la causa siempre es anterior y el efecto siempre es posterior⁴⁹.

En una tercera etapa, se presenta la teoría usada por los Tribunales franceses que se caracterizan por haber aceptado la causa impulsiva como objeto de análisis jurídico. En este derecho francés, se recuperan elementos del causalismo, “dando por descontado que la noción de causa es indispensable e ineludible, no solo como justificación del compromiso mismo y de los efectos del contrato, sino como fiel balanza de su regularidad ética”⁵⁰. Los Tribunales sostienen, sin embargo, que para un análisis jurídico los móviles deben ser conocidos por ambas partes. Además, si bien Dabin es considerado por Ospina y Ospina como un anticausalista, sus posiciones podrían encajar con la postura de los Tribunales franceses en el sentido de que Dabin afirma que el motivo que no es conocido no es causa y que, no solo en Francia sino también en Alemania, es requisito esencial de la causa el ser manifestada⁵¹. Esta tercera corriente de los Tribunales franceses es la que se ha seguido en la legislación colombiana, que permite estudiar tanto lo que Domat llamaba causa final, como la causa impulsiva⁵².

Estas teorías, a pesar de las diferencias, tienen en común varios puntos, por ejemplo, le atribuyen alta importancia a que la causa se refiera a “lo determinante” esto es aquello que si las partes supieran que no se va a dar las hubiera recluso de celebrar el contrato. Pero lo que es esencial para este trabajo es que todas estudian la teoría de la causa a partir de la destinación que se le dará a los bienes objeto del contrato y su finalidad económica. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, ven que la causa final del contrato para el comprador es adquirir un bien y para el deudor es adquirir dinero y, los pocos que aceptan la causa impulsiva como un factor determinante para el derecho dirigen sus afirmaciones y

47 Ibid. 51.

48 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. “La causa de los actos jurídicos”.

49 Ricardo Uribe. “La causa”.

50 Fernando Hinestrosa. “Capítulo Sexto: La Causa”. 56.

51 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. “La causa de los actos jurídicos”. 349.

52 Ospina y Ospina plantean como características de la causa en Colombia que los móviles sean determinantes para la celebración del contrato y que sean conocidos por ambas partes. A pesar de que el artículo 1524 del Código Civil dice claramente que “no es necesario expresarla”, en el texto citado se argumenta que la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que los móviles del contrato deben ser comunes por el principio de buena fe.

ejemplos a lo que las partes quieren hacer con las cosas objeto del contrato. En el ejemplo de la compraventa, la doctrina dominante parecería decir que la causa impulsiva del contrato para el comprador de local comercial será el negocio que querría establecer el comprador en ese local. Por su parte, la causa impulsiva del vendedor sería lo que él quiere hacer con el dinero una vez lo tenga, por ejemplo, pagar una deuda, ahorrar, diversificar, comprar otra cosa, aumentar su liquidez, entre otras.

La mentalidad dominante sobre la teoría de la causa, por consiguiente, insiste en ver a los contratos como un medio para hacer transacciones económicas e intercambiar riqueza. No obstante, tales explicaciones no parecen haber puesto atención explícita en la influencia de la racionalidad limitada. En efecto, la teoría clásica de Domat, juntamente con posiciones como las de Leal o Hinestrosa soslayan la causa impulsiva de un análisis jurídico. Incluso si se establece la teoría de la causa abstractamente -es decir, que quepa cualquier motivo-, no considero que expongan explícitamente los contratos como medios de desahogo emocional, una postura que no es excluyente y que, como muestra *El Mercader de Venecia*, es posible.

Por tanto, sugiero modificar la mentalidad dominante sobre teoría de la causa en el sentido de que considere que la racionalidad limitada influye la manera en la que las personas toman decisiones. ¿Qué diría la doctrina dominante de la intención de Shylock, o la de Bassanio o Antonio? Ellos contratan influenciados por su racionalidad limitada, que afecta directamente sus decisiones. Probablemente, según la doctrina mayoritaria, la intención vengativa de Shylock es totalmente irrelevante para el derecho y, en cambio, lo esencial es que Shylock quiera recibir el pago de la deuda. No obstante, como vimos en el Acto III, el interés de Shylock es claramente la venganza materializada en un contrato de mutuo y el derecho no debería soslayar una situación mental tan importante. ¿Acaso esa expectativa mental no es basilar para la interpretación y entendimiento del contrato? Si el Duque o Portia, cuando intentan negociar fórmulas de arreglo con Shylock hubieran considerado que el móvil de Shylock es su sed de venganza, entonces hubieran podido proponer arreglos que sanaran esa necesidad. En cambio, todas sus propuestas conciliatorias para no hacer efectiva la garantía consisten en ofrecerle más dinero, algo que a él no le interesa.

El argumento principal por el cual no parece que los tratadistas dominantes investigados, que diligentemente han desarrollado la teoría de la causa, se centren en las motivaciones de racionalidad limitada en la celebración de contratos requiere para su entendimiento interdisciplinaria entre economía y derecho. Los contratos en el derecho son respuestas a situaciones económicas. En este contexto, la postura tradicional de la economía sobre el comportamiento humano consiste en considerar a las personas seres racionales que toman las decisiones basándose en un análisis costo-beneficio, de acuer-

do con axiomas y utilidad esperada y con predicciones del futuro⁵³. En otras palabras, los tratadistas dominantes han estudiado el comportamiento jurídico de las personas partiendo de que son agentes racionales, *homo economicus*. Por eso, es entendible que las posturas jurídicas por las cuales las personas celebran contratos de una determinada forma hayan acogido supuestos económicos de racionalidad. La teoría de la causa parece no ser ajena a estos supuestos y también fue pensada como una institución para personas racionales.

No obstante, desde la segunda mitad del siglo XX, ha tomado fuerza una nueva postura económica llamada “economía comportamental”, que se distancia de la postura clásica en tanto que defiende la racionalidad limitada como el mejor modelo para entender decisiones. Si el conocimiento sobre el análisis económico de decisiones humanas evoluciona, ¿no deberían también hacerlo las instituciones jurídicas que se basan, precisamente, en las decisiones humanas? Si las instituciones jurídicas son hechas por y para seres humanos, o lo que es lo mismo, por y para agentes económicos ¿no deberían entender que estos agentes, como Shylock, Antonio y Bassanio, tienen límites que afectan su toma de decisiones, como sus sentimientos, ideología⁵⁴, sesgos, exceso de confianza, información limitada, autocomplacencia, altruismo⁵⁵ o el gasto de recursos para castigar o premiar a otros⁵⁶? En este sentido, argumentos como el esgrimido por Hinestrosa⁵⁷ de que la causa impulsiva le debe interesar a la sociología y a la economía, pero no al derecho, pueden repensarse. Si una institución le interesa a la economía o a la sociología, entonces con mayor razón le debe interesar al derecho.

ACTO IV: CONCLUSIONES

En las páginas anteriores expuse que, bajo una perspectiva jurídica colombiana actual de la teoría de la causa, los contratos presentes en *El Mercader de Venecia* muestran que las intenciones de las partes al celebrar un contrato se basan en racionalidad limitada, en lugar de en el modelo del *homo economicus*.

Es posible interpretar que Shakespeare modela en *El Mercader de Venecia* unas mentalidades humanas que critican a la teoría dominante de la causa en el derecho colombiano. Derivamos de esta crítica que es importante repensar la teoría de la causa que, como vimos, no fue creada pensando en la racionalidad limitada de las personas. Por ello, su análisis se limita a las actuaciones materiales y utilitarias de las personas. Pero, ante un nuevo paradigma económico, la teoría de la causa debe modificarse para incluir la influencia que la racionalidad limitada tiene en el fuero interno de las partes al momento de

53 Richard Thaler. The End of Behavioral Finance. *Financial Analysts Journal*. 12-17. 1999.

54 Duncan Kennedy. “Ideologically Oriented Legal Work”.

55 Christine Jolls, et al. “A behavioral approach”.

56 Colin Camerer y George Loewenstein. “Chapter 1: Behavioral Economics”. 27.

57 Fernando Hinestrosa. “Capítulo Sexto: La Causa”.

celebrar un contrato. Esto podría abrir el camino a fórmulas de arreglo que realmente logren lo que las partes buscan con un contrato. La teoría de la causa, en síntesis, no puede estar constreñida por la racionalidad económica humana, porque los agentes económicos tienen una racionalidad, principalmente, limitada.

BIBLIOGRAFÍA

- Anker, Elizabeth y Bernadette Meyler. "Introducción". En *New Directions in Law and Literature*. 1-33. Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Baddeley, Michelle. *Behavioural Economics: A very short introduction*. Nueva York: Oxford, 2017.
- Barthes, Roland. *La muerte del autor*. 1968. Acceso el 3 de noviembre de 2019. <https://teorialiteraria2009.files.wordpress.com/2009/06/barthes-la-muerte-del-autor.pdf>
- Bloom, Harold. "Al lector". En: *Shakespeare: La Invención de lo humano*. 17-23. Barcelona: Anagrama, 1998.
- Bloom, Harold. "El Mercader de Venecia". En: *Shakespeare: La Invención de lo humano*. 215-237. Barcelona: Anagrama, 1998.
- Camerer, Colin y George Loewenstein. Chapter 1: Behavioral Economics: Past, Present, Future. En *Advances in Behavioral Economics*. 3-51. Nueva York: Princeton University Press, 2004.
- Castro, Marcela. (2018). "Economía, moral y derecho en la Europa cristiana: justo precio, usura y capitalismo mercantil (Siglos XII-XVIII)". *Precedente: Anuario Jurídico*. (2018). 43-79. http://app.vlex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/#WW/search/*/Econom%C3%ADa%2C+moral+y+derecho+en+la+Europa+cristiana%3A+justo+precio%2C+usura+y+capitalismo+mercantil/WW/vid/744798461
- Código Civil, Ley 57 del 16 de abril de 1887. 37ª Edición. Legis.
- Corte Constitucional. (2014). Salvamento de Voto de Alberto Rojas Ríos. En: Sentencia C-123 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-123-14.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC6315-2017. Radicado: 11001-31-03-019-2008-00247-01. 9 de mayo de 2017. M.P.: Margarita Cabello.
- L.W. Conolly. "The Merchant of Venice and the Jew Bill of 1753". *Shakespeare Quarterly*, 25(1), 125-127.
- Congrains, Enrique. "William Shakespeare". En: *Vida y obra de escritores y poetas*. 23-37. Bogotá: Editorial Forja, 1983.
- Crystal, David y Ben Crystal. *Shakespeare's Words. A glossary & language companion*. Londres: Penguin Books, 2002.
- Dabin, Jean. *La teoría de la causa*. Segunda Edición. Madrid: Revista de derecho privado, 1955.
- Madison Davis y Sylvie Richards. "The Merchant and the Jew: A Fourteenth-Century French Analogue to The Merchant of Venice". *Shakespeare Quarterly*, 36(1) (1985): 56-63.
- Devocmon, William C. In re Shakespeare's Legal Acquirements: Notes by an Unbeliever Therein. New York,

- Shakespeare Press.
- Fish, Stanley. "The Law Wishes to Have a Formal Existence". *The Stanley Fish Reader*. 1991.
- González, José Manuel. *El teatro de William Shakespeare hoy: una interpretación radical actualizada*. Barcelona: Editorial Montesinos, 1993. Acceso el 3 de noviembre de 2019. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=l3gpScS_U-EC&oi=fnd&pg=PA13&dq=teatro+isabelino+precio+y+asistencia&ots=MzfyY5yMqsg&sig=yIt2uMTNWTotkNJkIBOkU824vR4&redir_esc=y#v=onepage&q=teatro%20isabelino%20precio%20y%20asistencia&f=false
- Hinestrosa, Fernando. "Capítulo Sexto: La Causa". En *Tratado de la Obligaciones II. De las Fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. 33-105. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Huston, Lorna. *Proof and probability: Law, Imagination, and the forms of things unknown*. En Anker, E. y Meyler, B. *New Directions in Law and Literature*. 144-160. Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Jolls, Christine; Cass Sunstein y Richard Thaler. "A behavioral approach to law and economics". *Stan. L. Rev.*, 50 (1997). 1471-1550. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf
- Kahneman, Daniel. "Conclusiones". En *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. Bogotá: Penguin Random House, 2012.
- Kennedy, Duncan. "Ideologically Oriented Legal Work". En *A critique of adjudication*. Londres: Harvard University Press, 1997.
- Laudo Arbitral. Alba Lucía Ballesteros Bedoya vs Lavacars Móvil S.A.S. 8 de mayo de 2010.
- Laudo Arbitral. Procomsa vs Endospina. 1 de diciembre de 2017.
- Leal, Hildebrando. "La causa lícita". En: *Manual de Contratos*. (pp.: 126-129). Bogotá: Leyer, 2014.
- McConville, Mike y Wing Hong Chui. *Research methods for law*. Edinburgh: University Press, 1988.
- Nussbaum, Martha. "Introducción". *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 1997. Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=eXbUcoQP BWQC&oi=fnd&pg=PA25&dq=martha+nussbaum+justicia+poetica&ots=kbMF-f3rxRT&sig=IHQa2yV8UN8L_ztvHOjzL1pXpb4&redir_esc=y#v=onepage&q=martha%20nussbaum%20justicia%20poetica&f=false
- Nussbaum, Martha. "Un problema en la historia del liberalismo". En *Emociones políticas*. Barcelona: Paidós, 2014. 13-43 Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/48798505/Nussbaum_Martha_-_Emociones_Politicass.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLas_emociones_politicass_Por_que_el_amor.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ-2Y53UL3A%2F20191105%2Fus-east-1%2Ffs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20191105T071927Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=adf0d25019978c-788d6123a94a8497773e01e5cbe5379c9edb6b2e1d376344dc
- Ospina, Guillermo y Eduardo Ospina. "La causa de los actos jurídicos" En *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. 256-284. Bogotá: Temis, 2005.
- Rodríguez, Carlos. *Dinero y contrato en El mercader de Venecia: Economía y literatura*. Madrid: Ecobook, 2007.

- Acceso el 4 de noviembre de 2019. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=LgE4py1E6HMC&oi=fnd&pg=PA7&dq=Econom%C3%ADa+y+literatura+&ots=dFdc_McdZe&sig=OiWGCw-oK1RfrHagak-8goPROLIQ#v=onepage&q=Econom%C3%ADa%20y%20literatura&f=false
- Salgüero, Miguel Ángel. “El teatro isabelino”. En: *El Mercader de Venecia y Coriolano*. Madrid: Biblioteca EDAF, 2007. Acceso el 3 de noviembre de 2019. https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=e-tHKdHkaoqAC&oi=fnd&pg=PA17&dq=cuantas+obras+escribi%C3%B3+shakespeare&ots=JbOoFm-8n96&sig=KLaznq24Zygc2HWDuB-wlSsZ23A&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Sarat, Austin. “From Charisma to routinization and beyond: Speculations on the future of the study of law and literature”. En Anker, E. y Meyler, B. *New Directions in Law and Literature*. 59-69. Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Scognamiglio, Renato. “Función y contenido de los contratos”. En *Teoría general del contrato*. 127-184. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Shakespeare, William. *El Mercader de Venecia*. Trad. Vicente Molina Foix. Barcelona: Editorial Debolsillo, 2012.
- Skilton, Robert. “Shakespeare and the Supreme Court”. *University of Wisconsin Law School Forum: Gargoyle*, 21 (2016): 4-8.
- Sierra, Horacio. *New Readings of The Merchant of Venice*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013. Acceso el 14 de marzo de 2019. <http://search.ebscohost.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=532036&lang=es&site=ehost-live>.
- Odar, Reynaldo Mario Tantaleán. “Tipología de las investigaciones jurídicas”. *Derecho y cambio social*, 13(43), 2016: 10.
- Thaler, Richard. *The End of Behavioral Finance*. *Financial Analysts Journal*. 12-17. 1999.
- Thomas, Brooke. “Minding Previous Steps Taken”. En Anker, E. y Meyler, B. *New Directions in Law and Literature*. 33-46. Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Uribe, Ricardo. “La causa”. En *De las obligaciones y del contrato en general*. 269-278. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1980.
- Wilkes, George. *Shakespeare, from an American Point of View; including an Inquiry as to His Religious Faith, and His Knowledge of Law: with Baconian Theory Considered*. New York, D. Appleton and Company (1882). Acceso el 14 de marzo de 2019. <https://heinonline-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/HOL/P?h=hein.beal/shfroinin0001&i=154>.
- Yoshino, Kenji. “The Lawyer”. En *A Thousand Times More Fair*. 29-59. Nueva York: HarperCollins, 2011. [Econom%C3%ADa%2C+moral+y+derecho+en+la+Europa+cristiana%3A+justo+precio%2C+usura+y+capitalismo+mercantil/WW/vid/744798461](https://www.youtube.com/watch?v=744798461)
- Yoshino, Kenji. “The Lawyer”. En *A Thousand Times More Fair*. 29-59. Nueva York: HarperCollins, 2011.

LA NORMALIZACIÓN ESTÉTICA: EMOCIONES Y PRESENTACIÓN PERSONAL EN LOS COLEGIOS

DANIEL OSPINA CELIS*

Recibido: 17 de mayo de 2020. Aceptado: 12 de junio de 2020.

RESUMEN

La razón es usualmente considerada como el motor de la acción humana. La filosofía griega y la Ilustración fueron particularmente importantes en el desarrollo de esta idea. Como resultado, el Derecho y la creación normativa se consideran productos de un ejercicio racional en el que las normas responden a un juicio ilustrado y, cuando no lo hacen, se pueden criticar por ello. Sin embargo, no es cierto que el actuar humano —y por ende el Derecho— respondan entera o predominantemente a la razón. Las emociones juegan un rol fundamental en la cognición y en la creación de juicios morales. Este artículo desarrolla la importancia que tiene el miedo en el Derecho y en las normas sociales al analizar un tema de interés constitucional: el libre desarrollo de la personalidad en los colegios colombianos. Propongo que una posible explicación a la existencia de normas que definen patrones estéticos excluyentes en los colegios se encuentra en las emociones, específicamente en el miedo.

PALABRAS CLAVE

Emociones y derecho, teoría jurídica, emociones, normas sociales, derecho constitucional.

* Abogado de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: df.ospinari@uniandes.edu.co

THE AESTHETIC NORMALIZATION: EMOTIONS AND SCHOOLS' DRESS CODE

DANIEL OSPINA CELIS*

Received: may 17, 2020. Accepted: june 12, 2020.

ABSTRACT

Reason is usually regarded as the basis of human action. Greek philosophy and the Enlightenment were particularly important in the development of this idea. As a result, Law and law-making are considered products of a rational exercise in which normative elements respond to an enlightened judgment, or can be criticized for not doing so. However, it is not true that human actions —and therefore the Law— respond wholly or predominantly to reason. Emotions play a fundamental role in cognition and in the creation of moral judgments. This article argues that fear is relevant in Law and in social law-making. To do this, I analyze a specific constitutional issue in Colombia: the free development of personality in schools. I propose that a possible explanation for the existence of norms that establish exclusive aesthetic patterns in schools is found in fear.

KEY WORDS

Law and emotions, legal theory, emotions, social norms, constitutional law.

* Lawyer from Universidad de los Andes. E-mail: df.ospinari@uniandes.edu.co

INTRODUCCIÓN

¿Qué rol juegan las emociones en la conducta humana? ¿Cuál es la relación, si existe, entre las normas sociales y las emociones? ¿Tienen algo que decir las emociones en el Derecho? Estas y otras preguntas son centrales en la discusión de un naciente campo de estudio: la interacción entre las emociones y el Derecho. En la academia jurídica global los análisis de *Law and Emotions* se encuentran apenas en consolidación⁰¹. La gran mayoría de las investigaciones sobre emociones y derecho provienen del Norte Global⁰². No hay, hasta el momento, una literatura académica consolidada sobre el impacto de las emociones en el derecho escrita en español⁰³. Por ello, este texto ofrece un nutrido marco teórico en el que cuestiones filosóficas, biológicas, psicológicas y neurocientíficas se integran al análisis jurídico. Su objetivo, más que desarrollar una teoría propia sobre la naturaleza humana, es aterrizar y traducir una discusión en la que la academia jurídica de América Latina todavía no se ha involucrado.

El presente artículo es apenas un primer paso en el desarrollo de una teoría propia sobre emociones y

01 Algunos artículos de revisión sitúan el nacimiento del campo en los últimos años del siglo pasado o en los primeros de este, con un creciente desarrollo en los últimos años. Véase: Renata Grossi, “Understanding Law and Emotions,” *Emotion Review* 7, no. 1 (2015): 56; Susan Bandes and Jeremy Blumenthal, “Emotion and the Law,” *Annual Review of Law and Social Science* 8, (2012): 161-181.

02 Si bien se encuentra en consolidación en el Norte Global, la literatura académica sobre emociones y derecho es vasta. El objetivo de este texto no es hacer una revisión sistemática del campo. Si se quiere aproximar al tema, sugiero revisar, entre otros: Andrés Sajó, “Emotions in Constitutional Institutions,” *Emotion Review* 8, no. 1 (2016): 44-49; Susan Bandes, *The Passions of Law* (New York: New York University Press, 2000); Eric Posner, “Law and the Emotions,” *The Georgetown Law Journal* 89, (2001): 1977-2012; Terry Maroney, “Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field,” *Law and Human Behavior* 30, no. 2 (2006): 119-142; Martha Nussbaum, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2006); Andrea Bianchi and Anne Saab, “Fear and international law-making: An exploratory inquiry,” *Leiden Journal of International Law* 32, (2019): 351-365.

03 Vale la pena resaltar las siguientes contribuciones desde Colombia en este campo: Rodolfo Arango, “Los paramilitares, y lo no negociable. Las emociones y los límites de la racionalidad,” *Análisis Político* 56, (2006): 151-160; Nicolás Carrillo Santarelli, “La influencia ‘artística’ de las emociones y la empatía en el contenido, la interpretación y la efectividad del derecho internacional,” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 17, (2017): 65-111.

Derecho desde y para América Latina. En específico, el artículo busca discutir las preguntas enunciadas anteriormente y proponer posibles respuestas tomando como caso de estudio las normas sociales presentes en el ámbito educativo colombiano. El texto pretende ofrecer una explicación basada en las emociones de las normas relacionadas con la presentación personal de los estudiantes en los colegios, usando como ejemplo de estas tanto el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia como las normas que imperan en 21 colegios de Colombia.

Así las cosas, defenderé que una posible explicación para la existencia de patrones estéticos excluyentes en las reglas que dominan el ámbito escolar se encuentra en el miedo de quienes crean estas normas. El miedo —una de las emociones más universales en el reino animal— tiene un fuerte componente tanto biológico como evolutivo que puede servir como causa de las normas relacionadas con la presentación personal de los estudiantes. Además, está íntimamente relacionado con la repugnancia, con los sesgos implícitos y con la necesidad de catalogar ciertos comportamientos como ilegales.

Para desarrollar esta idea, el texto está dividido en cuatro secciones. En la primera sección, presentaré un breve marco teórico sobre el papel que juegan las emociones en el actuar humano y en las normas sociales. En segundo lugar, haré un recuento de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia del libre desarrollo de la personalidad en instituciones educativas. A continuación, analizaré los manuales de convivencia de 21 instituciones educativas a la luz de esta jurisprudencia constitucional. Estas dos secciones pretenden darle al lector una idea de las normas predominantes en los colegios sobre la presentación personal de los estudiantes y cómo las emociones de los jueces y de sus creadores pueden influir en ellas. Por último, ofreceré una explicación —mas no una justificación— de dichas normas a partir de la teoría de las emociones y del miedo específicamente.

1. EL ROL DE LAS EMOCIONES EN EL ACTUAR HUMANO

1.2. LA NATURALEZA HUMANA: ¿SOMOS SERES RACIONALES O NOS DOMINAN NUESTRAS PASIONES?

El origen de nuestros juicios morales —lo que consideramos que está bien y que está mal— ha dividido a los filósofos durante siglos. Esta discusión implica también una pregunta por la naturaleza humana. ¿Somos seres racionales que podemos controlar nuestras emociones y tomar decisiones basadas en nuestro intelecto? ¿Estamos condenados a seguir nuestros impulsos innatos y guiarnos exclusivamente por reacciones emocionales o pasionales? ¿Existe algún punto medio? Mucho se ha escrito sobre este tema, por lo que a continuación haré apenas una breve presentación del tema para situar al lector en la discusión.

Por un lado, algunos pensadores han considerado que lo que define al ser humano es su capacidad para razonar. En ese sentido, somos seres que pueden controlar sus emociones (o pasiones) y tomar decisiones morales basándose en su intelecto exclusivamente. Esa es precisamente una de las ideas centrales de Platón en su famoso diálogo *Fedro*. Para él, el alma puede representarse por un auriga (cochero) que guía dos corceles hacia el cielo: uno hermoso y dócil y otro de mala raza, casi salvaje, que representa las pasiones humanas. Los seres inmortales como los dioses son capaces de controlar a los dos corceles y guiarlos felizmente a un establo celestial. De entre los seres mortales, solo aquellos que han visto la verdad y que abrazan la sabiduría (los filósofos) podrán, a través de su intelecto, guiar a los caballos y conducirlos por el camino del bien⁰⁴. Para hacerlo, el cochero deberá dominar al corcel ‘pasional’ e indicarle la ruta que debe seguir. Mejor dicho, la razón puede y debe controlar las pasiones o emociones humanas para salir adelante⁰⁵.

De manera similar pensaba Descartes. Para él, la naturaleza de la mente humana es racional en tanto el ser humano es, primeramente, una cosa pensante⁰⁶. En ese sentido, la facultad para distinguir el bien del mal es igual a todos los hombres y “la diversidad de nuestras opiniones no procede de que unos sean más racionales que otros, sino tan solo de que dirigimos nuestros pensamientos por caminos distintos y no consideramos las mismas cosas”⁰⁷. Además, para Descartes el alma racional se encuentra complementada con sentimientos y apetitos humanos, sobre los que esta debe ejercer cierto control⁰⁸. A pesar de algunas sutiles diferencias sentadas por Kant frente al ideal cartesiano ‘*cogito, ergo sum*’⁰⁹, ambos consideran a la razón como capaz de moldear los juicios morales de las personas. Según Kant, es precisamente la razón la que posibilita la existencia de los imperativos categóricos en tanto el ser racional es capaz de moldear su voluntad y establecer un deber ser¹⁰. En ese sentido, “no hay nadie, ni tan siquiera el peor de los malvados, (...) que, si uno le presenta ejemplos de honradez (...) no desee que

04 Platón. *Fedro*.

05 En un diálogo menos conocido, Platón retoma la idea según la cual el alma humana se encuentra dividida en dos. Una de aquellas mitades “tiene en sí procesos terribles y necesarios” como las emociones, mientras que la otra se caracteriza por la inteligencia y la razón. En ese orden de ideas, “una parte del alma mortal es por naturaleza mejor y otra peor”. Véase: Platón. *Timeo*.

06 René Descartes, *Meditaciones acerca de la Filosofía Primera. Seguidas de las objeciones y respuestas* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014), 89.

07 René Descartes, *Discurso del método* (Madrid: Alianza Editorial, 2011), 89.

08 René Descartes, *Discurso del método* (Madrid: Alianza Editorial, 2011), 148.

09 Inmanuel Kant, *Crítica de la razón pura* (México: Taurus, 2006), 246-247.

10 Inmanuel Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 177-178.

él pudiera ser asimismo tan bienintencionado”¹¹.

En la corriente opuesta de pensamiento se encuentran aquellos filósofos para quienes las pasiones o las emociones tienen gran influencia en nuestra conducta. Uno de sus mayores exponentes es David Hume. Él indica que “la razón es, y solo debe ser, la esclava de las pasiones, y no puede pretender ofrecer mayor oficio que servir las y obedecerlas”¹². Esto lo dice principalmente porque el entendimiento se encuentra relegado a servir para uno de los fines principales de las pasiones o las emociones: adquirir tantos bienes como sea posible para nosotros y para quienes nos rodean¹³. Además, Hume entiende que la voluntad humana se compone de pasiones calmadas y de pasiones violentas, más que de un control racional sobre las emociones. La variación de temperamento entre las personas dependerá de la mayor o menor presencia de cada tipo de pasiones y no de un control racional sobre las mismas¹⁴. Más recientemente, la psicología moral se ha interesado por la relación entre naturaleza humana, normas sociales y ética. Sin embargo, a diferencia de las teorías propuestas por la filosofía, estas explicaciones intentan relacionar los conocimientos biológicos, neurocientíficos y evolutivos que tenemos sobre el ser humano con la teoría moral. En ese sentido, gran parte de las conclusiones a las que llegan los psicólogos morales se basan en la experimentación con seres humanos y en el estudio juicioso de la mente.

A finales del Siglo XX, el neurocientífico Antonio Damasio publicó uno de sus libros más polémicos: *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*. En él, discute cómo un daño cerebral, específicamente localizado en la corteza prefrontal ventromedial (vmPFC por sus siglas en inglés), inhibe la capacidad emocional de las personas y las somete a tomar malas decisiones en el día a día. Estas personas, aunque mantienen el resto de sus funciones mentales intactas, al no tener emoción alguna fallan en los juicios más simples sobre su propia vida y terminan tomando decisiones que los afectan directamente. Así, Damasio propone que las emociones son fundamentales para el pensamiento racional y que la función del vmPFC es integrar las reacciones emocionales en la toma consciente de decisiones.

No hay, dice Damasio, tal separación entre razón y emoción como proponen Platón y Descartes; se trata de un complejo sistema neuronal en el que las emociones juegan un rol fundamental¹⁵. De

¹¹ Immanuel Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 179.

¹² David Hume, *A Treatise of Human Nature* (Great Britain, Oxford: 1960), 415.

¹³ John P. Wright, *Hume's 'A Treatise of Human Nature': An Introduction* (New York: Cambridge University Press, 2009), 268.

¹⁴ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (Great Britain, Oxford: 1960), 417-418.

¹⁵ Antonio Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain* (New York: Avon Books, 1994).

las personas primero reaccionan emocionalmente a la situación presentada y luego buscan justificarse. En muchos casos, a pesar de ser incapaces de justificar racionalmente su posición moral, los sujetos la mantienen²⁰. Por lo anterior, Haidt sugiere que la mente se encuentra dividida en dos partes que colaboran naturalmente, como un elefante y su jinete. El elefante representa a las emociones (y también al razonamiento intuitivo) y el jinete a la razón. La función del jinete es servir al elefante e intentar guiarlo por una senda adecuada²¹.

Sin embargo, es difícil —mas no imposible— que el jinete cambie por completo el rumbo del elefante. Lo anterior será más fácil si otros elefantes (es decir, las emociones e intuiciones de otras personas) interfieren. Esta metáfora esconde una profunda reflexión sobre la naturaleza humana: somos seres intuitivos más que racionales y nuestros juicios morales se basan principalmente en nuestras emociones. Esta situación tiene un importante impacto en las normas sociales creadas por los humanos y en las ideas políticas sobre el bien y el mal de cada persona.

La tesis de Haidt se basa en gran medida en una idea de Edward O. Wilson: “los filósofos morales²² intuyen los cánones deontológicos al consultar a los centros emocionales de su propio sistema hipotálamo-límbico”²³. En la misma línea —y con argumentos empíricos difíciles de refutar— Joshua Greene propone que los juicios morales deontológicos se suelen basar en respuestas emocionales. Para él, de hecho, la filosofía deontológica no se trata de un razonamiento moral, sino de una racionalización moral realizada *post hoc*²⁴.

A pesar de que en la psicología moral no existe un claro consenso sobre la influencia de las emociones en los juicios morales de las personas, esta teoría será central para lo que resta del artículo. A continuación, discutiré cómo una emoción en particular —el miedo— puede influenciar tanto los juicios morales como la acción humana. En ese sentido, sostendré que el miedo puede servir como causa de ciertas normas sociales, en especial de las normas sociales excluyentes. Los argumentos racionales para defender dichas normas sociales son, por lo tanto, racionalizaciones posteriores de un juicio moral basado en el miedo.

20 Jonathan Haidt y Fredrik Björklund, “Social Intuitionists Answer Six Questions About Morality,” in *Moral Psychology*, vol. 2: *The Cognitive Science of Morality*, ed. W. Sinnott-Armstrong (Cambridge: MIT Press, 2008), 181-217.

21 Jonathan Haidt, *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion* (New York: Pantheon Books, 2012), 61.

22 En el original aparece como “ethical philosophers”.

23 Edward O. Wilson, *Sociobiology* (Cambridge: Harvard University Press, 1975), 287.

24 Joshua Greene, “The Secret Joke of Kant’s Soul,” in *Moral Psychology*, vol. 3: *The Neuroscience of Morality*, ed. W. Sinnott-Armstrong (Cambridge: MIT Press, 2008), 35-79.

2.1. EL MIEDO COMO FUENTE DE NUESTROS JUICIOS MORALES Y DE LAS NORMAS SOCIALES

El miedo es la emoción que se encuentra presente en el mayor número de especies en el reino animal. Tiene un valor fundamental en la supervivencia y se encuentra íntimamente ligada con la homeostasis²⁵. La reacción de una gacela ante la presencia de un león o la reacción de distintos mamíferos al ver una serpiente usualmente se consideran como reacciones ‘innatas’ (en algunos casos como reacciones innatas aprendidas²⁶) basadas en el miedo²⁷. A nivel biológico, se cree que el miedo es un producto del sistema límbico²⁸, en específico de la amígdala²⁹. De hecho, los pacientes que presentan daños en la amígdala suelen no tener reacción alguna a los peligros³⁰. A pesar del rol preponderante que tiene la amígdala en la explicación biológica del miedo, recientemente se han relacionado otras partes del cerebro con el miedo y la ansiedad³¹.

Ofrecer una unívoca y comprensiva definición del miedo excede el objeto de este artículo, por lo que me limitaré a exponer una de sus definiciones clásicas. Para Aristóteles, el miedo (φόβος) es un tipo de dolor o agitación derivado de imaginar un futuro desastroso o un evento doloroso³². En términos no biológicos, se caracteriza por el pensamiento de que algo malo se avecina y la sensación

25 Uso el término en su sentido similar a ‘mantenerse vivo’. Siguiendo este sentido, Damasio ofrece una buena definición de ‘homeostasis’: “Homeostasis is the powerful, unthought, unspoken imperative, whose discharge implies, for every living organism, small or large, nothing less than enduring and prevailing.” Antonio Damasio, *The Strange Order of Things: Life, Feelings and the Making of Cultures* (New York: Pantheon Books, 2018).

26 Según Mineka y Cook, los simios no cuentan con un temor innato a las serpientes, aunque después de una mala experiencia con ellas —ya sea propia o ajena— aprenden a reaccionar rápidamente y temerles. Estos autores defienden que dicha especie tiene la capacidad innata de aprender a temerle a las serpientes, mas no un temor innato a las mismas como sucede en otros mamíferos. Véase: Susan Mineka y Michael Cook, “Social Learning and the Acquisition of Snake Fear in Monkeys,” in *Social Learning: Psychological and Biological Perspectives*, ed. T. R. Zentall and J. B. G. Galef (New Jersey: Lawrence Erlbaum, 1988).

27 Jaan Pankseep, Thomas Fuchs and Paolo Iacobucci, “The basic neuroscience of emotional experiences in mammals: The case of subcortical FEAR circuitry and implications for clinical anxiety,” *Applied Animal Behaviour Science* 129, no. 1 (2011).

28 Cornelli Gross and Newton Sabino Canteras, “The many paths to fear,” *Nature Reviews Neuroscience* 13, (2012).

29 Michael Davis, “The Role of the Amygdala in Fear and Anxiety,” *Annual Review of Neuroscience* 15, (March 1992); Joseph LeDoux, *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life* (New York: Simon & Schuster, 1996).

30 Elizabeth Phelps, “Emotion and Cognition: Insights from Studies of the Human Amygdala,” *Annual Review of Psychology* 57, no. 1 (February 2006).

31 Joseph LeDoux and Daniel Pine, “Using Neuroscience to Help Understand Fear and Anxiety: A Two-System Framework,” *The American Journal of Psychiatry* 173, no. 11 (November 2016).

32 Aristóteles, *Retórica*, II. 5. 1382a.

de impotencia ante dicho mal³³.

En una dimensión, el miedo es un sentimiento que subyace a la evolución y a la supervivencia de las especies. Cada una aprende a temerle a ciertos comportamientos, depredadores o peligros. A cambio, cada organismo consigue vivir por más tiempo (siguiendo la homeostasis). Desde este punto de vista, algunas de las fobias que conocemos hoy en día se han intentado explicar a través de análisis evolutivos³⁴. Tal vez uno de los casos más citados se trata de la explicación del miedo a las serpientes como un mecanismo de supervivencia a lo largo de la evolución humana³⁵.

Una de las razones más sólidas para explicar por qué el *homo sapiens* —a pesar de su notable inferioridad física frente a otros depredadores— logró imponerse está en la capacidad de cooperar que tenemos los humanos. Esta cooperación, siguiendo la famosa teoría de Harari, es posible gracias al desarrollo de un lenguaje compartido y a la creación de ficciones más trascendentales que los intereses de cada individuo³⁶. Sin embargo, muy posiblemente la cooperación y el crecimiento de los asentamientos humanos implicaron el nacimiento de la desconfianza y el miedo a lo desconocido. En este caso, lo extraño, desconocido y peligroso no se encontraba en la naturaleza misma, sino en otro ser humano con ficciones, normas sociales o prácticas culturales distintas. Teniendo en cuenta el deseo natural por sobrevivir de todo organismo (homeostasis), es apenas entendible que sintamos miedo cuando algo (incluso una persona) totalmente distinto pretende hacer parte de nuestra sociedad. “El miedo es, de hecho, intensamente narcisista. Expulsa toda consideración por los demás”³⁷.

Nuestros antepasados fundamentaron gran parte de sus creencias en el miedo a lo desconocido. Este miedo incluye también el temor a los seres humanos que fueran ajenos a sus códigos o a lo que se considerase común. El miedo a lo desconocido ayuda a que las sociedades determinen ciertos juicios morales y establezcan normas sociales al respecto. Según Nussbaum, el miedo “hace que la gente busque cobijo despavorida y trate de encontrar consuelo en el abrazo proporcionado por un líder o un

33 Martha C. Nussbaum, *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual* (Colombia: Paidós, 2019), 47.

34 Uno de entre muchos ejemplos puede encontrarse en: Stefan Hofmann, David Moscovitch and Nina Heinrichs, “Evolutionary Mechanisms of Fear and Anxiety,” *Journal of Cognitive Psychotherapy* 16, no. 3 (2002).

35 Véase, por ejemplo: Arne Öhman, “Of snakes and fears: An evolutionary perspective on the psychology of fear,” *Scandinavian Journal of Psychology* 50, no. 6 (2009).

36 Yuval Noah Harari, *De animales a dioses: Breve historia de la humanidad* (Barcelona: Penguin Random House, 2014), 41.

37 Martha C. Nussbaum, *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual* (Colombia: Paidós, 2019), 52.

grupo homogéneo”³⁸. Así las cosas, es posible que ciertas normas sociales tendientes a homogeneizar a las personas tengan una explicación emocional más que una explicación racional. Es más, muy probablemente dichas normas sean consecuencia de un miedo (materializado en un prejuicio) a lo diferente. Tomando como punto de partida las emociones humanas (y en especial el miedo), otros autores han estudiado los sesgos implícitos en la conducta de las personas, que muchas veces se materializan en prejuicios hacia lo que consideramos extraño. Esta literatura se refiere específicamente a los procesos mentales inconscientes que afectan nuestros juicios sociales³⁹. Según Kang y Lane, los sesgos implícitos representan estereotipos inconscientes que todos los humanos comparten, aunque los estereotipos cambien de cultura a cultura⁴⁰. De hecho, hay quienes afirman que existe un sesgo implícito racial en casi todas las sociedades⁴¹. Los sesgos implícitos pueden generar actitudes implícitas hacia grupos de personas o cosas sobre las que no se tiene plena consciencia⁴². Esto quiere decir que es posible que nuestras actitudes estén fuertemente influenciadas por reacciones innatas, emocionales o inconscientes derivadas de sesgos o preferencias adoptadas acríticamente.

Las preferencias sociales (o los sesgos hacia el propio grupo) han sido estudiadas ampliamente⁴³. Hay evidencia que sugiere que los mecanismos ‘grupistas’ de los humanos —es decir, aquellos sesgos implícitos que nos hacen preferir lo que nos es conocido— tienen un carácter evolutivo en tanto se encuentran presentes en otras especies⁴⁴. De ser así, el miedo produciría sesgos implícitos que nos harían preferir lo conocido, creando de alguna forma lo que hoy conocemos como prejuicios.

En palabras de Fiske, “la lealtad al mantenimiento del grupo sería una predisposición biológica, mientras que la desconfianza por lo ajeno al grupo puede resultar por defecto o por el miedo a la derrota”⁴⁵.

38 Martha C. Nussbaum, *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual* (Colombia: Paidós, 2019), 74.

39 Jerry Kang & Mahzarin R. Banaji, “Fair Measures: A Behavioral Realist Revision of ‘Affirmative Action,’” *California Law Review* 94, no. 4 (July 2006): 1063-1118.

40 Jerry Kang & Kristin Lane, “Seeing Through Colorblindness: Implicit Bias and the Law,” *UCLA Law Review* 58, no. 2 (June 2010): 473.

41 Daniel Kelly and Erica Roeddert, “Racial Cognition and the Ethics of Implicit Bias,” *Philosophy Compass* 3, no. 3 (2008): 522-540.

42 Anthony Greenwald and Mahzarin Banaji, “Implicit Social Cognition: Attitudes, Self-Esteem, and Stereotypes,” *Psychological Review* 102, no. 1 (1995): 7.

43 Una de las referencias más notables en este tema es la siguiente: Susan Fiske, “Stereotyping, prejudice, and discrimination,” in *The Handbook of Social Psychology*, ed. Daniel Gilbert, Susan Fiske and Gardner Lindzey, 357-411 (New York: McGraw-Hill, 1998),

44 Neha Mahajan et al., “The Evolution of Intergroup Bias: Perceptions and Attitudes in Rhesus Macaques,” *Journal of Personality and Social Psychology* 100, no. 3 (2011): 401.

45 Susan Fiske, “Stereotyping, prejudice, and discrimination at the seam between the centuries: evolution, culture, mind, and brain,” *European Journal of Social Psychology* 30, no. 3 (2000): 305.

Así las cosas, el verdadero motor de los sesgos implícitos y de los prejuicios es un sentido de pertenencia que, por miedo (ya sea a la derrota o a no pertenecer), excluye lo que esté por fuera del grupo. Esta posible causalidad no implica, ni debe implicar, que no seamos responsables de nuestros actos discriminatorios⁴⁶; en ese sentido, podemos contribuir a discontinuar los prejuicios o estereotipos dañinos y no estamos determinados a continuarlos⁴⁷.

En las siguientes dos secciones mostraré algunas normas sobre presentación personal en los colegios colombianos. Posteriormente —y usando como marco de referencia lo expuesto sobre la naturaleza humana y sobre el miedo como una emoción capaz de motivar nuestros juicios morales, sesgos implícitos y prejuicios— sostendré que una posible explicación a las normas que imponen patrones estéticos excluyentes se encuentra en el miedo y no necesariamente en la razón en su forma ‘pura’, heredada de la filosofía griega e ilustrada.

2. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

Durante más de 25 años la Corte Constitucional Colombiana ha considerado, con algunos matices, que la presentación personal de los estudiantes no puede ser un obstáculo para acceder a la educación. Asimismo, ha sostenido que los manuales de convivencia no pueden imponer patrones estéticos excluyentes. Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, la jurisprudencia constitucional no se materializa en muchos colegios del país. A continuación, el lector encontrará la sistematización de la jurisprudencia constitucional en esta materia desde 1993 hasta 2020⁴⁸. Es importante resaltar que esta sistematización busca principalmente darle voz a los hechos de cada caso y a las divisiones internas en la Corte Constitucional en tanto dan cuenta de una tensión entre formas distintas de ver el mundo mediada por las emociones.

46 Joshua Glasgow, “Alienation and Responsibility,” in *Implicit Bias and Philosophy. Volume 2: Moral Responsibility, Structural Injustice, and Ethics*, ed. Michael Brownstein and Jennifer Saul (Oxford: Oxford University Press, 2016).

47 Maureen Sie and Nicole van Voorst Vader-Bours, “Stereotypes and Prejudices: Whose Responsibility? Indirect Personal Responsibility for Implicit Biases,” in *Implicit Bias and Philosophy. Volume 2: Moral Responsibility, Structural Injustice, and Ethics*, ed. Michael Brownstein and Jennifer Saul (Oxford: Oxford University Press, 2016), 105.

48 El año de corte del análisis es 2020. Sin embargo, en 2016 se expidió la última sentencia relacionada directamente con la imposición de patrones estéticos excluyentes. En 2020, en cambio, la sentencia T-085/20 analizó si la prohibición de sostener noviazgos o relaciones amorosas desconocía los preceptos constitucionales del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

2.1. LA DIVISIÓN IDEOLÓGICA

El primer caso que resolvería la Corte Constitucional sobre este tema nace de la acción de tutela que instauraron dos estudiantes contra las directivas del Colegio Salesiano de la ciudad de Neiva porque habían sido amenazados con ser suspendidos y perder el cupo en el colegio si no ajustaban su corte de pelo al establecido por el reglamento y las directivas. En esta sentencia la Corte advirtió que “la presentación personal no puede convertirse en un fin per se que haya de perseguirse con todos los instrumentos del autoritarismo”⁴⁹, lo cual no autoriza a los colegios a marginar a aquellos estudiantes renuentes a aceptar la establecida presentación personal de los beneficios de la educación. Se consagró que los reglamentos estudiantiles deben estar acordes con los derechos contenidos en la Constitución Política. En esta ocasión, el magistrado José Gregorio Hernández salvó el voto y advirtió que la libertad que tienen los padres de familia para escoger el colegio ata a los estudiantes al reglamento del mismo pues, según él, “pensar lo contrario significa entronizar el caos”⁵⁰.

En 1995, la Corte habría de resolver un caso similar al anterior: el Colegio Nacional Simón Bolívar de Arauca no permitió la entrada a clase de cuatro estudiantes por tener el pelo largo y ellos instauraron una acción de tutela contra la institución. Siguiendo los pasos de la T-065/93, los magistrados observaron que restringir el acceso a clases “por negarse a llevar el cabello ‘arreglado y peluqueado normalmente sin ningún tipo de moda’ (...) es una sanción que no guarda la debida proporcionalidad frente a las metas primordiales inspiradoras del proceso educativo”⁵¹.

Posteriormente, en la sentencia T-246/96 la Corte revisaría un caso en el que el rector del Liceo San Pablo le había impedido a los estudiantes asistir a clase con el pelo largo y les había hecho comentarios públicos sobre la necesidad de “llevar un corte de cabello más normal”. La violación se da, dice la Corte, cuando el reglamento o las directivas de la institución hacen del incumplimiento de la presentación personal un motivo para recibir una sanción⁵².

En 1997, la Corte Constitucional se enfrentaría tres veces al problema en cuestión. La sentencia T-366/97⁵³ surge de que el manual de convivencia del Colegio Champagnat indica que los hombres deben llevar un “corte de cabello normal”, lo que a juicio de la institución quiere decir corto. Por otro

49 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-065 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

50 Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández, Sentencia T-065 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

51 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-476 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.

52 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-248 de 1996, M. P. Jaime Arango Mejía.

53 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-366 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández.

lado, en las sentencias T-633/97⁵⁴ y T-636/97⁵⁵ los estudiantes son expulsados de clase y amenazados con ser expulsados de la institución por llevar el pelo largo. En los tres casos, la regla aplicada por la Corte es la misma: las sanciones razonables no constituyen violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad aun cuando se deje al estudiante sin la posibilidad de atender a clase un día y, mucho menos, cuando el estudiante firmó voluntariamente el manual de convivencia y se comprometió a adecuar su comportamiento y presentación personal a lo exigido por la institución. En estas decisiones participaron mayoritariamente los magistrados José Gregorio Hernández —quien ya había dejado clara su posición en el salvamento de voto de la T-065/93— y Hernando Herrera Vergara.

Aunque podría parecer que las tres sentencias de 1997 estabilizarían la línea jurisprudencial y decantarían la postura de la Corte Constitucional en defensa de la autonomía de las instituciones educativas para sancionar conforme a su reglamento interno, la sentencia T-207/98⁵⁶ y la sentencia T-259/98⁵⁷ retomarán lo establecido en las sentencias anteriores a 1997. En esta última, la tarea que debía resolver la sala de revisión compuesta por José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz era la siguiente. El coordinador de disciplina del Colegio Madre Teresa Titos Garzón trató de manera irrespetuosa (haciendo comentarios sobre su orientación sexual) a un estudiante que portaba un arete en la oreja. Para Gaviria, la violación a la Constitución no radicaba únicamente en el maltrato del alumno, sino también en la posibilidad que tenía la institución educativa de restringirle al estudiante arbitraria e injustificadamente su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, Hernando Herrera Vergara salvó parcialmente el voto y José Gregorio Hernández hizo una aclaración de su voto positivo. En estos textos, ambos magistrados coinciden en que el verdadero hecho que motiva la protección constitucional es el trato degradante que recibe el estudiante por portar un arete y no la recriminación por su uso pues consideran que los reglamentos estudiantiles pueden limitar algunas expresiones de la personalidad en aras de la adecuada formación. Es de anotar, entonces, la división ideológica que existía al interior de la misma Corte Constitucional: unos magistrados consideraban que era legítimo imponer patrones estéticos y otros no.

2.2. LA UNIFICACIÓN DEL PRECEDENTE

Como existían dos soluciones legítimas para el mismo problema jurídico los jueces de instancia podían acoger cualquier postura. Por eso en el siguiente caso que llegó a la Corte el juzgado de pri-

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-633 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

55 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-636 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-207 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

57 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-259 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

mera instancia otorgó la protección constitucional amparándose en la sentencia T-065/93 y en las sentencias que le siguen, mientras que el tribunal que conoció del caso en segunda instancia revocó dicha protección en virtud de las sentencias expedidas en 1997. Así las cosas, la incompatibilidad de la jurisprudencia hacía necesario que se expidiera la Sentencia SU-641/98. En esta, la Sala Plena de la Corte Constitucional reconocería que “en un país donde el acceso a la educación sigue siendo un privilegio, restringirla aún más por prejuicios estéticos o por consideraciones de mero gusto, resulta atentatorio de la Carta”⁵⁸. Esto supone que el largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y los adornos corporales hacen parte del derecho a la propia imagen “en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse”⁵⁹. Así, esta sentencia establecería que los colegios no pueden adoptar patrones estéticos excluyentes en sus reglamentos cuya no observancia sea una falta disciplinaria.

El mismo día en el que se expediría la SU-641/98, la Sala Plena de la Corte Constitucional habría de considerar un segundo caso relacionado con el libre desarrollo de la personalidad de menores de edad en instituciones educativas. Una vez la SU-641/98 había definido que la postura dominante en la Corte Constitucional era aquella que protegía los derechos de los menores, la labor que se propuso la sentencia SU-642/98 era establecer si aquella garantía podía no ser absoluta⁶⁰.

En este caso, una niña de cuatro años de edad asistía al jardín infantil El Portal localizado en la Penitenciaría La Picota dado que su padre se encontraba privado de la libertad en aquel lugar. Las políticas del jardín infantil establecían que para poder recibir a la estudiante era necesario que esta tuviera el cabello corto. Esta exigencia, alegaban las directivas, pretendía evitar el contagio de piojos y liendres en el plantel. Aun así, la niña se negaba a portar el cabello corto y, cuando su padre u otras personas intentaban cortárselo, lloraba. Del concepto médico rendido ante la autoridad, la Corte pudo concluir que “el corte de cabello es ineficiente para prevenir la pediculosis capilar” y, además, que “los piojos y las liendres pueden ser combatidos en forma altamente efectiva por medio de la aplicación de pediculicidas en loción o champú”, lo cual implicaría que el corte no resulta necesario. Por eso, la Corte Constitucional establecería que “las medidas que imponen restricciones a la apariencia personal de los educandos son inconstitucionales salvo que se demuestre su razonabilidad al pretender proteger un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso”⁶¹. Por segunda vez en el día, los magistrados José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara salvarían el voto copiando extractos de lo ya dicho en su salvamento de la SU-641/98. Veamos: “en la medida en que se exageren los

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-641 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

59 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-641 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

60 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-642 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-642 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad, vamos a terminar socavando por completo, de manera incomprensible, la autoridad de los educadores”⁶².

2.3. LA REAFIRMACIÓN DEL PRECEDENTE

A partir del cinco de noviembre de 1998, con la expedición de las dos sentencias de unificación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se limitaría reiterar las subreglas jurisprudenciales establecidas. Así, las sentencias T-793/98⁶³, T-021/99⁶⁴, T-656/99⁶⁵, T-658/99⁶⁶ y T-695/99⁶⁷ compararían los hechos del caso con la jurisprudencia establecida y otorgarían la protección constitucional solicitada. Las salas de revisión, entonces, lo único que harían sería reafirmar lo dicho en el pasado para consolidar una línea jurisprudencial fuerte, capaz de ser acogida por los jueces, autoridades administrativas y particulares, con el fin de evitar la violación sistemática del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, las violaciones en este aspecto continuaron y la Corte, a través de sus salas de revisión, tendría que seguir pronunciándose frente al tema. Los pronunciamientos se volverían más claros con el fin de facilitar la aplicación del precedente a casos en los que se configure una violación similar. Es, paradójicamente, José Gregorio Hernández quien habría de simplificar la labor interpretativa de los operadores jurídicos y crear reglas jurisprudenciales más simples. En la sentencia T-239/00 la Corte establece que los “manuales [de convivencia] deben reflejar los preceptos constitucionales que consagran, entre otros, derechos como el libre desarrollo de la personalidad”⁶⁸. Para facilitar la labor interpretativa, esta sentencia extrae tres consecuencias de la lectura armónica de las sentencias SU-641/98 y SU-642/98, las cuales serán recogidas en posteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional: (i) el derecho al libre desarrollo de la personalidad supone el respeto por la identidad cultural; (ii) los manuales de convivencia no pueden desconocer este principio constitucional; y (iii) la educación es un derecho que va más allá de aspectos superficiales.

Estas tres reglas jurisprudenciales habrían de ser reiteradas por la Corporación en tres sentencias

62 Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto de los magistrados Hernando Herrera Vergara y José Gregorio Hernández, Sentencia SU-642 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

63 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-793 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

64 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-021 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

65 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-656 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-658 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

67 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-695 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

68 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-239 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

posteriores. Lo haría, en primer lugar, en la sentencia T-889/00⁶⁹ en la que la Corte instará al colegio INEM José Félix de Restrepo de Medellín a ajustar sus cláusulas reglamentarias relacionadas con el corte de pelo a la Constitución. El mismo año, en la sentencia T-1591/00⁷⁰ se otorgaría el amparo constitucional a un menor que decidió dejarse crecer el pelo y fue suspendido por la institución educativa. Por último, en la sentencia T-1086/01⁷¹ la Corte analizó un caso en el que el coordinador de disciplina del Liceo Antonio Nariño le indicó al estudiante que debía dejar de utilizar un arete para asistir a clases. Estas sentencias instan a las directivas de la institución a que modifiquen su manual de convivencia pues la cláusula en la que se contemplan sanciones para el alumno que no siga la presentación personal establecida es inconstitucional.

En 2002 y 2007 la Corte habría de enfrentarse a nuevas justificaciones y estudiar su validez. El conflicto entre un estudiante de décimo grado y el Instituto Técnico Industrial Jorge Eliecer Gaitán Ayala por la negativa de la institución a permitirle la entrada a la clase de química motivaría la sentencia T-037/02⁷². La institución, en su escrito de contestación, alegaría que tener el cabello largo supondría un grave peligro para el estudiante pues podría tener un accidente con los materiales propios de la asignatura. Sin embargo, la Corte indicaría que i) se trataba de una clase y no una práctica de laboratorio de química, lo cual supone que el peligro no existía y ii) en caso de que se tratara de una práctica de laboratorio, si las estudiantes deben recogerse el pelo para acceder a la misma y evitar los riesgos, el peticionario también lo podría haber hecho.

Cinco años después, la Corte analizaría la validez de otra justificación dada para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta vez, los magistrados se enfrentarían a la justificación que daba el Colegio Externado Nacional Camilo Torres para no permitir que sus alumnos llevaran *piercing*: evitar conflictos entre los estudiantes causados por la pérdida de estos. La sentencia T-839/07 advertiría que “evitar conflictos entre los alumnos por la pérdida de estos, no constituye una limitante razonable, teniendo en cuenta que no envuelve un precepto constitucional imperioso e inaplazable”⁷³, primando el libre desarrollo de la personalidad.

2.4. LA NECESIDAD DE SEGUIR REITERANDO

Luego de una primera fase de reiteración y consolidación del precedente, que va desde las sentencias

69 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-889 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

70 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1591 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

71 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1086 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-037 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

73 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-839 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

de 1998 (SU-641/98 y SU-642/98) hasta el 2007, la Corte en 2008 seguiría revisando casos del mismo tema. Ni los operadores jurídicos ni los particulares han adoptado la jurisprudencia constitucional, lo cual ha obligado a que la Corte continúe profiriendo, entre 2008 y 2020, sentencias de un tema que se resolvió, en mayor medida, en 1998.

En la sentencia T-345/08, como consecuencia de las restricciones para asistir a clase impuesta a un estudiante que tenía el cabello largo, la Corte establecería la doctrina constitucional prevalente a la hora de analizar los manuales de convivencia de los colegios. Según esta corporación, “la norma prevista en los manuales de convivencia de los centros educativos según la cual los estudiantes deben seguir un patrón estético único o excluyente (...) vulnera su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad”⁷⁴.

De manera similar, la sentencia T-578/08⁷⁵ revisaría un fallo de tutela del Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Medellín en el cual el fallador denegaría el amparo constitucional al considerar que “imponer disciplina (...) no constituye violación a los derechos fundamentales invocados, pues lo que se pretende con el respeto de estos reglamentos (...) es que las personas en su etapa adulta respeten las buenas costumbres y el orden público”. Esta posición no concuerda con la jurisprudencia constitucional y obligaría a revocar el fallo proferido.

En 2010, la Corte se enfrentaría a un nuevo reto: el análisis de constitucionalidad en un colegio privado de orientación católica. Para definir la posibilidad de limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tenían las entidades educativas con orientación religiosa, la sentencia T-1023/10 analizaría si el medio utilizado por el colegio en cuestión para difundir su concepción católica del mundo —en este caso, la proscripción del pelo largo para los varones— era proporcional para lograr dicho fin. En este sentido, consideraría la Sala que “no existe una relación clara y directa entre esta restricción, por un lado, y la difusión o enseñanza de las nociones ideológicas de la religión católica o cristiana, por el otro”⁷⁶. Este caso es especialmente dicente porque implicaba analizar una visión del mundo, íntimamente relacionada con las emociones y con la moral, según la cual *está mal* que los hombres tengan el pelo largo.

En adición, la sentencia T-098/11⁷⁷ revocaría un fallo de segunda instancia que estableció que exigir un corte de cabello determinado en un colegio era legítimo en tanto un mínimo de orden era requerido en toda sociedad. Para la Corte, este tipo de decisiones judiciales va en contravía de la “pacífica línea

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-345 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

76 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1023 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

77 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

jurisprudencial” creada por ella misma.

Posteriormente, la sentencia T-356/13 revisaría un caso en el que el colegio había amenazado con cortar el cabello al estudiante sin su consentimiento e impedido que acudiera a clases. Sin embargo, para el fallador de instancia no se configuraba una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad toda vez que el estudiante seguía matriculado en la institución. La Corte habría de revocar el fallo de tutela y conceder el amparo constitucional luego de establecer que el manual de convivencia “se ampara en la tradición de que los hombres mantengan el cabello corto”⁷⁸. Es de anotar que el incumplimiento de la norma constitucional establecida por la Corte no se da únicamente a nivel educativo, sino que los mismos jueces de instancia se oponen a seguir un precedente pacífico desde años atrás.

Precisamente, en la sentencia T-565/13⁷⁹ la Corte se enfrentaría no sólo a un caso límite que pondría en tensión los valores de una sociedad católica, sino también a una determinada actitud de los jueces frente a su jurisprudencia. En este caso, un joven estudiante de quince años se reconoce con una identidad sexual diversa y, por eso, decide portar el cabello largo y usar maquillaje. El colegio y el juez de instancia no consideran que su actitud se ajuste al manual de convivencia. De hecho, el juez afirma que “si el menor (...) *se considera gay, esa condición* no le da derecho a presentarse en el colegio, de la forma como lo hace, pasando por encima del manual de convivencia *y lo que es peor*, apoyado por su acudiente” (resaltado fuera del texto). No resulta sorprendente que la Corte Constitucional amparase el derecho del menor, no sólo a su libre desarrollo de la personalidad, sino también a la igualdad e identidad de género.

A pesar del importante precedente que sentaría la sentencia T-565/13, ese mismo año la Corte debería revisar, una vez más, la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La sentencia T-789/13 revocaría un fallo de segunda instancia que permitía imponer sanciones por portar el pelo largo al considerar que “los manuales de convivencia deben ser respetuosos en su contenido con el derecho que tiene cada estudiante de autodeterminarse”⁸⁰. Cuatro de los cinco jueces que conocieron los casos revisados en 2013 desconocieron una línea jurisprudencial pacífica que constituye precedente obligatorio en casos similares. Esta ‘rebeldía’ de jueces y particulares para acatar el precedente puede tener mucho que ver con aquellas ideas basadas principalmente en la emoción.

78 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-356 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

79 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-565 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

80 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-789 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Más recientemente, la sentencia T-349/16⁸¹ resolvería el siguiente problema jurídico: ¿vulnera un colegio el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de una estudiante por no permitirle llevar un corte y color de pelo particular? La problemática es la misma a la que se enfrentó Ciro Angarita Barón en la sentencia T-065/93, la misma a la que se ha enfrentado la Corte Constitucional durante más de veinte años. Luego de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional al respecto, la Corte afirmarí una vez más que la presentación personal no puede ser un motivo para sancionar al estudiantado y que los manuales de convivencia que impongan patrones estéticos excluyentes no son admisibles en un Estado Social de Derecho.

En el siguiente apartado, el lector encontrará un análisis de los manuales de convivencia o reglamentos de los mejores 21 colegios de Colombia a la luz de la jurisprudencia constitucional. En específico, dicho análisis se centra en identificar si estos documentos imponen sanciones a los estudiantes que no sigan un patrón estético determinado. La determinación de estos colegios como “los mejores” se basó en su puntaje en las pruebas Saber 11 realizadas por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES en el año 2016.

3. MANUALES DE CONVIVENCIA DE LOS MEJORES 21⁸² COLEGIOS DE COLOMBIA

Como quedó claro en el acápite anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática desde 1998 al afirmar que sancionar a un estudiante por llevar un estilo determinado (pelo largo, uñas pintadas, *piercings*, etc.) atenta contra su libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, la Corte ha ordenado a los colegios modificar su reglamento cuando este contemple sanciones o faltas para esta conducta. De los 21 manuales de convivencia analizados, 17 contemplan sanciones para los estudiantes que se presenten con un estilo estético distinto al ‘tradicional’⁸³. Sin embargo, lo importante no es solo conocer que la mayoría de los colegios analizados contrarían la jurisprudencia constitucional, sino ver el lenguaje utilizado para imponer patrones estéticos excluyentes.

En primer lugar, el manual de convivencia del Colegio Bilingüe Buckingham establece que no está

81 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

82 El estudio se realizó inicialmente sobre los manuales de convivencia de los mejores 25 colegios de Colombia; sin embargo, de cuatro entidades educativas no fue posible obtener dicho documento y se negaron a participar en el estudio. Estos fueron: Colegio los Nogales, Colegio Nuevo Cambridge, Colegio Campoalegre y Colegio Nuevo Colombo Americano.

83 Es importante tener en cuenta que la mayoría de los colegios analizados son de élite, por lo que sus normas pueden estar orientadas al mantenimiento de ciertas conductas asociadas a una clase social en la que ‘las personas de bien’ se visten y se ven de cierta forma. Para un análisis detallado sobre la desigualdad en la educación, véase: Mauricio García Villegas et al., *Separados y desiguales: Educación y clases sociales en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2013).

permitido “el uso de *piercing*, aretes, tatuajes, cortes de cabello, modas y/o accesorios que no correspondan al ambiente educativo ni a lo establecido en la filosofía institucional”. Se debe “mantener el pelo corto, sin tinturas, ni mechones diferentes al color natural (...) presentarse sin maquillaje y sin las uñas pintadas de esmaltes de colores de moda fuertes exagerados”⁸⁴. De manera similar, el reglamento del Colegio Diana Oese contempla que son faltas leves para las mujeres “[v]enir maquilladas o maquillarse en el Colegio, maquillarse las uñas con colores fuertes” y para los hombres llevar “cortes de cabello con figuras, con cabello largo, aretes en las orejas”⁸⁵.

Por su parte, el Colegio Santa Francisca Romana indica que al cuerpo “no debemos agredirlo con *piercings* y tatuajes”, que llevar “las uñas pintadas de colores no apropiados” configura una falta leve y que “[e]l pelo sólo podrá usarse con colores naturales, cortes y peinados acordes con el uso del uniforme”⁸⁶. Asimismo, El Camino Academy establece que no están permitidos “[l]os estilos o colores estrambóticos [de cabello]” ni “los *piercings* en lugares visibles del cuerpo”⁸⁷. De manera paradójica, el colegio Montessori British School impone como deber de los estudiantes “ser tolerante en la diversidad” y simultáneamente “tener un corte [de cabello] que permita ver las orejas, es decir, corte clásico” y usar únicamente “esmalte transparente o de estilo francés sin decoraciones”. Establece también que “*piercings*, expansiones, tatuajes y maquillaje no son permitidos dentro de la Institución”⁸⁸.

En adición, el Colegio San Mateo Apóstol establece como deber de los estudiantes “venir afeitados al Colegio y llevar siempre el pelo corto”, así como no “usar maquillaje ni esmalte de color en las uñas” so pena de no poder asistir a clases. Además, tipifica como faltas “[u]sar el cabello tinturado” y el uso “de *piercing*, aretes (en los hombres) y tatuajes en su cuerpo”⁸⁹. Igualmente, el Liceo Campo David establece como faltas presentarse “con *piercing*, tatuajes, expansiones, etc.” y usar “esmaltes de colores llamativos”⁹⁰. Por su parte, el Gimnasio Campestre San Rafael indica que para los varones “el corte de cabello es corto y clásico, sin crestas, patillas, etc.”, que no se puede llevar *piercings* ni tatuajes y que no se pueden pintar las uñas “de colores diferentes al rosado pálido o transparente”⁹¹.

84 Colegio Bilingüe Buckingham. *Manual Escolar de Convivencia*. Capítulo V, Deberes de la presentación personal.

85 Colegio Bilingüe Diana Oese. *Manual de Convivencia*. Artículo 16, literales e y f.

86 Colegio Santa Francisca Romana. *Manual de Convivencia*. Artículos 31, 63, 68 y 105.

87 El Camino Academy. *ECA Manual de Convivencia*. Capítulo E, numeral 4, literales f e i.

88 Montessori British School. *Manual de Convivencia 2018-2019*. Artículo 36, numerales 37, 38 y 39.

89 Colegio San Mateo Apóstol. *Manual de Convivencia*. Artículos 2, 6 y 7.

90 Liceo Campo David. *Manual de Convivencia*. Artículos 28 y 30.

91 Gimnasio Campestre San Rafael. *Manual de Convivencia*. Capítulo 2, numeral 2.3.

En contraste con los colegios anteriores, el Gimnasio de los Cerros no tiene en su reglamento ninguna disposición que contraríe la jurisprudencia constitucional en tanto las normas relativas a la presentación personal se refieren únicamente al uniforme⁹². De la misma manera, el Colegio La Quinta del Puente no incluye en su manual de convivencia ninguna disposición sobre el cabello, las uñas o los *piercings*⁹³. En la misma línea, el manual de convivencia del Gimnasio La Montaña establece lo siguiente: “[e]l colegio no tiene uniforme con los propósitos de evitar la masificación y fomentar la autonomía. Sin embargo, se reserva el derecho a prohibir indumentarias que lleven implícitas ideologías”⁹⁴.

Este tipo de aproximaciones a la presentación personal no es compartida por el Colegio Philadelphia Internacional, el cual establece como faltas “tener tatuajes, *piercings*, usar maquillaje, llevar las uñas largas y pintadas” y llevar “cortes de cabello extravagantes”⁹⁵. Igualmente, el Gimnasio Vermont prescribe como falta “usar tatuajes visibles o *piercing* dentro de la Institución” dado que estos pueden “deteriorar la imagen institucional que ha significado tiempo, entrega y compromiso”⁹⁶. El Colegio San Tarsicio impone como deber de los estudiantes presentarse con el cabello “sin tinturas y peinado adecuado, sin llamar la atención” y no “portar joyas ni pendientes que denigren de su persona como estudiante (*piercing*, aretes, pulseras, cadenas, gargantillas, otros)”⁹⁷. Del mismo modo, el Colegio La Colina prohíbe el uso de “*piercings*, tatuajes, tinturas para el pelo, pintura oscura para las uñas y maquillaje de algún tipo”⁹⁸.

El Colegio San Jorge de Inglaterra establece que “no se permiten peinados extravagantes ni uso de barba”, pero sí admite el uso del cabello largo en los hombres. Ahora bien, el uso de “aretes para los jóvenes está prohibido (...) y las niñas no deben usar esmalte de uñas de color ni maquillaje”⁹⁹. El Gimnasio Los Portales impone que sólo se pueden “pintar las uñas de color transparente sin decoraciones, o francés con base transparente” y que “el uso del maquillaje no está permitido”¹⁰⁰. De igual forma, el Colegio Bolívar indica que “[n]o se permitirá el uso de *piercings*” y que los tintes para el pelo de colores no naturales están prohibidos¹⁰¹.

92 Gimnasio de los Cerros. *Manual de Convivencia Gimnasio de los Cerros*. Artículo 8, numerales 1 y 9.

93 Colegio La Quinta Del Puente. *Proyecto Educativo Institucional*.

94 Gimnasio La Montaña. *Manual de Convivencia*. Artículo 8.6.

95 Colegio Philadelphia Internacional. *Manual de Convivencia*. Artículo 48, numerales 36 y 37.

96 Gimnasio Vermont. *Manual de Convivencia*. Capítulo I, artículo 21.

97 Colegio San Tarsicio. *Proyecto Educativo Institucional*. Artículo 3.2.5, numerales 14 y 15.

98 Colegio La Colina. *Manual de Convivencia*. Deberes de los alumnos, p. 7.

99 Colegio San Jorge de Inglaterra. *Proyecto Educativo Institucional*. Artículo 4.5.5.

100 Gimnasio Los Portales. *Manual de Convivencia*. Capítulo XII.

101 Colegio Bolívar. *Manual de Convivencia: Derechos y Deberes de la Comunidad Bolívar*. Capítulo 3, numeral 2.

Manteniendo la dinámica de la mayoría de instituciones educativas estudiadas, el manual de convivencia del Colegio Nueva Inglaterra se establece que no “se admiten peinados extravagantes. No se permite el uso de aretes para los hombres, ni *piercing* para los niños o niñas” y que “las alumnas se presentarán sin ningún tipo de maquillaje”¹⁰². De igual forma, el Colegio Marymount establece que “las estudiantes deben presentarse sin maquillaje”¹⁰³. En contraste, el Colegio San Carlos no tiene mayores exigencias en cuanto a la presentación personal más allá del mantenimiento de la salubridad del plantel y la evitación de distracciones¹⁰⁴.

Al hacer un recuento de las faltas contenidas en los manuales de convivencia analizados es posible determinar que en general se sancionan las mismas conductas: llevar el pelo largo en los hombres, usar *piercings*, maquillarse, pintarse las uñas de colores fuertes. Todas estas restricciones se encuentran encaminadas a sancionar lo que se considere distinto y que pueda atentar contra ‘lo tradicional’ o ‘lo clásico’. Como expondré en la siguiente sección, estas restricciones muy posiblemente tienen su origen en el miedo y en una antigua preferencia por lo conocido —que sirvió alguna vez como una ventaja evolutiva—.

4. EL MIEDO COMO UNA POSIBLE CAUSA DE LOS PATRONES ESTÉTICOS EXCLUYENTES EN LOS COLEGIOS

Uno podría pensar que el largo del pelo, el color de las uñas, el tener tatuaje o el llevar un arete no modifica las capacidades intelectuales y/o académicas de los estudiantes. Un buen estudiante puede llevar el pelo largo, tener tatuajes y usar aretes, mientras que un mal estudiante puede acatar las normas sobre presentación ‘clásicas’. No hay evidencia científica que muestre una correlación significativa entre la presentación personal y las capacidades académicas de las personas. Siguiendo la teoría ética de Harris basada en la ciencia¹⁰⁵, lo moralmente adecuado sería permitir cualquier expresión corporal siempre que esta no afecte la educación. Entonces, ¿la decisión de no permitir ciertos patrones estéticos se basa en la ciencia o más bien en un juicio emocional sobre lo que está bien y mal?

Como expliqué en la primera sección, el miedo es capaz de motivar tanto nuestros juicios morales —lo que consideramos bien y mal— como nuestra conducta y/o nuestros sesgos hacia quienes se encuentran por fuera de un determinado grupo social. Las normas sobre presentación personal que dominan el ámbito escolar en Colombia no son ajenas a esta realidad. Los jueces de instancia y las instituciones

102 Colegio Nueva Inglaterra. *Manual de Convivencia*. Artículo 20.

103 Colegio Marymount. *Manual de Convivencia*. Artículo 9.I.I.5.

104 Colegio San Carlos. *La filosofía y el reglamento del Colegio San Carlos 2016-2017*.

105 Sam Harris, *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values* (New York: Free Press, 2010).

educativas de la jurisprudencia constitucional relatada, así como la mayoría de manuales de convivencia estudiados, coinciden en imponer patrones estéticos excluyentes al estudiantado. Esos patrones estéticos obedecen a motivaciones emocionales más que a justificaciones racionales. En esta sección discutiré dos elementos complementarios: i) que los argumentos utilizados para sustentar los patrones estéticos excluyentes son racionalizaciones de un juicio intuitivo o emocional; y ii) que esta reacción implícita puede ser motivada por el miedo.

4.1. LOS ARGUMENTOS DETRÁS DE LOS PATRONES ESTÉTICOS EXCLUYENTES

Una de las características de los juicios morales mediados por la emoción (así como de los sesgos implícitos cognitivos) es que usualmente no existen razones sólidas para defenderlos, en tanto los argumentos que los soportan son racionalizaciones de una impresión intuitiva/emocional. Por ejemplo, en la sentencia T-037/02 el colegio argumentó que el estudiante no podía tener el pelo largo pues corría un grave peligro en las prácticas de química. Sin embargo, la Corte Constitucional desechó este argumento al considerar que el mismo peligro lo corren las estudiantes que tienen el pelo largo y para la institución educativa esto no es problema.

Otro de los argumentos para imponer patrones estéticos excluyentes que parece desprenderse de los casos constitucionales reseñados (sentencias T-259/98 y T-565/13, entre otras), es que llevar el pelo largo y usar aretes es una conducta típica de los hombres homosexuales y por eso no debe permitirse. Sin embargo, ¿únicamente los hombres homosexuales siguen esta moda? Suponiendo que sea así (que no lo es), ¿qué impedimento razonable habría para que un hombre homosexual que tenga el pelo largo y use aretes asista a clase con sus compañeros? Es difícil encontrar razones para defender este punto más allá de referencias abstractas al orden, a la disciplina y a la uniformidad. En todo caso, se trata de racionalizaciones posteriores que pretenden defender una intuición y/o sesgo implícito anterior: el desprecio por quienes son distintos, en pro de la homogenización.

Según el Colegio Externado Nacional Camilo Torres (sentencia T-839/07) el motivo por el que sus estudiantes no pueden llevar *piercings* es evitar peleas por la pérdida de los mismos. Aunque parezca más razonable que los peligros del pelo largo en las prácticas de química, no es claro que este argumento sea ajeno a los juicios morales implícitos sobre la presentación personal de los hombres. Si se aduce el deseo de evitar conflictos por la pérdida de elementos personales, entonces los estudiantes no podrían llevar absolutamente ningún objeto personal en tanto todos (como los *piercings*) pueden perderse y originar conflictos. Es más, los *piercings* son unos de los elementos personales que menos riesgo de pérdida tienen en tanto las personas los llevan consigo y pocas veces los retiran de su cuerpo. En ese orden de ideas, varios de los argumentos usados para defender las normas que imponen un

patrón estético determinado son muy débiles, lo que lleva a pensar que son racionalizaciones de un juicio intuitivo más que juicios enteramente racionales. Tal vez el caso en el que esto es más dicente se da cuando los colegios argumentan que dichos patrones estéticos se basan en un mínimo de orden, disciplina, normalidad o tradición. No pretendo decir que debemos subestimar los problemas del desorden social, asociados a un exceso de libertad¹⁰⁶. El punto, más bien, es que considerar el orden, la disciplina, la normalidad y la tradición como directamente relacionadas con un patrón estético específico puede tener su causa en el miedo y en los sesgos implícitos derivados del mismo. Aceptando que se trata de racionalizaciones y no de razones para imponerlos, discutiré por qué el miedo puede ser su verdadera causa.

4.2. EL MIEDO COMO MOTIVACIÓN IMPLÍCITA DE LAS NORMAS SOBRE PRESENTACIÓN PERSONAL

La mayoría de manuales de convivencia de los colegios estudiados exigen que los estudiantes sigan un patrón estético ‘normal’ o ‘tradicional’. No se permiten cortes de pelo ‘extravagantes’, con figuras o que no sean ‘clásicos’. Algunos colegios, con el fin de evitar las ambigüedades (y tal vez para no usar estas palabras altamente valorativas) establecen limitaciones más detalladas, como que el corte de pelo debe permitir que se vean las orejas, que no se puede usar maquillaje y que los *piercings* en partes visibles del cuerpo están prohibidos. En todo caso, estas normas buscan un mismo fin: mantener cierta uniformidad en la estética estudiantil.

En algunas ocasiones estas restricciones se encaminan a ‘proteger’ y/o ‘respetar’ el cuerpo de los estudiantes. Este es el caso del Colegio San Tarsicio y del Colegio Santa Francisca Romana, que piden a sus estudiantes no ‘agredir’ el cuerpo con *piercings* o tatuajes. En otras, el objetivo de estas normas es mantener el buen nombre de la institución. Según el manual de convivencia del Gimnasio Vermont, los estudiantes no pueden usar tatuajes ni *piercings* porque su uso puede deteriorar la imagen institucional. Mejor dicho, permitir que los estudiantes contraríen la cultura dominante —al ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad— puede dañar la imagen del colegio porque implica que este no tiene respeto alguno por la tradición y por el grupo.

Esta preferencia por la normalidad¹⁰⁷ y por lo conocido se encuentra presente en las normas de múlt-

¹⁰⁶ Mauricio García Villegas, *El orden de la libertad* (Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2017).

¹⁰⁷ Para entender realmente el profundo impacto de la normalización es preciso recordar el análisis de Foucault sobre la disciplina: “[l]a penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos, y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeniza, excluye. En una palabra, normaliza”. Y también: “[l]o Normal se establece como principio de coerción en la enseñanza con la instauración de una educación estandarizada y el establecimiento de las escuelas normales (...) La vigilancia, y con ella, la normalización, se torna uno de los grandes instrumentos de poder al final de la época clásica”. Michel Foucault, *Vigilar y castigar* (México: Siglo XXI Editores, 2009), 213-214.

tiples colegios. Mientras que algunos hacen un llamado a los cortes ‘clásicos’ y al color natural del pelo, otros explícitamente proscriben todo lo que sea ajeno al grupo. Se prohíbe lo ‘estrabótico’, lo llamativo, lo colorido y lo extravagante. Cualquier expresión que se salga de lo ordinario es castigada. La llamada a la ‘normalidad’ también está presente en los hechos de múltiples de los casos reseñados (T-246/96, T-366/97, T-1086/01, T-1023/10, entre otras) e, incluso, en las posturas de los jueces de instancia (SU-641/98, T-578/08, T-098/11, T-789/13, entre otras).

La preferencia por lo conocido en desmedro de lo novedoso, de lo ajeno y de lo extravagante tiene su origen en el miedo. Como mostré en la primera sección, el miedo fue fundamental para el desarrollo del *homo sapiens*. Además, es una emoción que favorece la supervivencia en tanto nos aleja de los peligros. En el campo social, el miedo crea varios de nuestros sesgos implícitos y nos hace tener prejuicios hacia grupos o razas distintas. En el caso de las normas sobre presentación personal en los colegios, el miedo sirve como motivación intuitiva encaminada a prohibir dos cosas: i) la entrada de personas distintas al grupo social; y ii) la reproducción de estéticas distintas a las avaladas por el grupo.

El miedo a lo desconocido se traduce también en este caso al miedo al fracaso. Tanto los padres de familia como las directivas de los colegios buscan asegurar el éxito académico y social de los estudiantes. Ciertos patrones estéticos como llevar el pelo largo y usar *piercings* se asocian indebidamente con las drogas y la ‘mala vida’. Así las cosas, la prohibición también se basa en un impulso por asegurar el bienestar de su descendencia (en el caso de los padres) y garantizar que las nuevas generaciones triunfen (en el caso de los educadores). Esta motivación es fundamental para entender realmente las normas sobre presentación personal en los colegios porque deja ver que, si bien el miedo es la emoción prevalente que las motiva, el amor y la preocupación por el futuro del otro se interrelacionan en este caso. Se trata, mejor dicho, de unas normas basadas en el miedo a lo diferente, por un lado, y en el miedo al fracaso que nace por el amor o la empatía que se siente por los estudiantes.

En fin, las normas que imponen patrones estéticos excluyentes y sobre las que no parece existir un sustento racional en el sentido ilustrado (o, al menos, gozan de razonabilidad limitada) pueden ser producto del miedo mayoritariamente. Reproducen sesgos implícitos sobre quienes no hacen parte del grupo social sin que estos necesariamente sean ciertos. También reproducen equivalencias incomprobables entre un patrón estético determinado y el éxito social o académico. Las personas que incumplen dichas normas de presentación personal son vistas como una amenaza, un peligro o como fracasados. Si nuestros antepasados veían en un *homo sapiens* perteneciente a otro grupo una posible amenaza para su supervivencia, hoy en día quienes rompen las barreras de lo socialmente aceptable son vistas como una amenaza para el mantenimiento del *statu quo* y de la organización social existente. En ese sentido, el miedo no opera en este caso como una ventaja evolutiva, sino como un ancla cultural

que nos supedita a la reproducción de una sociedad jerarquizada en la que las personas son clasificadas de acuerdo a su presentación personal. Este hecho es particularmente preocupante en tanto la educación debe servir como motor de la innovación, de la creatividad, del pensamiento crítico y de la movilidad social. Las normas excluyentes basadas en el miedo garantizan todo lo contrario.

Para finalizar, no pretendo afirmar que la existencia de una motivación emocional a una norma en específico suponga que esta es buena o mala. No se trata de defender el predominio de lo racional sobre unas ‘pasiones irracionales’, como pretendía la Ilustración. El reino de las emociones no debe ceder ante el análisis absolutamente racional, no solo porque esto es imposible como mostré en la primera sección, sino porque las emociones le dan sentido a lo humano. El punto, más bien, es reconocer que nuestros juicios morales y las normas derivadas de ellos implican razón y emoción, en conjunto.

Quedan, en todo caso, múltiples preguntas y posibles líneas de investigación en este campo naciente. Este es un campo —emociones y derecho— en el que América Latina hasta ahora no ha tenido una voz protagónica, eclipsada por los desarrollos foráneos en inglés. La invitación, entonces, es a promover la investigación interdisciplinar y a darles cabida a las emociones en un campo histórica y teóricamente dominado por la razón como lo es el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Arango, Rodolfo. “Los paramilitares, y lo no negociable. Las emociones y los límites de la racionalidad.” *Análisis Político* 56, (2006): 151-160

Aristóteles, *Retórica*, II. 5. 1382a.

Bandes, Susan and Jeremy Blumenthal. “Emotion and the Law.” *Annual Review of Law and Social Science* 8, (2012): 161-181.

Bandes, Susan. *The Passions of Law*. New York: New York University Press, 2000.

Bianchi, Andrea and Anne Saab. “Fear and international law-making: An exploratory inquiry.” *Leiden Journal of International Law* 32, (2019): 351-365.

Carrillo Santarelli, Nicolás. “La influencia ‘artística’ de las emociones y la empatía en el conteni-

- do, la interpretación y la efectividad del derecho internacional.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 17, (2017): 65-111.
- Damasio, Antonio. *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*. New York: Avon Books, 1994.
- Damasio, Antonio. *The Strange Order of Things: Life, Feelings and the Making of Cultures*. New York: Pantheon Books, 2018.
- Davis, Michael. “The Role of the Amygdala in Fear and Anxiety.” *Annual Review of Neuroscience* 15, (March 1992): 353-375.
- Descartes, René. *Discurso del método*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- Descartes, René. *Meditaciones acerca de la Filosofía Primera. Seguidas de las objeciones y respuestas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Edward O. Wilson. *Sociobiology*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- Fiske, Susan. “Stereotyping, prejudice, and discrimination at the seam between the centuries: evolution, culture, mind, and brain.” *European Journal of Social Psychology* 30, no. 3 (2000): 299-322.
- Fiske, Susan. “Stereotyping, prejudice, and discrimination.” In *The Handbook of Social Psychology*, edited by Daniel Gilbert, Susan Fiske and Gardner Lindzey, 357-411. New York: McGraw-Hill, 1998.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI Editores, 2009.
- García Villegas, Mauricio, José Rafael Espinosa, Felipe Jiménez Ángel y Juan David Parra Heredia. *Separados y desiguales: Educación y clases sociales en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2013.
- García Villegas, Mauricio. *El orden de la libertad*. Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Glasgow, Joshua. “Alienation and Responsibility.” in *Implicit Bias and Philosophy. Volume 2: Moral Responsibility, Structural Injustice, and Ethics*, edited by Michael Brownstein and Jennifer Saul, 37-61. Oxford: Oxford University Press, 2016.

- Greene, Joshua. "The Secret Joke of Kant's Soul." In *Moral Psychology, vol. 3: The Neuroscience of Morality*, edited by W. Sinnott-Armstrong, 35-79. Cambridge: MIT Press, 2008.
- Greenwald, Anthony and Makzarin Banaji. "Implicit Social Cognition: Attitudes, Self-Esteem, and Stereotypes." *Psychological Review* 102, no. 1 (1995): 4-27.
- Gross, Corneliuss and Newton Sabino Canteras. "The many paths to fear." *Nature Reviews Neuroscience* 13, (2012): 651-658.
- Grossi, Renata. "Understanding Law and Emotions." *Emotion Review* 7, no. 1 (2015): 55-60.
- Haidt, Jonathan y Björklund, Fredrik. "Social Intuitionists Answer Six Questions About Morality." In *Moral Psychology, vol. 2: The Cognitive Science of Morality*, edited by W. Sinnott-Armstrong, 181-217. Cambridge: MIT Press, 2008.
- Haidt, Jonathan. "The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgement." *Psychological Review* 108, no. 4 (2001): 814-834.
- Haidt, Jonathan. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Pantheon Books, 2012.
- Harari, Yuval Noah. *De animales a dioses: Breve historia de la humanidad*. Barcelona: Penguin Random House, 2014.
- Harris, Sam. *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values*. New York: Free Press, 2010.
- Hofmann, Stefan, Moscovitch, David and Nina Heinrichs. "Evolutionary Mechanisms of Fear and Anxiety." *Journal of Cognitive Psychotherapy* 16, no. 3 (2002): 317-330.
- Hume, David. *A Treatise of Human Nature*. Great Britain, Oxford: 1960.
- Jerry Kang & Kristin Lane, "Seeing Through Colorblindness: Implicit Bias and the Law," *UCLA Law Review* 58, no. 2 (June 2010): 465-520.
- Kang Jarry and Mahzarin R. Banaji. "Fair Measures: A Behavioral Realist Revision of 'Affirmative Action.'" *California Law Review* 94, no. 4 (July 2006): 1063-1118.

- Kant, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. México: Taurus, 2006.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- Kelly, Daniel and Erica Roeddert. “Racial Cognition and the Ethics of Implicit Bias.” *Philosophy Compass* 3, no. 3 (2008): 522-540.
- LeDoux, Joseph and Daniel Pine. “Using Neuroscience to Help Understand Fear and Anxiety: A Two-System Framework.” *The American Journal of Psychiatry* 173, no. 11 (November 2016): 1083-1093.
- LeDoux, Joseph. *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*. New York: Simon & Schuster, 1996.
- Mahajan, Neja, Margaret Martinez, Natashya Gutierrez, Gil Diesendruck, Mahzarin Banaji and Laurie Santos. “The Evolution of Intergroup Bias: Perceptions and Attitudes in Rhesus Macaques.” *Journal of Personality and Social Psychology* 100, no. 3 (2011): 387-405.
- Maroney, Terry. “Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field.” *Law and Human Behavior* 30, no. 2 (2006): 119-142.
- Mineka, Susan, and Michael Cook. “Social Learning and the Acquisition of Snake Fear in Monkeys.” In *Social Learning: Psychological and Biological Perspectives*, edited by T. R. Zentall and J. B. G. Galef, 51-74. New Jersey: Lawrence Erlbaum, 1988.
- Nussbaum, Martha C. *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual*. Colombia: Paidós, 2019.
- Nussbaum, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Öhman, Arne. “Of snakes and fears: An evolutionary perspective on the psychology of fear.” *Scandinavian Journal of Psychology* 50, no. 6 (2009): 543-552.
- Pankseep, Jaan, Fuchs, Thomas and Paolo Iacobucci. “The basic neuroscience of emotional experiences in mammals: The case of subcortical FEAR circuitry and implications for clinical anxiety.”

Applied Animal Behaviour Science 129, no. 1 (2011): 1-17.

Phelps, Elizabeth. "Emotion and Cognition: Insights from Studies of the Human Amygdala." *Annual Review of Psychology* 57, no. 1 (February 2006): 27-53.

Platón, *Fredo*.

Platón, *Timeo*.

Posner, Eric. "Law and the Emotions." *The Georgetown Law Journal* 89, (2001): 1977-2012.

Sajó, András. "Emotions in Constitutional Institutions." *Emotion Review* 8, no. 1 (2016): 44-49.

Sie, Maureen and Nicole van Voorst Vader-Bours. "Stereotypes and Prejudices: Whose Responsibility? Indirect Personal Responsibility for Implicit Biases." In *Implicit Bias and Philosophy. Volume 2: Moral Responsibility, Structural Injustice, and Ethics*, edited by Michael Brownstein and Jennifer Saul, 90-114. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Wright, John P. *Hume's 'A Treatise of Human Nature': An Introduction*. New York: Cambridge University Press, 2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-641 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-642 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-021 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-037 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-065 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-085 de 2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-098 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1023 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1086 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1591 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-207 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-239 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-248 de 1996, M. P. Jaime Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-259 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-345 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-356 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-366 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-476 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-565 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-633 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-636 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-656 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-658 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-695 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-789 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-793 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-839 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-889 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Manuales de convivencia

Colegio Bilingüe Buckingham. (2018). *Manual Escolar de Convivencia*. Versión 16. Bogotá.

Colegio Bilingüe Diana Oese. (2016-2017). *Manual de Convivencia*. Santiago de Cali.

Colegio Bolívar. (2018). *Manual de Convivencia: Derechos y Deberes de la Comunidad Bolívar*. Santiago de Cali.

Colegio La Colina. (2018). *Manual de Convivencia*. Versión 04. Bogotá.

Colegio La Quinta del Puente. (2016). *Proyecto Educativo Institucional*. Bucaramanga.

Colegio Marymount. (2017). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Colegio Nueva Inglaterra. (2014). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Colegio Philadelphia Internacional. (2017). *Manual de Convivencia*. Santiago de Cali.

Colegio San Carlos. (2016). *La filosofía y el reglamento del Colegio San Carlos 2016-2017*. Bogotá.

Colegio San Jorge de Inglaterra. (2014). *Proyecto Educativo Institucional*. Bogotá.

Colegio San Mateo Apóstol. (2015-2016). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Colegio San Tarsicio. (2018). *Proyecto Educativo Institucional*. Bogotá.

Colegio Santa Francisca Romana. (2018-2019). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

El Camino Academy. (2018). *ECA Manual de Convivencia*. Bogotá.

Gimnasio Campestre San Rafael. (2018). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Gimnasio de los Cerros. (2018). *Manual de Convivencia Gimnasio de los Cerros*. Bogotá.

Gimnasio La Montaña. (2018). *Manual de Convivencia 2018-2019*. Bogotá.

Gimnasio Los Portales. (2018). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Gimnasio Vermont. (2018). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Liceo Campo David. (2010). *Manual de Convivencia*. Bogotá.

Montessori British School. (2018). *Manual de Convivencia 2018-2019*. Bogotá.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS: ¿ES LEGÍTIMA LA EXTENSIÓN DE UN IMPUESTO QUE AFECTA A ENTIDADES RELIGIOSAS?

ANGIE PAOLA MEDINA LÓPEZ*

Recibido: 17 de mayo de 2020. Aceptado: 9 de junio de 2020.

RESUMEN

Las entidades religiosas están exentas de impuestos, lo cual incentiva su uso para evadir los tributos que conlleva usar otras figuras jurídicas, verbigracia: societarias. Por eso, se analiza si la medida consistente en la extensión de un impuesto que afecta a las entidades religiosas es violatoria del derecho fundamental a la libertad de cultos. Para ello, se realizará revisión de literatura, jurisprudencia y normatividad sobre el tema. Luego, se aplicará la teoría de Alexy para concretar el núcleo esencial del derecho fundamental desde las posiciones jurídicas derivadas de la norma y, determinar si éste se vulnera al imponer la medida. Se muestra que la medida es legítima, razonable y proporcional pero genera un obstáculo leve a los titulares del derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental, libertad de cultos, impuesto, entidades religiosas, teoría de Alexy, análisis de ponderación.

* Abogada y economista de la Universidad de Los Andes. Contacto: angiemedina.pl@gmail.com

RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION: IS THE EXTENSION OF A TAX AFFECTING RELIGIOUS ENTITIES ILLEGITIMATE?

ANGIE PAOLA MEDINA LÓPEZ*

Received: may 17, 2020. Accepted: june 9, 2020.

ABSTRACT

Religious entities are tax-exempt, which encourages their use to evade the taxes that come with using other legal figures, i.e. corporate. Therefore, it is analyzed if the measure consisting in the extension of a tax that affects religious entities is a violation of the fundamental right to freedom of worship. To this end, a review of literature, jurisprudence and regulations on the subject will be carried out. Then, Alexy's Theory will be applied to specify the essential core of the fundamental right from the legal positions derived from the norm and, to determine if it is violated when the measure is imposed. It is shown that the measure is legitimate, reasonable and proportional but it generates a slight obstacle to the right- holders.

KEY WORDS

Fundamental right, freedom of worship, tax, religious entities, Alexy's theory, weighting analysis.

* Lawyer and economist from Universidad de los Andes. E-mail: angiemedina.pl@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la Dirección de Asuntos Religiosos del Ministerio de Interior es el organismo encargado de otorgar reconocimiento y facilitar el trámite para la constitución de una entidad religiosa, de acuerdo con la Ley 133 de 1994⁰¹ y el Decreto 1066 de 2015⁰², ya que por medio de la página web se puede solicitar gratuitamente el certificado de existencia y representación legal. Esto ha permitido acceder con gran facilidad e inmediatez al régimen de personería jurídica especial y sobre todo a la extensión de los efectos jurídicos que derivan de esta figura. Los beneficios son la exención del impuesto predial, impuesto a la renta, impuesto a la riqueza, impuesto de IVA; en últimas, exención de todo tipo de impuesto.

Este organismo proporciona los datos de todas las entidades religiosas que se han registrado entre 1995 y 2017. A partir de estos se ha podido evidenciar que durante los últimos ocho años existió un aumento significativo y sin control en los registros públicos de estas entidades. La gráfica 1 muestra el número de entidades religiosas registradas cada año durante dicho periodo. Se puede afirmar que el promedio de registros en los años 90's fue de 144 entidades, para la primera década del siglo XXI el promedio fue de 152 entidades religiosas, mientras que para los años posteriores al 2010, el promedio fue de 578 registros. El total de registros realizados ante el Ministerio de Interior ha sido de 6447 entidades hasta el 2017 y de acuerdo con la tendencia creciente en los datos, se puede inferir que hasta el día de hoy este número ya fue superado.

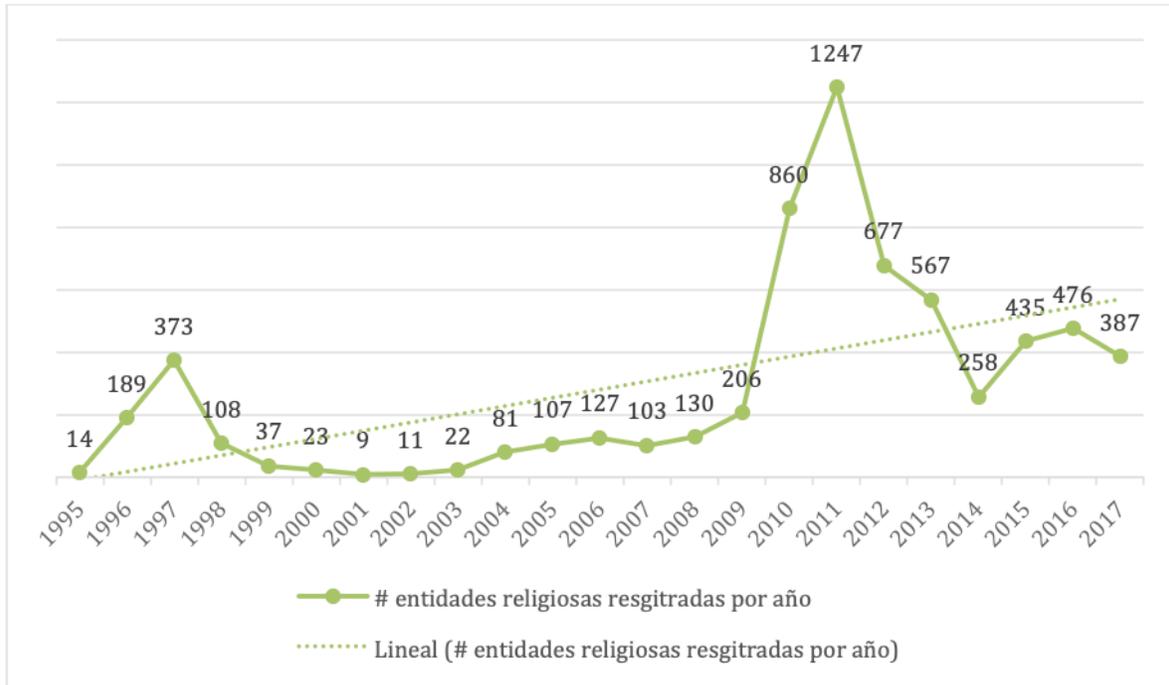
Una situación paralela se presenta, en otros países, en Japón, por ejemplo, han surgido alrededor de 400 movimientos religiosos y en China, a raíz de la represión política existen nuevas religiones

01 Ley 133 de 1994, 23 de mayo de 1994. Derecho a la Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política de Colombia. *Diario oficial* 41369.

02 Decreto 1066 de 2015, 26 de mayo de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior. *Diario oficial* 49523.

que superan los 50 millones de feligreses⁰³. De esta forma, se puede afirmar que este fenómeno no es solamente a nivel local, por el contrario, se ha expandido alrededor del mundo por el surgimiento de “nuevas religiones” o “movimientos religiosos” como consecuencia de las formas de vida y el pluralismo de visiones del mundo.

Gráfica 1. Registro de Entidades Religiosas en Colombia, 1995-2017.



Fuente: Elaboración propia con datos públicos de la dirección de Asuntos Religiosos del Ministerio de Interior.

Existen opiniones⁰⁴ que expresan que esta figura ha sido usada para evadir impuestos, en particular, aquellos que se derivan de usar figuras societarias, personas jurídicas o naturales. No obstante, es importante señalar que estos beneficios se conceden desde el momento en que la República de Colombia celebró con la Santa Sede el Concordato en 1973. Desde esta época se les otorgó a la iglesia Católica la exención del impuesto sobre las propiedades destinadas al culto, educación o beneficencia, con el argumento de que estas confesiones tienen un fin y objeto social de aportar al bien común y el desarrollo integral de la comunidad nacional⁰⁵. Por años fue innegable el alcance y el poder que ha tenido

03 Jürgen Habermas, *El resurgimiento de la Religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?*, *Diánoia* 53, no. 60 (2008): 6.

<http://search.ebscohost.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=32767204&lang=es&site=ehost-live>.

04 Ricardo Bonilla et al., *Comisión de expertos para la equidad y la competitividad tributaria. Informe final presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público* (Bogotá: Fedesarrollo, 2016), edición en PDF, 223-224.

05 Ley 20 de 1974, 18 de diciembre de 1974. Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede. *Diario oficial* 34234.

la religión católica, apostólica y romana en la nación, en su capacidad de control social y movilización política⁰⁶, lo cual, incluso, se encontraba amparado en el artículo 38 de la Constitución de 1886⁰⁷. En la actualidad la exención de los impuestos no solo se aplica a las iglesias, sino que se extiende, en virtud del principio de igualdad, a todas aquellas entidades religiosas reconocidas por el ente competente.

La obligación de las entidades religiosas de presentar la declaración de ingresos y patrimonio⁰⁸ ha permitido evidenciar lo que poseen. Esto ha generado una discusión sobre la falta de control sobre el patrimonio y la evidente acumulación de riquezas. Frente al tema, los expertos y el Gobierno han debatido sobre la necesidad de presentar reformas tributarias estructurales con el fin de extender los impuestos a este tipo de figuras jurídicas⁰⁹. A pesar del esfuerzo y explicación sobre la importancia del tema, esta reforma no ha tenido éxito. Se presenta, entonces, una dicotomía entre quienes apoyan la extensión de los impuestos a estas entidades y quienes afirman que con esta medida se llegaría a vulnerar derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, por un lado, los que están a favor argumentan: primero, la proliferación de las entidades religiosas por la falta de control y verificación de los requisitos para obtener la personería jurídica especial¹⁰. Segundo, los informes de la DIAN muestran que, para el año 2017, las entidades religiosas declararon un patrimonio bruto de \$14.4 billones de pesos, un patrimonio líquido de \$13 billones de pesos y un ingreso bruto de \$5.4 billones de pesos. En ese sentido, bajo el supuesto de que éstas sí pagan impuestos, para ese año el Gobierno Nacional pudo haber recaudado máximo \$1.6 billones de pesos¹¹. Tercero, siguiendo el discurso de Jürgen Habermas, es innegable la instrumentalización política de la religión¹² en la sociedad ya que estas pueden “influir en la opinión pública y en la formación de la voluntad por medio de contribuciones relevantes (que pueden o no resultar

06 Beltrán Cely, William Mauricio. *Pluralización Religiosa y Cambio: Social En Colombia*. Theologica Xaveriana 63, no. 175 (June 1, 2013): 57-85. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0120.36492013000100003&lang=es&site=eds-live&scope=site>.

07 Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 38. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.

08 Decreto 624 de 1989, 30 de marzo de 1989. Estatuto tributario de los impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. *Diario oficial* 38756.

09 Bonilla et al., *Comisión de expertos*, 224.

10 Bonilla et al., *Comisión de expertos*, 223-225.

11 Melissa Velázquez, ¿Deben pagar impuestos las iglesias? Así está el panorama en América Latina, CNN Latinoamérica, 20 de octubre de 2016, acceso el 24 de mayo de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/2016/10/20/deben-pagar-impuestos-las-iglesias-asi-esta-el-panorama-en-america-latina/>; Iván Torres, ¿Cuánto recibiría el país si las iglesias pagarán impuestos?, Portafolio, 16 de noviembre de 2018, acceso el 24 de mayo de 2019, <https://www.portafolio.co/economia/iglesias-con-un-patrimonio-de-14-4-billones-y-libres-de-impuestos-523418>

12 Jürgen Habermas, *Religion in the Public Sphere*. European Journal of Philosophy 14 (1): 1-15 URL <http://search.ebscohost.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/login.aspx?direct=true&db=pif&AN=PHL2086352&lang=es&site=ehost-live>.

convincentes) dentro de los debates en curso¹³. De esta forma, las entidades religiosas al representar las comunidades como agentes de desarrollo social y político; logran influenciar sobre sus feligreses con el objetivo de promover masas que inciden en temas de índole nacional, *v. gr.*, proceso de paz, educación básica, política, entre otros; sin la necesidad de acogerse a las reglas de la democracia como pagar impuestos¹⁴.

Por otro lado, los que no están de acuerdo con la imposición de un impuesto a las entidades religiosas argumentan que, primero, las entidades religiosas se sostienen con las limosnas, los diezmos o las donaciones que sus miembros les otorgan, y cobrar un impuesto sobre estos ingresos implicaría una doble tributación. En otras palabras, si una persona gana un salario, se le cobra el impuesto correspondiente y luego ésta decide que una proporción de su salario será entregado a la iglesia, entonces cobrar un porcentaje sobre esa donación implicaría una doble imposición¹⁵. Este argumento es el mismo establecido por la Corte Constitucional, en sentencia C-027 de 1993¹⁶, para la exención tributaria a las propiedades de las entidades religiosas. Segundo, afirman que varias congregaciones no tienen recursos, ni propiedades para sostenerse, que incluso un pastor no cuenta con un salario mínimo fijo y, por tal razón, no cuentan con seguridad social¹⁷.

Si bien cada posición tiene argumentos válidos para apoyar o no el cobro de un impuesto a las entidades religiosas, estos no son suficientes. Lo anterior se debe a que su objetivo y análisis no corresponden a determinar si la extensión de un impuesto afecta los derechos fundamentales de las personas y las entidades religiosas. Este tipo de decisiones o cambios en la regulación tributaria requieren un estudio de carácter objetivo, en vez de basarse en elementos subjetivos, apreciaciones u opiniones.

La investigación se centrará en responder si la extensión de un impuesto a las entidades religiosas en Colombia afecta a sus feligreses, en particular, si ésta vulnera el ejercicio y puesta en práctica de su derecho fundamental a libertad de cultos. Se usará una metodología teórica, con la cual se pretende realizar una revisión de literatura sobre el tema, recopilar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y exponer la normatividad que regula la materia.

13 Habermas, *El resurgimiento de la Religión*, 7.

14 Bonilla et al., *Comisión de expertos*, 227; Stefany Castaño, *Iglesias, libres de impuestos, pero activas en política*, El Espectador, 16 de octubre de 2016, acceso el 40 de mayo de 2019, <https://www.elspectador.com/noticias/economia/colombia-se-crea-promedio-una-iglesia-diaria-y-ninguna-articulo-660708>

15 Velázquez, ¿Deben pagar impuestos las iglesias?.

16 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-027 del 5 de febrero de 1993. Magistrado ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

17 Andrea Forero, *Entre 15 y 20 iglesias son registradas cada semana en Colombia*. El Tiempo, 5 de octubre de 2013, acceso el 26 de mayo 2019, <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13103493>

Para ello es necesario primero, definir el derecho fundamental a la libertad de cultos y la diferencia que hay entre este y el derecho a la libertad religiosa. Segundo, explicar la teoría de Alexy, la cual permitirá realizar un acercamiento concreto a la estructura del derecho en un plano práctico dentro de una sociedad democrática y un Estado social de derecho. Tercero, explicar el contenido y los alcances de los impuestos que teóricamente gravarían a las entidades religiosas, el impuesto predial y el impuesto del IVA. Cuarto, la teoría de Alexy y un juicio de proporcionalidad permitirán determinar si un impuesto genera una limitación o prohíbe el ejercicio y puesta en práctica del derecho a la libertad de cultos. Por último, se concluye que la extensión de un impuesto a las entidades religiosas sí generan un obstáculo en el ejercicio del derecho a la libertad de cultos, pero este no es lo suficientemente agresivo para afirmar que se vulnera el derecho de los seres humanos.

RELIGIÓN Y CULTO

La religión y el culto son palabras que suelen confundirse y usarse como equivalentes, pero son conceptos que, en su esencia, son distintos. Por eso es relevante para este estudio dejar claro y definido que comprende cada concepto y cuál es su diferencia. En ese sentido, la religión se considera, “un hecho humano, individual o colectivo, que tiene como sujeto al hombre que mira hacia algo que considera [superior] santo o sagrado; y para las religiones histórico reveladas o religiones superiores ese algo es primaria y formalmente Dios”¹⁸.

Se puede entender por culto lo siguiente,

Acto y actitud con los que se expresan la admiración y la aceptación (amor) que despierta un ser superior. Si el culto es un conjunto de prácticas externas relacionadas con la disposición que la persona tiene frente a la divinidad y a los asuntos relacionados, entonces resulta claro que tales prácticas forman parte de un más amplio sistema dentro del cual se integran y hayan sentido: la religión. El culto no es cosa distinta que una forma de practicar o de profesar la religión¹⁹.

Frente al tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-088 de 1994, reconoció el fenómeno de las religiones en la historia de las sociedades y el sentido de esta palabra afirmando que abarca “conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de temor hacia ella, de

18 David Lara Corredor y Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), Facultad de Teología, *Cultos y libertad de cultos: Marco jurídico del derecho fundamental de la libertad de cultos, constitución política de Colombia de 1991* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Vice Rectoría Académica, 2004), 35.

19 Carlos Lozano Bedoya, *Persona, religión y estado: Reflexiones sobre el derecho a la libertad religiosa*. (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1995), 72.

normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente de oración y el sacrificio para el culto”²⁰.

Del mismo modo, Lara²¹ establece que la religión es un hecho social, un sistema total que está integrado por creencias, prácticas, devociones, comportamientos e instituciones, considerados los subsistemas. De esta forma, los elementos esenciales de una religión son un sistema de creencias o doctrina; una comunidad que confiesa profesa y difunde; prácticas normadas desde la creencia; actos culticos o simbólicos. Respecto al culto manifiesta que este se encuentra dentro del hecho religioso, el cual es un conjunto de actos y ceremonias que rinden homenaje a algo que es considerado divino o sagrado.

Según estas definiciones, se puede afirmar que ambos términos involucran la adoración, por parte del ser humano, a algo considerado superior, divino o sagrado. La religión es la convicción de varios ideales o doctrina sobre algo sagrado, mientras que el culto es la exteriorización o acción que permite demostrar la creencia en esos ideales o doctrina. En otras palabras, la religión es un elemento interno del ser humano, una decisión interna de elegir y creer en eso que eligió; mientras que el culto es una forma de demostración de aquello interno, de lo que el ser humano eligió.

A nivel normativo se tiene que la Constitución Política de 1991, en su artículo 19, reconoce el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de cultos. El texto es el siguiente: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”. Este apartado separa textualmente la libertad de cultos de la libertad religiosa y hace énfasis en que las personas son las que tienen derecho sobre este último aspecto, la religión.

Es preciso explicar qué se entiende por libertad, pues este es un término que tiene distintas vertientes y para el objeto de estudio es preciso comprender la libertad individual o personal y la libertad interior. Lozano afirma entonces que la libertad es “una esfera de autonomía dentro de la cual el ser humano puede actuar con inmunidad de coacción”²². La libertad individual es aquella condición de los seres humanos en la que son dueños de sus actos, quienes pueden elegir, actuar o abstenerse de hacerlo sin la coacción de terceros. La libertad interior se refiere a que una persona se guía en sus acciones por su propia voluntad, por su razón y permanente convicción en vez de guiarse por sus impulsos y circunstancias momentáneas. La primera libertad es limitada, no es absoluta, y su límite es la dimen-

20 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

21 Lara Corredor y Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), *Cultos y libertad de cultos*, 33.

22 Lozano Bedoya, *Persona, religión y estado*, 39.

sión social, los derechos de los demás. La segunda libertad es absoluta y no hay justificación para su intromisión; su límite es la influencia de emociones temporales, debilidad moral o intelectual del mismo ser humano²³. Estas dos libertades tienden a confundirse, pero mientras la libertad individual se materializa por su exteriorización; la libertad interior es, como su nombre lo dice, interior al ser humano.

El derecho a la libertad religiosa y libertad de cultos tienen carácter de derecho humano fundamental a nivel nacional e internacional. En materia internacional, los instrumentos jurídicos reconocidos por Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, y aquellos vigentes en el derecho internacional relevantes para el objeto de estudio son los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.
- Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18: Libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3: Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, artículo 1: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera

23 Friedrich August von Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Madrid: Unión Editora, 1975), 26.

convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

- En Colombia con la vigencia de la Constitución Política de 1991, el constituyente consagró el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de cultos. Lo más significativo fue que estipuló que el Estado no tiene ninguna religión oficial o estatal, es decir, este no profesa ninguna religión. Sin embargo, la Ley 133 de 1994²⁴ establece que el Estado no es ateo, agnóstico o indiferente ante los sentimientos religiosos de los ciudadanos, en otras palabras, el Estado no es indiferente en materia de protección del derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, pero si es indiferente en materia de creencias. De acuerdo con la sentencia C-088 de 1994²⁵, en la cual la Corte Constitucional realiza el control constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria sobre el Derecho a la Libertad religiosa y de cultos, se discutió que lo importante para garantizar la libertad y el pluralismo religioso es necesario que las entidades públicas y políticas no tengan preferencia alguna en materia religiosa. Por eso el Estado respeta las creencias de todas las personas y debe preocuparse por proteger las libertades consagradas en estos derechos, por lo que no puede descuidar las condiciones que aseguren la vigencia y la primacía de los derechos inalienables de las personas.

De acuerdo con lo anterior, el Estado se concibe, en principio, como un Estado laico, no confesional y pluralista, obligado a no actuar o establecer disposiciones jurídicas que favorezcan o discriminen un credo. Esto tiene dos propósitos, por un lado, garantizar que toda persona goce plenamente del ejercicio de estos derechos y, por otro lado, garantizar la igualdad entre las entidades religiosas y de aquellos cultos que no pertenecen a los ideales de la religión católica, apostólica y romana, según la sentencia T-662 de 1999²⁶. Asimismo, estos derechos se han desarrollado y definido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta su relación estrecha y ligada con otros derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991, *v. gr.*, a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, entre otros, empero, no se entrará a analizar

24 Ley 133 de 1994, 23 de mayo de 1994. Derecho a la Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política de Colombia. *Diario oficial* 41369.

25 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

26 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-662 del 7 de septiembre de 1999. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

estas relaciones puesto que se sale de los objetivos previstos de esta investigación.

La jurisprudencia nacional ha definido los derechos fundamentales a la libertad de religión y a la libertad de cultos; y se ha pronunciado sobre las diferencias que hay entre estos. En ese orden, el derecho a la libertad religiosa se ha definido por la libre elección de un credo, una decisión personal e individual de cada ser humano de elegir qué ideales se adecuan a su ser, y por ende las adopta y cree en ellas o, por el contrario, elegir no creer en ninguna religión o ideal. Esto se complementa con la posibilidad de que cada persona puede profesar libremente su religión de forma privada y silenciosa, es decir, de forma individual, pero también de forma colectiva, por medio de actos públicos o externos asociados a sus convicciones, de acuerdo con la sentencia T-376 de 2006²⁷.

Siguiendo a Lozano²⁸, el derecho a la libertad religiosa es inherente a la persona, el cual no ampara una concepción de Dios, un conjunto de creencias o dogmas, sino la decisión de cada individuo de aceptar la existencia de algo sagrado (divino) o también la decisión de practicar una religión en la que la idea de Dios no existe, asimismo ampara la práctica de esta religión sin coacción de terceros, la no obligatoriedad de obrar en contra de su conciencia o creencias. De esta forma, la Corte Constitucional, en sentencia C-088 de 1994²⁹, establece que el núcleo esencial de este derecho se define por dos aspectos, el primero la sinceridad del creyente y su dependencia al dogma, es decir, el objeto de su decisión. El segundo aspecto definitivo de los elementos sagrados y normativos o morales, entendidos por el contenido de su objeto. Esto se traduce en, primero, la elección de un sistema o conjunto de creencias y segundo, el contenido o elementos de ese sistema.

Frente al derecho a la libertad de cultos, la Corte Constitucional en sentencias T-162 de 1994³⁰, T-462 de 1998³¹, T-972 de 1999³², afirmó que la norma suprema incorpora y garantiza la protección a la libertad de adoptar el culto religioso que cada persona prefiera, admitir las prácticas o rituales a través de los cuales la creencia se manifiesta de forma individual o colectiva y, de abstenerse de pertenecer a algún culto. No obstante, este derecho no es absoluto, ya que se encuentra limitado por el orden

27 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-376 del 18 de mayo de 2006. Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

28 Lozano Bedoya, *Persona, religión y estado*, 46.

29 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

30 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-162 del 24 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-462 del 3 de septiembre de 1998. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

32 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-972 del 2 de diciembre de 1999. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

jurídico, el interés público y los derechos de los demás. Asimismo, la Corte expresó que la libertad de cultos se puede manifestar de diferentes formas a saber, profesar una religión, propagar ideas, hacer reuniones para practicar la adoración, rendir culto a sus parientes ya fallecidos, entre otros.

Se mencionó anteriormente que los términos religión y culto suelen usarse como equivalentes. Esto sucede también con el derecho a la libertad religiosa y derecho a la libertad de cultos ya que se suelen mencionar como un solo o único derecho y que el segundo no es autónomo, sino que hace parte integral del primero. Entonces, el derecho a la libertad de cultos,

“no es más que un aspecto de la libertad religiosa, el aspecto externo que se comprende en ella. No es, por tanto, un derecho autónomo. En efecto, como se ha dicho, la religión consiste en una relación personal con Dios, la cual se expresa exteriormente a través del culto público o privado; el culto, por su parte, es el conjunto de demostraciones exteriores presentados a Dios; luego, sin la relación con Dios, esto es sin religión, no se da un culto”³³.

Sin embargo, se considera que el culto no necesariamente implica la adoración a algo divino, sino que por el contrario y en concordancia con el principio de la libertad, este puede ocuparse de rituales o ceremonias que no son propiamente religiosas, ejemplo: sectas. Hay que entender que toda religión contiene un elemento de culto, pero esto no sucede a la inversa; un culto no siempre es una religión. Teniendo en cuenta esto, se puede dar un alcance más amplio a la libertad de cultos en razón a que “existen otros movimientos religiosos no propiamente religiones que merecen un tratamiento de igualdad [...] pues habría un referente más amplio como es la cultura”³⁴. En suma, entendiendo la libertad de cultos como el derecho a profesar y a difundir libremente, no sólo la religión sino todo aquello que el ser humano considere ser merecedor de honrar tributo.

La distinción en términos de límites entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de cultos, radica en que el primero no tiene limitación alguna, ya que el individuo tiene el derecho a definir su fe independientemente del Estado, de terceros y libre de coacción; mientras que el segundo encuentra sus límites en la efectividad de los demás derechos fundamentales de las personas debido a que el derecho de actuar está sujeto a los intereses del Estado y la sociedad, el orden público por ejemplo. De esa forma, se puede afirmar que el derecho a la libertad religiosa (interno) es absoluto y el derecho a la libertad de cultos (externo) puede ser objeto de limitaciones³⁵.

33 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-972 del 2 de diciembre de 1999. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

34 Lara Corredor y Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), *Cultos y libertad de cultos*, 44.

35 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz; Lozano Bedoya, *Persona, religión y estado*, 54.

En cuanto a las garantías de las personas sobre estos derechos, para su desarrollo, no como manifestaciones del individuo (interna) sino de comunidades religiosas o comunidades de creyentes (externa), se puede constituir una entidad religiosa. Ésta deberá contar con persona jurídica especial que le permite adquirir derechos y obligaciones, así como de producir “efectos normativos, fiscales, civiles, subjetivos, personalísimos, de crédito, reales y de derecho público y de cooperación de la relación de las personas con aquellas en cuanto a determinadas manifestaciones de la libertad”³⁶. Estas organizaciones, que en principio son sociales, terminan siendo sujetos de derecho constituidos por una pluralidad de individuos jurídicamente organizados, que adquieren derechos cuando actúan representando a sus feligreses y su organización. El fin perseguido es el de profesar la religión o sistema de creencias correspondiente de forma colectiva, en la cual se permite realizar actos culticos o ritos de su fe.

Entonces se entiende que las entidades religiosas son titulares del derecho a la libertad religiosa y derecho a la libertad de cultos como sujeto colectivo, los cuales comprenden diferentes elementos consagrados en el artículo 7º de la Ley 133 de 1994³⁷, de igual forma, la Corte Constitucional sostiene que la norma les garantiza

“el derecho a regirse por sus propias normas, para honrar a la divinidad con culto público, para ayudar a sus miembros en el ejercicio de la vida religiosa y sostenerlos mediante la doctrina, así como para promover instituciones en las que sus seguidores colaboren con el fin de ordenar la propia vida según sus principios religiosos”³⁸.

En resumen, se puede sostener que el derecho a la libertad religiosa y libertad de cultos hace referencia a una actividad socialmente relevante y jurídicamente organizada. Actividad regulada que comprende un componente individual, elemento interior de la persona, y un componente colectivo, elemento exterior; mientras que el segundo puede ser objeto de limitación el primero no lo es. En ese sentido, el primer derecho no cuenta con un límite para su ejercicio; se da de forma absoluta ya que, la persona es libre de coacción y autónoma de elegir su dogma o creencias, obrar o abstenerse de hacerlo. El segundo derecho permite la manifestación de aquella elección por medio de los actos del culto o ritos que se realizan de forma individual o en comunidad al pertenecer a una entidad religiosa.

36 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

37 Ley 133 de 1994, 23 de mayo de 1994. Derecho a la Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política de Colombia. *Diario oficial* 41369.

38 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-430 del 11 de octubre de 1993. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-662 del 7 de septiembre de 1999. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Este último derecho no es absoluto y puede ser sujeto a limitación de acuerdo con los demás derechos de las personas, los intereses del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, el Estado, por deber constitucional, está obligado a respetar la libertad religiosa y evidenciar su neutralidad frente a la elección de sus miembros, y deberá realizar todos los actos tendientes a garantizar estas libertades para proteger los derechos comprendidos de las personas tanto a nivel individual como colectivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se incluirá el derecho a la libertad religiosa del individuo en la aplicación de la teoría de Alexy y bajo el supuesto de la extensión de los impuestos. Esto se debe a que el derecho a creer (interno) es absoluto, en el sentido que el individuo puede elegir su religión sin ninguna limitación o afectación. Por el contrario, el derecho de actuar y expresar la creencia, el derecho a la libertad de cultos puede estar sujeto a limitaciones, restricciones o prohibiciones cuando implica un peligro claro e inminente para otros, el orden público o intereses del Estado³⁹. Por este motivo, el análisis se centrará en el derecho fundamental a la libertad de cultos.

TEORÍA DE ROBERT ALEXY

Los derechos fundamentales se caracterizan por tener un núcleo esencial que contiene el mínimo de contenido que vincula e impone al legislador el deber de respetarlo. Esta definición identifica al derecho, lo diferencia de otros, de tal forma que sin el núcleo esencial deja de ser lo que es, lo convierte en otro derecho, le quita su esencia fundamental o se logra identificar que el derecho no admite restricción alguna. En caso de una restricción, ésta puede desnaturalizar su ejercicio o su protección. Entonces, el legislador está facultado para regular y restringir los derechos fundamentales de las personas, por lo que el núcleo esencial de todo derecho es una barrera insuperable para evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o para impedir que se despoje de su protección⁴⁰.

La Corte Constitucional establece dos vías para establecer el contenido esencial de un derecho fundamental. Primero, se debe recurrir al concepto tipo del derecho, como lo han desarrollado los juristas, los jueces o los especialistas de derecho. Segundo, se puede determinar a partir de los intereses jurídicamente protegidos. Se atenta a esta esencia cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o le quitan la necesidad de protección⁴¹.

39 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

40 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-756 del 30 de julio de 2008. Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

41 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

El derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad de cultos tienen un núcleo esencial reconocido por la Corte Constitucional. El primero consagra que el ser humano puede establecer una relación con el ser que estime superior; relación que es fuente de complacencia o de inmenso sufrimiento cuando no se logre alcanzar. El segundo supone las posibilidades de no interferencia por parte de los entes públicos o privados para exteriorizar sus propias creencias⁴². En complemento con lo anterior se tiene que la Corte Constitucional reconoce que estos derechos son subjetivos e incluyen:

[a] Autonomía para que el individuo adopte cualquier tipo de decisión acerca de sus opiniones, sentimientos o concepciones incluyendo, entre muchas otras cosas, la posibilidad de negar o afirmar su relación con Dios, así como adoptar o no determinados sistemas morales para la regulación de su propia conducta.

[b] El derecho a la religiosidad es un derecho de libertad: (i) no puede consistir en una imposición ni del Estado ni de otra persona; (ii) tampoco puede ser objeto de prohibición por parte de la autoridad o de particulares.

[c] El derecho a la religiosidad es un derecho subjetivo, fundamentalmente, a: (i) adherir a una fe o profesar un sistema de creencias trascendental; (ii) practicar individual o colectivamente un culto; (iv) divulgarla, propagarla y enseñarla; (iv) asociarse y pertenecer a una congregación o iglesia; y (v) a impartir, los padres, determinada formación religiosa a sus hijos.

[d] Los derechos de libertad religiosa y de cultos imponen deberes de protección y respeto al Estado y los particulares, cuanto menos, así: (i) *el Estado, a no imponer una religión o culto oficiales; los particulares, a no obligar a otros profesar una fe; (ii) los particulares y el Estado, a respetar las creencias, manifestaciones del culto, elementos sagrados del mismo y la divulgación y enseñanza religiosas; y (iii) el Estado, a proteger los derechos de libertad religiosa y garantizar su ejercicio pacífico y tranquilo.*

[e] Los titulares de derechos religiosos -creyentes, padres de familia, pastores o ministros del culto, sacerdotes, iglesias, etc.-, tienen un derecho a: (i) que el Estado se abstenga de ofender o perseguir una determinada iglesia o confesión religiosa; (ii) que el Estado y los particulares se abstengan de ejecutar comportamientos que constituyan un agravio al conjunto de símbolos u objetos de veneración vinculados a los diferentes sistemas de creencias; (iii) recibir protección de las autoridades estatales -deber de protección- frente a determinadas conductas que impidan o coarten la profesión de una fe religiosa o las manifestaciones de culto; y (iv) que el Estado proteja igualmente las iglesias y confesiones, sin discriminaciones ni favorecimientos

42 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-616 del 27 de noviembre de 1997. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-588 del 20 de octubre de 1998. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1083 del 5 de diciembre de 2002. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

especiales.

[f] El ejercicio de los derechos de libertad religiosa y de cultos admite limitaciones, por razones de: (i) seguridad, orden, moralidad y salubridad públicos; (ii) el ejercicio de los derechos constitucionales y libertades de los demás⁴³.

En concordancia, frente al núcleo esencial de la libertad de cultos en sentencia T-602 de 1995, la Corte Constitucional afirmó que:

“El núcleo esencial de la indicada libertad está constituido precisamente por las posibilidades, no interferidas por entes públicos o privados, de dar testimonio externo de las propias creencias, en espacios abiertos o cerrados, siempre que, al expresar mediante el culto las convicciones espirituales que se profesan, quien lo lleva a cabo no cercene ni amenace los derechos de otros, ni cause agravio a la comunidad, ni desconozca los preceptos mínimos que hacen posible la convivencia social”⁴⁴.

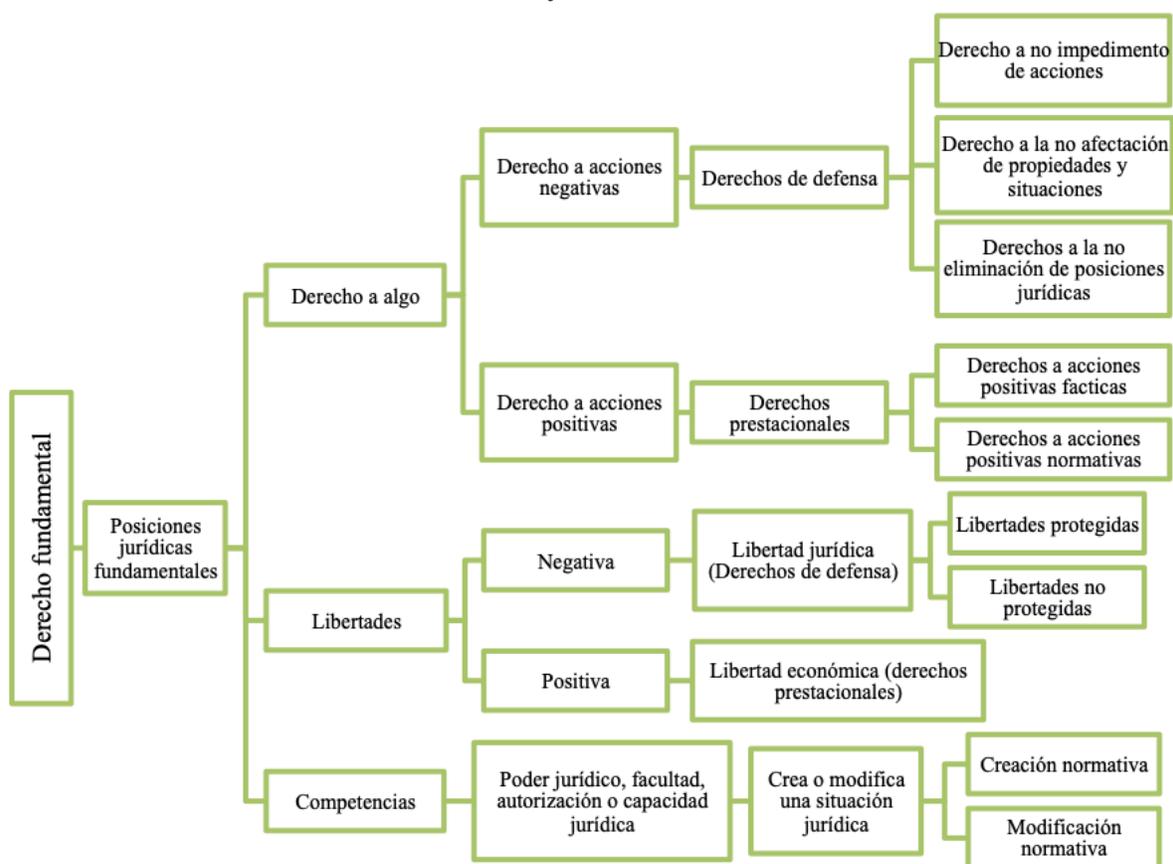
Los núcleos esenciales establecidos por la Corte se quedan cortos, en particular el núcleo esencial del derecho a la libertad de cultos, que, para el objeto de estudio, se requiere una mayor precisión en su contenido y sobretodo su alcance. Por lo tanto, para complementar esta aproximación se emplea la teoría de Alexy de los derechos fundamentales. Esta permitirá analizar el derecho a la libertad de cultos desde sus contenidos obligacionales derivados de las posiciones jurídicas que contiene el artículo 19 de la Constitución Política de Colombia y el desarrollo jurisprudencial presentado. La estructura de la teoría de Alexy⁴⁵, cuadro 1, es la siguiente:

43 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-524 del 10 de agosto de 2017. Magistrado ponente: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo.

44 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-602 del 12 de diciembre de 1995. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

45 Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. en español (Madrid: Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, 2008).

Cuadro 1. Teoría de Alexy de los derecho fundamentales



Fuente: Elaboración propia

Los derechos fundamentales se consagran en una norma que permite identificar las posiciones jurídicas que tiene un individuo frente al Estado, sin las cuales, sin su reconocimiento, se podría perjudicar al individuo titular del derecho. Estas posiciones jurídicas comprenden tres elementos claves para entender el derecho fundamental desde esta perspectiva, a saber: derecho a algo, libertades y competencias.

En ese orden de ideas, el **derecho a algo** es una estructura conformada por tres elementos: el titular del derecho (*a*), el destinatario del derecho (*b*) y el objeto del derecho (*G*). El titular del derecho puede ser una persona natural o jurídica; el destinatario es el Estado o puede ser algún particular y el objeto del derecho es una acción u omisión del destinatario. Lo principal de esta relación triádica es el objeto, el cual comprende dos tipos de obligaciones distintas en cabeza del destinatario, acciones negativas u omisiones (derechos de defensa) y acciones positivas (derechos prestacionales).

Los *derechos de defensa* implican tres tipos de omisiones por parte del Estado para su cumplimiento: i) no impedir u obstaculizar acciones; ii) no afectar propiedades o situaciones y, iii) no eliminar posiciones jurídicas. Los derechos al no impedimento u obstaculización de acciones se diferencian por el

grado de dificultad que impone (*b*) para que (*a*) realice o no una acción. Será un impedimento cuando (*b*) cree una circunstancia que imposibilite fácticamente a (*a*) realizar la acción. Será un obstáculo cuando (*b*) cree circunstancias que representan una traba o una obstrucción para que (*a*) realice una acción; obligando a que (*a*) realice grandes esfuerzos y sacrificios para llevarla a cabo. Los derechos a la no afectación de propiedades y situaciones hacen referencia a que el titular no sea perjudicado en las propiedades adquiridas y en las situaciones establecidas. Un ejemplo de propiedad es estar vivo y estar sano, y un ejemplo de situación es la inviolabilidad del domicilio. Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas implican previamente la configuración jurídica de la misma. Esta se lleva a cabo por las normas que definen la institución jurídica; normas sobre la fundamentación, la finalización y las consecuencias jurídicas. La fundamentación es la creación de la norma que origina esta posición. La finalización es que se derogue la norma que permite al ser humano tener la calidad de titular del derecho. Las consecuencias jurídicas son todas aquellas posiciones jurídicas abstractas que se derivan de este derecho.

Los *derechos prestacionales* suponen dos acciones del Estado de acuerdo con el objetivo perseguido, ya sea éste una acción fáctica o una acción normativa. Las primeras son fácticas por el resultado de la acción, no por sus medios, de esa forma la ejecución de la acción tiene implícita la satisfacción del derecho. Por ejemplo, la subvención a los colegios públicos por parte del Estado. Las segundas hacen referencia a las acciones del Estado dirigidas a la creación normativa sustantiva, de organización y procedimiento que comprende la protección jurídica.

Los conceptos que abarca el derecho a algo se explican con el siguiente ejemplo:

a tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a la vida.

1. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no lo maté (*G*)
2. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no le dificulte vivir (*G*).
3. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no altere el *statu quo* (*G*), no altere su vida, no altere estar sano y no altere su domicilio.
4. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no derogue las normas que protegen la vida (*G*).
5. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que este respete su vida (*G*).
6. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste proteja su vida (*G*) contra las intervenciones antijurídicas de terceros.
7. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste cree la norma penal que sancione matar

(G) a alguien.

De esta forma se puede ver que las expresiones permiten comprender y concretar el contenido del derecho. Las acciones negativas del Estado se ven reflejadas en (1), (2), (3) y (4). La oración (2) se encuadra entre el primer grupo de omisiones; dependiendo de las circunstancias que el Estado establezca el sujeto (*a*) estará frente a un impedimento o un obstáculo. La oración (1) y (3) encajan en el segundo grupo de omisiones, no perjudicar las propiedades y situaciones consolidadas al titular. La (4) hace parte del grupo de no eliminación de la posición jurídica, esto es la no derogación de la norma que protege el derecho a la vida.

Las acciones positivas del Estado se muestran en las expresiones (5), (6) y (7). La (5) está contenida en el grupo de acciones positivas fácticas, mientras que la (6) y (7) están comprendidas dentro del grupo de acciones positivas normativas, ya que para proteger la vida el Estado debe crear normas que cumplan este fin y sancione aquellos que vulneren el derecho a la vida.

Lo importante para entender el concepto de las **libertades** de esta teoría, se desarrolla a partir de las posiciones jurídicas básicas. Así, las libertades se dividen en libertades negativas y positivas. En ese orden, se explica que la libertad negativa se entiende por las posibilidades de acción, la cual requiere derechos de defensa para asegurarla; mientras que la libertad positiva es el comportamiento correcto, es decir, una sola acción, ésta sólo requiere acciones positivas del Estado para su consolidación. La libertad jurídica se clasifica en libertad negativa y, la libertad económica se entiende que es una libertad positiva.

Alexy explica esta clasificación con el siguiente ejemplo: Para que (*a*) pueda pasar de su situación de no libertad económica a una situación de libertad económica, (*a*) tiene que obtener o adquirir algo. Si esta ha de llevarse a cabo a través de una forma jurídicamente garantizada por el Estado, entonces este puede otorgarle un correspondiente derecho a recibir prestaciones, un derecho a una acción positiva del Estado. En cambio, para la creación de una situación de libertad jurídica, es indispensable tan solo una omisión del Estado, una acción negativa, para ello es indispensable un derecho de defensa.

La libertad negativa comprende dos grupos, las libertades protegidas y no protegidas. Las primeras son la oportunidad de realizar las acciones permitidas al titular del derecho aseguradas por las normas objetivas y posiciones jurídicas derivadas de un derecho a algo. Las segundas consisten en el permiso de hacer algo y en el permiso de omitirlo, no incluye un aseguramiento por medio de normas y derechos que protejan la libertad.

Frente a esto, la libertad de profesar la religión existe sólo, pero también siempre cuando está tanto

permitido hacerlo cómo no hacerlo. Sin embargo, la protección del derecho fundamental de la libertad no se limita a esto, puesto que “consiste en un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de ejecutar las acciones permitidas. Si una libertad está vinculada con tales derechos y/o normas es entonces una libertad protegida”⁴⁶. Se está en el caso particular frente a una libertad protegida, consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política de 1991.

Las **competencias** adicionan a la capacidad de acción del individuo algo que no se posee por naturaleza. Esto implica que quien tenga la competencia podrá modificar una posición jurídica, mediante la creación normativa o la modificación de las posiciones derivadas de la norma establecida. Entonces, solo aquellas creaciones o modificaciones emanadas por el titular de la competencia serán válidas; sin competencia serán inválidas. Las acciones que representan el ejercicio de una competencia son acciones institucionales, las cuales presuponen reglas jurídicas constitutivas de la competencia.

Este aspecto no será analizado más adelante en el caso concreto ya que lo que se discute en esta investigación, no es la competencia del ciudadano, ejemplo el poder de fundar una entidad religiosa, ni la competencia del Estado, la competencia de sus órganos. Por el contrario, se analiza si las medidas que afectan a las entidades religiosas vulneran las posiciones jurídicas derivadas del derecho fundamental a la libertad de cultos.

IMPUESTO PREDIAL E IMPUESTO SOBRE EL VALOR AGREGADO (IVA)

La obligación tributaria tiene su fundamento en el artículo 338 de la Constitución Política de 1991 que faculta al Congreso, asambleas departamentales, concejos distritales y municipales para imponer contribuciones fiscales o parafiscales y fijar los elementos esenciales de la obligación tributaria a saber, los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

El sujeto activo es el acreedor de la deuda; el sujeto pasivo es el deudor de la obligación y que ha sido señalado por la ley como titular con capacidad para contribuir; el hecho gravable es un hecho jurídico, vinculado a la manifestación de capacidad para contribuir, seleccionado por la ley como causa inmediata de la deuda tributaria y cuyo acaecimiento da origen al tributo; la base gravable es la expresión del hecho gravable en cantidades mensurables con el objetivo de establecer el valor de la obligación tributaria en cada caso y, la tarifa que es un factor matemático constante, que aplicado a la base gravable muestra la cuantía de la obligación tributaria⁴⁷.

46 Alexy y Bernal, *Teoría de los Derechos*, 199.

47 Juan Rafael Bravo Arteaga, *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*, 3ª ed. (Bogotá: Legis, 2000), 192.

En el impuesto predial los elementos de la obligación tributaria son: el Estado, en particular, el municipio al que pertenece el predio es el *sujeto activo*, acreedor de la deuda, quien percibe los recursos. El *sujeto pasivo* es aquella persona natural o jurídica, sociedad de hecho, fideicomitente, beneficiario, consorcio o unión temporal que sea propietario o poseedor de predios⁴⁸. El *hecho generador* es la existencia de predios de tipo urbano o rural, con o sin edificaciones, ubicados en el perímetro de un municipio⁴⁹. La *base gravable* es el valor del avalúo catastral vigente al momento de causarse el impuesto. La *tarifa* estará entre el 2x1000 y el 33x1000 dependiendo de estratificación, destinación y ubicación del predio⁵⁰.

El Estatuto Tributario⁵¹ consagra en el artículo 420 y ss. los elementos del impuesto sobre las ventas IVA. El *sujeto activo* es el Estado quien recibe el recaudo. El *sujeto pasivo* es la persona natural o jurídica quien puede soportar la carga para contribuir. El hecho generador es la venta de bienes corporales muebles e inmuebles gravados, venta o cesión de derechos sobre activos tangibles de propiedad industrial, prestación de servicios en el territorio nacional o desde el exterior gravados, importación de bienes corporales gravados y circulación, venta u operaciones de juegos de suerte y azar. La *base gravable* es el valor total de la operación incluyendo erogaciones complementarias, aunque se facturen o se convengan por separado. Finalmente, la tarifa es del 0,5% y el 19%.

En su contenido, las normas del impuesto del IVA clasifican a quienes son responsables y no responsables del impuesto a las ventas dependiendo de sus condiciones y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Dentro de los responsables del impuesto a las ventas se contempla el Régimen Tributario Simple, que tanto las personas naturales como jurídicas podrán figurar como sujetos pasivos del régimen siempre y cuando cumplan con los requisitos que rezan en el artículo 905 del Estatuto Tributario. De igual forma la norma contempla aquellos que no pueden pertenecer a este régimen, de conformidad con el artículo 906 del mismo.

El Régimen Tributario Simple establece que los servicios profesionales en el que predomine el factor intelectual sobre el material, incluidos los servicios de profesiones liberales deberán pagar una tarifa unificada de acuerdo a sus ingresos brutos anuales. Entiéndase por profesiones liberales, toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se

48 Ley 1450 del 2011, 29 de diciembre de 2010. Normas tributarias de control y para la competitividad. *Diario oficial* 47937.

49 Resolución 2555 de 1988, 28 de septiembre de 1988. Formación, actualización de la formación y conservación del Catastro Nacional y subroga la resolución No. 660 del 30 de marzo de 1984.

50 Ley 1450 de 2011, 16 de junio de 2011. Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. *Diario oficial* 48102.

51 Decreto 624 de 1989, 30 de marzo de 1989. Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. *Diario Oficial* 38756.

requiere la habilitación a través de un título académico⁵². Esta tarifa unificada comprende impuesto sobre la renta, impuesto nacional al consumo, impuesto sobre las ventas e impuesto de industria y comercio.

Este punto será relevante para identificar el servicio que se deriva de la profesión de un sacerdote, clérigo o quien se encuentre a cargo de profesar la religión correspondiente. En Colombia, esta profesión liberal no está contenida como una actividad comercial, empero, esta se caracteriza por prestar un servicio de acompañamiento, de orientación, de administración de los ritos y difusión del sistema de creencias. Los servicios derivados de esta profesión podrían ser equiparable a los servicios prestados, por ejemplo, por un abogado. El sacerdote estaría asesorando a sus feligreses en ejercer su derecho a la libertad de culto, así como el abogado estaría asesorando a su cliente a ejercer su derecho a la defensa o debido proceso.

De acuerdo a lo anterior, la medida implicaría una tarifa plena para los bienes inmuebles de las entidades religiosas de acuerdo a las normas de cada municipio y una tarifa especial para el inmueble que esté destinado exclusivamente para profesar de forma colectiva la religión o el culto. Frente a las profesiones liberales se debería aplicar de acuerdo a la norma que regula los impuestos de la prestación de servicios en donde prime lo intelectual sobre lo material. Ahora bien, se pasa a analizar el tema de fondo.

CASO CONCRETO

El centro de esta investigación radica en analizar si la afectación de extender el impuesto predial y el impuesto del IVA a las entidades religiosas y al líder de la comunidad es ilegítima de tal forma que vulnera el derecho fundamental a la libertad de cultos de las personas. Se tiene que la constitución de una entidad religiosa es una vía para profesar la religión de forma colectiva; elemento exterior que permite rendir homenaje mediante actos y ceremonias a lo que el ser humano considere superior, divino o sagrado. Por su parte, los impuestos previstos para su extensión (en adelante, la medida) son aplicables a las personas jurídicas especiales reconocidas por el Ministerio de Interior y al líder de la comunidad. Esta medida no le es aplicable al ser humano que hace parte de una comunidad o visite concurrentemente estos lugares (entidad religiosa). Se prosigue a realizar el análisis correspondiente, aplicar la teoría de Alexy para identificar las barreras que el legislador debe respetar del núcleo esencial para extender los impuestos.

52 Decreto 3050 de 1997, 23 de diciembre de 1997. Se reglamenta el Estatuto Tributario, la Ley 383 de 1997 y otras disposiciones. *Diario oficial* 43201.

La Constitución Política de 1991 consagra el derecho a la libertad de cultos, el cual reza “Se garantiza la libertad de cultos”. De este postulado y del núcleo esencial definido por la Corte Constitucional se construirán los enunciados que representan las posiciones jurídicas, el contenido o deberes derivados de las mismas.

DERECHO A ALGO

a tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste garantice la libertad de cultos (*G*)

1. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no dificulte la libertad de cultos (*G*)
2. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no dificulte las manifestaciones y expresiones que conlleva el culto (*G*)
3. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no dificulte la divulgación, la propagación y la enseñanza religiosa.
4. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no altere el *statu quo* (*G*), es decir, no altera la libertad de cultos, no altera las formas de manifestación y expresiones de su religión.
5. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no imponga un culto oficial (*G*)
6. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no imponga una forma de manifestación, de propagación y de expresión del culto (*G*)
7. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste no derogue la norma que protegen la libertad de cultos (*G*)
8. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste respete las manifestaciones y los elementos sagrados del culto (*G*)
9. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste respete la divulgación, la propagación y la enseñanza religiosa (*G*)
10. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste respete la asociación y hacer parte de una entidad religiosa.
11. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste garantice el ejercicio pacífico y tranquilo de la libertad de cultos (*G*)
12. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste proteja la libertad de cultos de interferencias (*G*) de entes públicos, privados y particulares
13. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste proteja igualmente las confesiones e iglesias, sin discriminaciones ni favorecimientos especiales (*G*)
14. Todos (*a*) tienen frente al Estado (*e*) el derecho a que éste cree la(s) norma(s) que sancione(n) la vulneración de la libertad de cultos (*G*)

De esta forma vemos los deberes y las competencias que tiene el Estado (*e*) frente al derecho fundamental del ser humano (*a*). La clasificación de estas se tiene a continuación:

Los derechos a acciones negativas, obligación de no hacer, se entienden consagradas en los enunciados (1), (2), (3), (4), (5), (6) y (7). Estas se clasifican en la división de las acciones negativas. La obligación del Estado a **no impedir u obstaculizar** las acciones del titular del derecho se reconocen en las frases (1), (2) y (3). Se debe evaluar el grado de dificultad que la medida tenga o no sobre estas posiciones jurídicas con el fin de determinar si esta impide u obstaculiza las acciones del titular del derecho.

Se entenderá un impedimento cuando al ser humano (*a*) le es imposible fácticamente elegir las formas de expresar su religión, manifestar su religión, adoptar las expresiones impuestas en su culto, divulgar, propagar y enseñar su religión. Por obstaculización entiéndase cuando el ser humano (*a*) se enfrenta a trabas y barreras que lo obligan a realizar grandes esfuerzos y sacrificios para elegir un culto, manifestar su religión, adoptar las formas de expresión previstas por su culto, divulgar, propagar y enseñar su religión.

La obligación del Estado a **no afectar propiedades y situaciones** del titular del derecho se establece en los enunciados (4), (5) y (6). Entonces, es preciso determinar si aún implementando la medida el ser humano (*a*) le corresponde ser libre de elegir su culto, la manifestación y formas de expresión, en términos de propiedad y, estar libre de coacción para elegir un culto, libre para manifestar y elegir formas de expresión acordes al culto, en términos de situaciones.

El derecho de acción a la **no eliminación de posiciones jurídicas** se refleja en las frases (7). Esto implica la configuración de un derecho individual con base en la fundamentación, la finalización y las consecuencias jurídicas de la posición jurídica. En ese orden, la fundamentación radica en la creación de normas que originan esta posición, en el caso concreto, el artículo 19 de la Constitución Política de 1991 “origina” el derecho a la libertad de cultos. La finalización implica que se derogue esta norma que permite al ser humano ser titular del derecho. Las consecuencias jurídicas son todas aquellas posiciones jurídicas abstractas que se derivan de este derecho, por ejemplo, libertad de cambiarse del culto, no ser perturbado en el ejercicio de su derecho o el derecho a la defensa de su derecho.

Los derechos a acciones positivas, se encuentran en los enunciados (8), (9), (10), (11), (12), (13) y (14). Las acciones fácticas del Estado (8), (9), (10) por su forma de ejecución tienen implícita la satisfacción del derecho. Las acciones normativas implican necesariamente que (11), (12), (13) y (14) están dirigidas a la creación normativa sustantiva, de organización o de procedimiento para satisfacer el derecho.

La medida implica, por su carácter y finalidad, una afectación económica al sujeto que cuenta con la capacidad para contribuir. Capacidad que se ha demostrado en los informes de la Dian sobre las declaraciones de ingresos y patrimonio de estas entidades. Esta medida no pretende derogar ninguna norma existente, sino primero, modificar la exención del impuesto predial aplicando la tarifa a todos los bienes inmuebles de las entidades religiosas; segundo, ampliar el sujeto pasivo del impuesto a la venta de bienes y servicios, en particular, los bienes muebles vendidos en las entidades religiosas y el servicio prestado por la profesión liberal del sacerdote, pastor o quien haga sus veces.

Esta medida restrictiva tiene que ser legítima, razonable y proporcional para que el legislador pueda imponerla. La Corte Constitucional, en sentencia T-407 de 2012⁵³, ha afirmado que la facultad del legislador de imponer límites a los derechos es válida siempre y cuando las medidas adoptadas (i) cumplen una finalidad constitucional, (ii) son idóneas respecto del fin pretendido, (iii) son necesarias por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, (iv) si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida.

Se debe entonces realizar un juicio de proporcionalidad que permitirá determinar si la medida es legítima, es decir, está autorizada en el contexto de la norma constitucional; si está es necesaria y por último si es proporcional, esto es, si los derechos que se ven afectados por la restricción sufren desmedro proporcional al fin legítimamente perseguido. La intensidad del juicio, de acuerdo con la sentencia T-407 de 2012⁵⁴, dependerá de la cercanía al núcleo esencial del derecho a la libertad de cultos, establecido en la sentencia C-636 de 2009⁵⁵. En este caso se aplicará un test estricto ya que la medida *prima facie* afecta el goce de un derecho constitucional fundamental.

En ese orden de ideas, la medida encuentra fundamento en una norma de rango constitucional, el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia. La finalidad perseguida es el deber de las personas y de los ciudadanos de contribuir a financiar los gastos y las inversiones del Estado previsto en el artículo 95.9 de la Constitución, el cual implica obligaciones de pagar los tributos (sustanciales) y cumplir con las cargas que facilitan la función fiscal de la administración (formales), ejemplo suministrar información oportuna y veraz, según la sentencia C-551 de 2015⁵⁶.

53 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-407 del 31 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

54 Ibid.

55 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-636 del 16 de septiembre de 2009. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

56 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-551 del 26 de agosto de 2015. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Para determinar si la medida es proporcional, es decir, si los derechos afectados sufren un desmedro proporcional al fin perseguido importa entender el derecho fundamental a la libertad de cultos como un haz de posiciones jurídicas derivadas de un derecho a algo. De esa forma, hay que descartar las posiciones jurídicas que no se ven afectadas por la medida de carácter económico, a saber, (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (13), (14).

Las posiciones jurídicas derivadas de las oraciones (5) y (6) no se cumplen ya que la medida no está imponiendo al ser humano un culto, una forma de manifestación, de propagación y de expresión de un culto en particular. La medida no está derogando ninguna norma en relación con la protección de la libertad de cultos (7). Aquellas posiciones de las afirmaciones (8), (9) y (10) no se afectan con la medida puesto que la imposición de un impuesto a las entidades religiosas y al líder no es una forma de irrespetar el contenido sagrado o superior de sus creencias o forma de culto. La medida no está socavando (11) la garantía del ejercicio pacífico y tranquilo de la libertad de cultos, tampoco está (13) discriminando o favoreciendo una entidad religiosas en particular y no tiene relación con (14) las sanciones establecidas en la normatividad en caso de vulneración de este derecho.

Ahora bien, hay que analizar si las posiciones jurídicas (1), (2), (3) y (12) se ven afectadas por la medida netamente económica.

*Todos (a) tienen frente al Estado (e) el derecho a que éste **no dificulte** (1) la libertad de cultos; (2) las manifestaciones y expresiones que conlleva el culto y, (3) la divulgación, la propagación y la enseñanza religiosa.*

Todos (a) tienen frente al Estado (e) el derecho a que éste (12) proteja la libertad de cultos de interferencias (G) de entes públicos, privados y particulares.

Se está con (1), (2), (3) frente a acciones negativas del Estado, un derecho al no impedimento u obstaculización. Hay que descartar la clasificación de impedimento, ya que esta medida no imposibilita fácticamente realizar cualquiera de estas acciones. Esto se ve más claro en la posibilidad y libertad que tiene un ciudadano de crear una entidad religiosa; acción que no está, ni será prohibida. Cualquier individuo que cumpla con los requisitos establecidos en la Dirección de Asuntos Religiosos del Ministerio de Interior puede solicitar el reconocimiento de la personería jurídica especial y constituir la entidad religiosa. No obstante, tomar esta decisión conlleva el pago futuro de una tarifa sobre los inmuebles que posea la entidad para profesar sus creencias u otros usos, por ejemplo: parqueaderos, subsidiarias, locales, auditorios, etc.

De igual forma, un impuesto no ejerce coerción sobre los feligreses de una religión frente a qué man-

ifestaciones o formas de expresión o de divulgación o de enseñanza pueden escoger, es decir, no se está prohibiendo su libertad de acción. Por eso, esta medida no tiene un nivel de dificultad alto, ya que esta no veta a los titulares del derecho. La libertad de escoger el culto, las manifestaciones, las formas de expresión que implican el culto, la divulgación, la propagación y la enseñanza religiosa se podrían encontrar con ciertas trabas dependiendo de la capacidad económica de la colectividad que está detrás de la entidad religiosa. La medida podría estar restringiendo los recursos disponibles para realizar estas acciones, pero no prohibiendo su ejecución.

Sin duda, la medida es un obstáculo para realizar las acciones derivadas de estas posiciones jurídicas. Sin embargo, no es clara la intensidad de este obstáculo y los conflictos entre los principios involucrados. Por eso, se realizará un análisis de ponderación desde dos perspectivas, primero, la tensión entre un derecho y un deber, esto es, el derecho a la libertad de cultos contra el deber de contribuir y tributar; segundo, la tensión entre dos derechos, estos son el derecho a la libertad de cultos y el derecho a la igualdad. Esta última perspectiva se pone de manifiesto por qué eliminar una carga tributaria implica un privilegio en razón de (i) la calidad o no de entidad religiosa y (ii) las profesiones liberales, lo que conlleva a una posible afectación a la igualdad de trato.

Antes de seguir es necesario explicar en qué consiste este análisis de ponderación. De acuerdo con Bernal⁵⁷, la ponderación es la forma de resolver la incompatibilidad entre normas *prima facie* o la colisión entre principios. La estructura de la ponderación cuenta con tres elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y cargas de argumentación. De acuerdo con la ley de la ponderación se establece que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. En ese orden de ideas, primero, se debe definir el grado de la no satisfacción o afectación del principio (i). Luego definir la importancia de la satisfacción del principio (j). Por último, definir si la importancia de la satisfacción del principio (j) justifica la afectación del principio (i).

La fórmula del peso se expresa de la siguiente forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC} * GP_{iA} * SP_{iC}}{WP_{jC} * GP_{jA} * SP_{jC}}$$

A las variables se les puede atribuir un valor numérico de acuerdo al grado de afectación del primer

57 Carlos Bernal Pulido, "Estructura y límites de la ponderación" Revista Doxa, n.º. 26 (2003): 227-232, doi: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>

principio (IP_iC), de satisfacción del segundo principio () y del peso abstracto⁵⁸ de cada principio ((GP_iA y GP_jA)), de la siguiente forma: leve = 1; medio = 2 e intenso = 4. Los valores para las variables de seguridad⁵⁹ de las premisas fácticas (SP_iC y SP_jC) son: valor seguro = 1; plausible = $\frac{1}{2}$ y no evidentemente falso = $\frac{1}{4}$.

La carga de argumentación que se aplica en caso de que los pesos de los principios sean iguales, es decir, $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$, esto se realizará con el fin de resolver el empate entre los principios y determinar qué principio prima sobre el otro.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS VS. DEBER DE CONTRIBUIR Y TRIBUTAR

Primero se define el grado de no satisfacción o afectación del derecho a la libertad de cultos (*i*). Se descarta el grado de afectación intenso, puesto que la medida no impide, ni impone una forma de satisfacción del derecho, es decir, ésta no está prohibiendo en absoluto el ejercicio de la libertad de cultos. Ahora, si la medida afecta a los que no tienen suficientes recursos para pagar los impuestos, el grado de afectación del derecho sería de grado medio, ya que ésta les impone una carga que limita o restringe los recursos disponibles para ejercer su libertad. Sin embargo, el grado de afectación sería leve para quienes cuenten con la capacidad económica de tributar. Frente a estas dos situaciones, según la sentencia C-664 de 2009⁶⁰, en virtud de la equidad vertical y el principio de progresividad en materia tributaria, esta carga se podría implementar de forma proporcional a la capacidad económica del futuro contribuyente. Bajo este supuesto, se estaría ante un grado leve de afectación del derecho a la libertad de cultos, es decir, $IP_iC = 1$.

Segundo se define el grado de satisfacción del deber de contribuir y el deber de tributar (*j*). El grado de satisfacción de este principio es de nivel medio por las siguientes razones. Existen dos obligaciones a cargo del contribuyente, i) informar de forma veraz y oportuna el monto que debe contribuir y ii) pagar oportunamente los tributos. La primera obligación ya se cumple, pero la segunda entraría a cumplirse con la imposición y extensión de los impuestos, de acuerdo con la sentencia C-743 de 2015⁶¹.

58 La variable del peso abstracto reconoce que, a pesar de que los principios que entran en colisión tienen la misma jerarquía, uno de los principios puede tener una mayor importancia en abstracto de acuerdo con los conceptos de los valores predominantes en la sociedad. Por ejemplo: el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, ya que para poder ejercer la libertad es necesario tener vida.

59 Estas variables reconocen el nivel de seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el tema examinado, es decir, el grado de certeza de las afirmaciones expuestas en el primer elemento, la ley de ponderación.

60 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-664 del 22 de septiembre de 2009. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

61 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-743 del 2 de diciembre de 2015. Magistrado ponente: Dr. Myriam Ávila Roldán.

Sumado a esto, los niveles de riqueza de estos sujetos es significativa de acuerdo con las declaraciones de ingresos y patrimonio presentadas a la DIAN, las cifras mencionadas en la parte introductoria, lo cual contribuiría al déficit fiscal de la Nación. Por eso, la medida entraría a satisfacer parte del deber de contribuir y tributar, nivel medio **WP_jC = 2**.

El peso abstracto de ambos principios en la sociedad colombiana, en principio, son considerados con un nivel de importancia similar, sin embargo se podría argumentar que en este caso aplica el principio que establece que el interés general (economía, regla fiscal, nivel nacional) prevalece sobre el interés particular (impuesto a entidades religiosas). Para este caso se asumirá igualdad en la abstracción de estos principios, es decir, **GP_iA = 2** y **GP_jA = 2**. Por último, la seguridad de las apreciaciones empíricas expuestas tienen un alto grado de certeza, esto es **SP_{ij}C = 1**.

De acuerdo a lo anterior, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la libertad de cultos es la siguiente:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC * GP_iA * SP_iC}{WP_jC * GP_jA * SP_jC} = \frac{1 * 2 * 1}{2 * 2 * 1} = \frac{2}{4} = 0.5$$

De forma correlativa, el peso de satisfacción del deber de contribuir y la obligación de tributar sería el siguiente:

$$GP_{j,i}C = \frac{WP_jC * GP_jA * SP_jC}{IP_iC * GP_iA * SP_iC} = \frac{2 * 2 * 1}{1 * 2 * 1} = \frac{4}{2} = 2$$

Se tiene entonces, que el peso del deber de contribuir y la obligación de tributar es mayor (2) que la afectación de la libertad de cultos (0.5), por eso, esta medida si debería aplicarse.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTOS VS. DERECHO A LA IGUALDAD

Primero se define el grado de no satisfacción o afectación del derecho a la libertad de cultos (*i*), el cual se expuso anteriormente, por eso, **IP_iC = 1**.

Segundo se define el grado de satisfacción del derecho a la igualdad de trato (*j*). Este se encuentra en un nivel de satisfacción medio, **WP_jC = 2**, por las siguientes razones. Primero, en virtud del principio de equidad vertical y de progresividad, quien tiene capacidad económica igual deben contribuir de igual manera, es decir, tener capacidad económica y contribuir de forma proporcional a la misma, según

la sentencia C-664 de 2009⁶². Segundo, el trato igual debe darse para las situaciones susceptibles de comparación para determinar qué es lo que merece un trato igual. Por eso, la capacidad económica de las entidades religiosas es evidente pues la DIAN en diferentes reportes ha mostrado este factor, lo que implica que tienen recursos para contribuir al Estado. Tercero, de acuerdo a las profesiones liberales, el sacerdote, pastor o quien haga sus veces es una profesión que requiere de unos estudios previos para su formación. Entonces, en virtud del trato igual, si el abogado ejerce el derecho de defensa y protege el derecho al debido proceso y, el sacerdote ejerce el derecho a la libertad de cultos, entonces, así como el abogado paga impuestos por los servicios prestados, deberá hacerlo también el sacerdote.

El peso abstracto de los derechos en la sociedad colombiana y en la jurisprudencia es el mismo nivel, ya que tienen el rango de derechos fundamentales. Por eso, se asignará un nivel medio para ambos, así se tiene que $GP_iA = 2$ y $GP_jA = 2$. La seguridad de las apreciaciones empíricas expuestas tienen un alto grado de certeza, $SP_{i,j}C = 1$.

De acuerdo a lo anterior, la fórmula del peso al derecho a la libertad de cultos es la siguiente:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC * GP_iA * SP_iC}{WP_jC * GP_jA * SP_jC} = \frac{1 * 2 * 1}{2 * 2 * 1} = \frac{2}{4} = 0.5$$

De forma correlativa, el peso de satisfacción del derecho a la igualdad de trato igual, sería el siguiente:

$$GP_{j,i}C = \frac{WP_jC * GP_jA * SP_jC}{IP_iC * GP_iA * SP_iC} = \frac{2 * 2 * 1}{1 * 2 * 1} = \frac{4}{2} = 2$$

Esto significa que la medida satisface el derecho a la igualdad a un nivel medio (2) a cambio de sacrificar una parte mínima (0.5) del derecho a la libertad de cultos. En otras palabras, el peso de satisfacción de la igualdad es mayor que la afectación del otro derecho. Por lo tanto, se puede afirmar que desde esta perspectiva es viable la implementación de los impuestos a las entidades religiosas.

Se puede concluir que la medida es legítima, razonable y proporcional para que el legislador pueda imponerla. Entonces, las posiciones jurídicas derivadas de (1), (2), (3) y (12) no tienen un obstáculo significativo que limite el ejercicio del derecho a la libertad de cultos. Por un lado, se argumentó que el grado de dificultad, de trabas y esfuerzos de los titulares del derecho, es menor para las acciones (1), (2)

62 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-664 del 22 de septiembre de 2009. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

y (3) en comparación con la satisfacción del deber de contribuir, la obligación de tributar y el derecho de un trato igual. Por otro lado, dentro de los deberes y obligaciones del Estado están el de proteger a los seres humanos de interferencias de entes públicos, la administración tributaria; sin embargo, éstos al pertenecer a un Estado social de derecho, reconocen que ningún derecho fundamental es absoluto. Por ese motivo, la medida es, al cumplir con los supuestos establecidos por la Corte Constitucional, idónea para su implementación.

El *statu quo* (12) es un concepto que permite entender el estado actual de las cosas, en particular, reconocer el *statu quo* de la pluralidad de individuos jurídicamente organizados en entidades religiosas. Sin embargo, los contenidos obligacionales derivados de esta posición jurídica no son exclusivos para su satisfacción, tampoco es una posición que se pueda mantener en su mayor expresión. Lo anterior se debe a que el contexto social, político y económico de un país no es constante, por el contrario está cambiando y, si esto cambia, entonces la normatividad y jurisprudencia también estará cambiando. Por eso un Estado no puede mantener de forma absoluta un estado de cosas. En ese sentido, los titulares siguen ejerciendo su derecho con una afectación mínima para aquellos que pretendan organizarse de forma colectiva para crear su culto y pretendan destinar bienes inmuebles para realizar sus actividades y, para aquellos que cuenten con bienes inmuebles a su disposición.

CONCLUSIONES

El registro de entidades religiosas en Colombia han venido aumentando en las últimas décadas, su laxa reglamentación permite obtener fácilmente la personería jurídica especial y adquirir instantáneamente los beneficios tributarios. Gracias a la declaración de ingresos y patrimonio, la DIAN ha demostrado la capacidad económica con la que cuentan estas entidades y la magnitud de su patrimonio económico. De allí nace la necesidad de implementar la medida económica consistente en extender el impuesto predial y el impuesto sobre el valor agregado a la entidades religiosas, al líder de la comunidad, por profesión liberal y, los objetos vendidos al público por estas entidades.

El núcleo esencial definido por la Corte Constitucional se complementó con la aplicación de la teoría de Alexy y el análisis de las obligaciones derivadas de las posiciones jurídicas del derecho fundamental a la libertad de cultos, entendido éste como un haz de derecho a algo. A partir de esto, se descartaron las posiciones jurídicas que no se afectan con la medida, posteriormente, se realizó un análisis de ponderación, un test estricto por tratarse de una posible vulneración a un derecho fundamental, sobre las posiciones jurídicas que se verían *prima facie* afectadas.

Sin duda, la medida es un obstáculo económico para los titulares del derecho que pretendan organi-

zarse jurídicamente para profesar, enseñar y divulgar su religión, pero también es un obstáculo para las entidades religiosas ya consagradas ante el Estado. Se logró mostrar que el grado de afectación en ningún momento es absoluto ya que la medida es de carácter netamente económico, la cual ataca directamente los recursos y capacidad económica de las entidades religiosas, de tal forma que limita el nivel de afectación de este derecho fundamental. Asimismo, se argumentó que la intensidad y el nivel de este obstáculo es leve ya que el grado de satisfacción del deber de contribuir y de tributar, así como el grado de satisfacción del derecho a la igualdad de trato es mayor en comparación con el nivel de afectación a la libertad de cultos. En suma, la extensión del impuesto predial y el impuesto sobre el valor agregado es una medida legítima, razonable y proporcional al fin perseguido. Por lo tanto, el legislador podría extender estos impuestos a las entidades religiosas en virtud de su capacidad económica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert y Carlos Bernal Pulido. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. en español. Madrid: Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, 2008.
- Beltrán Cely, William Mauricio. *Pluralización Religiosa y Cambio: Social En Colombia*. *Theologica Xaveriana* 63, no. 175 (June 1, 2013): 57–85. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.Soi20.36492013000100003&lang=es&site=eds-live&scope=site>.
- Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación” *Revista Doxa*, n.º. 26 (2003): 225-238. Doi: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bonilla, Ricardo, Rosario Córdoba, Alfredo Lewin, Oscar Morales, Soraya Montoya, Guillermo Perry, Julio Roberto Piza, Miguel Urrutia y Leonardo Villar. *Comisión de expertos para la equidad y la competitividad tributaria. Informe final presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Bogotá: Fedesarrollo, 2016. Edición en PDF.
- Bravo Arteaga, Juan Rafael. *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2000.
- Castaño, Stefany. “Iglesias, libres de impuestos, pero activas en política”. *El Espectador*, 16 de octubre de 2016, acceso el 40 de mayo de 2019. <https://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-se-crea-promedio-una-iglesia-diaria-y-ninguna-articulo-660708>

Forero, Andrea. “Entre 15 y 20 iglesias son registradas cada semana en Colombia”. El Tiempo, 5 de octubre de 2013, acceso el 26 de mayo 2019. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13103493>

Habermas, Jürgen. “El resurgimiento de la Religión, ¿un reto para la autocomprensión de la modernidad?”, *Diánoia* 53, no. 60 (2008): 3-20, URL: <http://search.ebscohost.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=32767204&lang=es&site=ehost-live>.

Habermas, Jürgen. “Religion in the Public Sphere”. *European Journal of Philosophy* 14 (1): 1-15 URL: <http://search.ebscohost.com.ezproxyegre.uniandes.edu.co:8888/login.aspx?direct=true&db=pif&AN=PHL2086352&lang=es&site=ehost-live>.

Hayek, Friedrich August von. *Los fundamentos de la libertad*. 2ª ed. Madrid: Unión Editora, 1975.

Lara Corredor, David y Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá), Facultad de Teología. *Cultos y libertad de cultos: Marco jurídico del derecho fundamental de la libertad de cultos, constitución política de Colombia de 1991*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Vice Rectoría Académica, 2004.

Lozano Bedoya, Carlos Augusto. *Persona, Religión y Estado: Reflexiones sobre el derecho a la libertad religiosa*. Serie textos de divulgación No. 9. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1995.

Torres, Iván. “¿Cuánto recibiría el país si las iglesias pagarán impuestos?”. *Portafolio*, 16 de noviembre de 2018, acceso el 24 de mayo de 2019. <https://www.portafolio.co/economia/iglesias-con-un-patrimonio-de-14-4-billones-y-libres-de-impuestos-523418>

Velázquez, Melissa. “¿Deben pagar impuestos las iglesias? Así esta el panorama en América Latina”. *CNN Latinoamérica*, 20 de octubre de 2016, acceso el 24 de mayo de 2019. <https://cnnespanol.cnn.com/2016/10/20/deben-pagar-impuestos-las-iglesias-asi-esta-el-panorama-en-america-latina/>

LA HISTORIA SECRETA DE LA DIGNIDAD COMO VALOR CONSTITUCIONAL*

SAMUEL MOYN* (2014)

Yale Human Rights and Development Journal. 17(1). 39-73.

Recibido: 17 de mayo de 2020. Aceptado: 12 de junio de 2020.

RESUMEN

La “dignidad” está de repente en todo lado, en los campos del derecho y la filosofía, aún cuando ya hace tiempo se encontraba en un desuso generalizado. En la opinión popular, esta prominencia se debe esencialmente a las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial cuando, a la sombra del genocidio, la dignidad humana empezó a brillar con luz propia. Específicamente, el constitucionalismo de la dignidad refundaría el derecho público. El concepto de constitucionalismo de la dignidad fue guiado por la pionera insistencia de Immanuel Kant, como principio básico en la Carta de Naciones Unidas (1945), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y en la Ley Fundamental alemana (1949), tres documentos que se fundamentan en la dignidad individual. En esta narrativa convencional, los alemanes - después de los horrores del Holocausto - refundaron el constitucionalismo, y su ejemplo fue llevado a Sudáfrica y más allá. Aunque tomó un tiempo, la dignidad ha despegado en las últimas décadas, de la mano de las fortunas del derecho internacional de los derechos humanos, convirtiéndose en lema global de varias constituciones y tratados internacionales, ofreciendo una guía judicial para la protección de valores básicos. Ciertamente, el interés en la dignidad humana ahora presente en discusiones de casos judiciales y debates filosóficos, así como las crecientes disputas entre jueces y académicos acerca de cómo interpretar las provisiones relacionadas con la dignidad humana merecen una explicación. Sin embargo, ¿es esa mirada convencional sobre la dignidad humana correcta?

PALABRAS CLAVE

Dignidad humana, derecho constitucional, historia del derecho, derechos humanos, catolicismo social.

01 Traducción a cargo de Juan Diego Dimaté y Daniel R. Quiroga-Villamarin.

02 Agradezco a Josef Ansoorge por su asistencia en la investigación sobre Irlanda en este ensayo, y a Yale Law School por financiarlo. También a James Chappel y Oran Doyle por su consejo y a Sanford Diehl por su apoyo extra. Una versión más corta de este artículo aparece con el mismo nombre en *Understanding Human Dignity* (Christopher McCrudden 2013). Para una versión menos académica de estos argumentos ver Samuel Moyn, *Dignity's Due*, en *The Nation* el 4 de noviembre de 2013 (reimpreso el 2014 en *Human Rights and the Uses of History*).

THE SECRET HISTORY OF CONSTITUCIONAL DIGNITY*

SAMUEL MOYN* (2014)

Yale Human Rights and Development Journal. 17(1). 39-73.

Received: may 17, 2020. Accepted: june 12, 2020.

ABSTRACT

“Dignity” is suddenly everywhere in law and philosophy, even though it has long been in decline in general usage. In a popular view, this prominence is essentially due to World War II’s aftermath, when in the shadow of genocide the light of human dignity shone forth. More specifically, it is dignitarian constitutionalism that re-founded public law for our time. The concept of dignitarian constitutionalism channeled Immanuel Kant’s pioneering Enlightenment insistence on inherent human worth into the UN Charter (1945), the Universal Declaration of Human Rights (1948), and the German Basic Law (1949), all three of which begin with the dignity of the individual as basic principle. In this conventional wisdom, Germans after the Holocaust went furthest to rethink constitutionalism, and their example of how to defend human dignity was later taken up in South Africa and beyond. Though it took some time, dignity has since proceeded in the last few decades, in tandem with the larger fortunes of international human rights law, to become a crucial watchword, going global in various constitutions and international treaties, and offering judicial guidance for the protection of basic values. Certainly it is true that interest in dignity swarms in legal cases and philosophical discussions today in ways that demand explanation, and the current dispute among judges and commentators about how to interpret dignity provisions is not uninteresting. But is the conventional wisdom about where dignity came from correct in the first place?

KEY WORDS

Human dignity, constitutional law, history of law, human rights, social catholicism.

01 Translated by Juan Diego Dimaté and Daniel R. Quiroga-Villamarín.

02 I am grateful to Josef Ansorge for assistance with the Irish research for this paper, and to Yale Law School for funding his work, as well as to James Chappel and Oran Doyle for advice, and Sanford Diehl for supplementary help. A shorter version of this paper appears under the same title in UNDERSTANDING HUMAN DIGNITY (Christopher McCrudden, ed., 2013). For a popular version of some of the arguments, see Samuel Moyn, Dignity’s Due, THE NATION, November 4, 2013, reprinted in SAMUEL MOYN, HUMAN RIGHTS AND THE USES OF HISTORY (2014). 1. See Appendix for usage charts in ordinary language. For recent spikes in law and philosophy, see *infra* Part 8.

En nombre de la más Santa Trinidad, de quien deriva toda autoridad y a quien,
como nuestro fin último, todas las acciones de los hombres y los Estados deben referirse,
Nosotros, el pueblo de Éire⁰¹
Humildemente reconociendo todas nuestras obligaciones a nuestro Divino Señor, Jesucristo,
Quién mantuvo a nuestros padres durante siglos de juicios,
Recordando gratamente su lucha heroica y sin descanso,
para conseguir la justa independencia de nuestra Nación,
Y buscando promover el bien común,
con debida prudencia, justicia, y caridad,
para que la dignidad y la libertad del individuo pueda asegurarse,
el verdadero orden social y la unidad de nuestro país restaurado,
y la concordia con otras naciones sea establecida,
adoptamos y proclamamos la siguiente constitución para nuestro pueblo.

Preámbulo de la Constitución Irlandesa de 1937

I. INTRODUCCIÓN

La “dignidad” está de repente en todo lado, en los campos del derecho y la filosofía, aún cuando ya hace tiempo se encontraba en un desuso generalizado⁰². En la opinión popular, esta prominencia se debe esencialmente a las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial cuando, a la sombra del genocidio, la dignidad humana empezó a brillar con luz propia. Específicamente, el constitucionalismo de la dignidad refundaría el derecho público. El concepto de constitucionalismo de la dignidad fue guiado por la pionera insistencia de Immanuel Kant, como principio básico en la Carta de Naciones Unidas (1945), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y en la Ley Fundamental alemana (1949), tres documentos que se fundamentan en la dignidad individual. En esta narrativa convencional, los alemanes - después de los horrores del Holocausto - refundaron el constitucionalismo, y su ejemplo fue llevado a Sudáfrica y más allá⁰³. Aunque tomó un tiempo, la dignidad ha despegado en las últimas décadas, de la mano de las fortunas del derecho internacional de los derechos humanos, convirtiéndose en lema global de varias constituciones y tratados internacionales, ofreciendo una guía judicial para la protección de valores básicos⁰⁴. Ciertamente, el interés en la dignidad humana ahora presente en discusiones de casos judiciales y debates filosóficos, así como las crecientes disputas entre jueces y académicos acerca de cómo interpretar las provisiones relacionadas con la dignidad hu-

01 Nota de los traductores (en adelante, N. del T.), Irlanda en irlandés.

02 Ver Apéndice sobre su uso ordinario en el lenguaje. Para recientes discusiones en derecho y filosofía ver infra Parte 8.

03 Thomas A. Horward, en uno de los muchos ejemplos de esta noción convencional, escribe: “[e]n 1949, con el recuerdo fresco del Holocausto y de los Tribunales de Núremberg, los redactores de la nueva constitución alemana, o Grundgesetz, incluirían un artículo declarando que ‘la dignidad humana es inviolable’. Véase, THOMAS A. HOWARD, IMAGO DEI: HUMAN DIGNITY INECUMENICAL PERSPECTIVE I (2013).

04 Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (2010).

mana merecen una explicación. Sin embargo, ¿es esa mirada convencional sobre la dignidad humana correcta?

Ni en 1776 en Virginia ni en 1789 en Francia fue necesaria la noción de dignidad para constitucionalizar derechos; tampoco lo fue luego en 1946 en Francia, cuando el país encendió la antorcha de su constitución, inspirándose en la experiencia de los países del centro y del este de Europa en la década de 1920.⁰⁵ Además, los alemanes al oeste que escribían la Ley Fundamental no estaban aún preocupados por la tragedia judía. Y aunque es cierto que Kant ocasionalmente se refirió a la dignidad, ninguno de sus discípulos políticos le ha sacado provecho, mientras que sus seguidores filosóficos sólo hasta hace unos años la han venido resaltando. Por tal motivo, no había kantianos en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial (incluyendo en las salas donde la Ley Fundamental fue preparada y debatida), ni realmente en ningún otro lado. De hecho, contrario a la creencia común, no fue Alemania occidental la que constitucionalizó primero a la dignidad como su principio fundamental.

En este artículo nuestro cómo la dignidad humana entró en la historia constitucional global en un inesperado lugar y en un momento especial: 1937 en Irlanda. Esto amenazó -y con frecuencia aún amenaza- con transformar la tradición de los derechos. Después de todo, 1789 y los valores liberales seculares que se erigieron desde esa fecha para la historia europea y mundial no eran populares ni en los treinta ni aún en los cuarenta, y puede que no hayan sobrevivido la venida de la dignidad sin un rasguño. Más específicamente, lo que primero canonizó a la dignidad fue lo que yo llamo el “constitucionalismo religioso”: una nueva forma de constitucionalismo que navega entre un rechazo vehemente del estado liberal y secular largamente asociado con la revolución francesa, y una prolifera demanda por un orden social integralmente religioso. Debe recordarse que los europeos no votaron sin pensar por regímenes fascistas en una era donde la mayoría concluyó que el liberalismo secular había fallado, fue la religiosidad política la que rigió, en casi todos los lugares, en un momento de profunda intersección de fe cristiana y sentimientos nacionalistas. Afuera de la península ibérica, los nuevos estados cristianos del momento no sobrevivieron la ecología política de los años 30's, cuando el fascismo triunfó, ni de los 40's, cuando murió. Pero, a pesar del fracaso de los estados cristianos, la Democracia Cristiana, que surgió después de la segunda guerra Mundial para dominar durante décadas en el occidente de Europa, conservó una sorprendente cantidad de lo que vendría después -notablemente un lugar central en las enseñanzas religiosas en la vida pública, incluyendo en el derecho constitucional. La pronta movida de Irlanda hacia la Democracia Cristiana precede el patrón que marcaron varios países en Europa occidental; países donde (no)coincidentalmente la dignidad había

05 Jürgen Habermas afronta varios de los problemas significantes que tiene la dignidad, teniendo en cuenta las justificaciones históricas de los derechos. Véase JURGEN HABERMAS, THE CRISIS OF THE EUROPEAN UNION: A RESPONSE, ch. 2 (Ciaran Cronin trans., 2012). En todo caso, no estoy convencido de su explicación que asegura que la dignidad debió haber estado implícita todo el tiempo.

tenido presencia por un largo tiempo.

La historia es importante para el entusiasmo actual sobre la dignidad humana, porque, aunque todos los conceptos políticos y legales son elásticos, ninguno es enteramente maleable. Todos los conceptos llevan las marcas de sus propias trayectorias históricas, mientras sus defensores (o detractores) luchan por sus significados. Esto es cierto para el concepto de dignidad, que surgió como parte de un intento por encontrar una nueva forma de democracia -una que ahora en Europa, como en muchos lugares del mundo, tiene un considerable apoyo. Aún cuando el constitucionalismo religioso no fue siempre bienvenido, precisamente porque le otorgaba a la fe un rol público central, es usualmente justificado como un mal menor - o inclusive como un dispositivo transicional cuando no hay alternativa para la integración de la religión y la política, excepto por un régimen constitucional con fuertes rasgos religiosos (que se espera luego se vuelvan periféricos y secularizados).⁰⁶ Pero mientras esta posición es comprensible no es mucho más que una apuesta. No hay razón para creer que este plan de un régimen constitucional intermedio sea capaz de frenar la temida alternativa, o que promueva el resultado esperado, aún en el largo plazo.

Los orígenes de la dignidad dan fe de las posibilidades de una evolución conceptual en medio de nuevas presiones y fuerzas. Empero, la trayectoria de la dignidad también sugiere que dichas fuerzas pueden inesperadamente alzarse para movilizar conceptos y términos - tanto constitucionales como políticos - en diferentes direcciones, a través de la historia de su interpretación, dejando poco espacio para la certeza. En todo caso, no hay una razón teórica para negar las posibilidades de que dichas fuerzas transformen por completo el significado semántico y los usos políticos de un concepto (o de la constitución de la que hace parte) de la manera que más les convenga. Sin embargo, el caso de la dignidad humana muestra que es igualmente posible que los resultados sean una noción esencialmente disputada, poco útil para el debate - excepto en tanto se les encargue a los jueces interpretarla, a costa de la legitimidad democrática, y sólo en tanto dichos debates no reproduzcan las divisiones públicas que llevan a la disputa del concepto.

II. TRADICIONES DEL CONSTITUCIONALISMO: VIEJO, NUEVO, Y RELIGIOSO

Boris Mirkine-Guetzévitch fue la primera persona - el hombre indicado, en el lugar correcto, en el tiempo preciso - en desarrollar reflexiones sobre la trayectoria de los derechos constitucionalmente declarados y su paulatina (aún cuando precaria) internacionalización después de la segunda guerra

06 Véase, por ejemplo, el argumento de Mueller, quien explícitamente propone utilizar el modelo de la democracia Cristiana para la creación de movimientos islámicos ajenos al fundamentalismo. Ver, Jan-Werner Mueller, ¿From Christian Democracy to Muslim Democracy? PROJECT SYNDICATE (Oct. 13, 2008), <http://www.project-syndicate.org/commentary/from-christian-democracy-to-muslim-democracy->.

mundial. Pero no mencionó a la dignidad humana, ni mucho menos la celebró.

Como *emigré* de origen ruso y judío en París (y luego Nueva York), Mirkine-Guetzévitch (1982-1955) fue el fundador de la ahora prestigiosa disciplina del derecho constitucional comparado.⁰⁷ En los años veinte, Mirkine-Guetzévitch había sido uno de los primeros analistas - y proponentes - del “nuevo constitucionalismo” - como famosamente lo llamó. Desde su punto de vista, el auge de los derechos del hombre en el constitucionalismo había ocurrido primordialmente debido a la primera guerra mundial, de manera saliente en las constituciones de los estados del Este de Europa que habían emergido de las ruinas de los imperios derrotados. Cuando publicó su estudio analítico de las constituciones de la posguerra europea a principios de la década de los cincuentas, este concluyó que la restauración de la democracia después de la segunda guerra mundial también se vio acompañada por la consagración de los derechos del hombre como principios del orden político. Para Mirkine-Guetzévitch, la victoria de las armas de los Aliados en la guerra permitió el renacer de la tradición del nuevo constitucionalismo que él había identificado y defendido algunas décadas antes.⁰⁸

El viejo constitucionalismo, aun cuando implicaba una constitución escrita, no provenía de los derechos del hombre. La tradición francesa de 1789 tomó el ejemplo de la de Virginia de 1776 aun cuando lo americanos en ese mismo año habían decidido no continuar (sus redactores bajo presión solo habían proclamado una carta de privilegios en su constitución federal). Pero esta tradición de 1789 fue opacada con la llegada de la 3ª República Francesa (1870-1877). En tiempos modernos, y de hecho mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, los británicos estaban orgullosos de rechazar el constitucionalismo escrito y ni hablar de la constitucionalización de derechos. Sin tener en cuenta algunas aventuras latinoamericanas, la Primera Guerra Mundial fue entonces un punto de inflexión para el ascenso global de los anunciados derechos constitucionales; y a Mirkine-Guetzévitch siempre le pareció que el constitucionalismo basado en los *droits de l'homme* triunfaría a través de su orientalización. El mejor ejemplo, aunque haya durado poco, continuó siendo la Constitución de Weimar, aunque de

07 Mirkine-Guetzévitch nació en Kiev, en el seno de una familia altamente rusificada. Este fue un liberal que simpatizó con el gobierno de Kerensky, antes de que los bolcheviques llegaran al poder. Después de esperar por dos años buscando crear una oposición, huyó a París para establecerse como profesor de Derecho. Fue forzado a irse de Francia en 1940, y sobrevivió la segunda guerra mundial en los Estados Unidos, en donde ayudó a fundar la École Libre des Hautes Études. Después vivió su vida alternando entre las dos ciudades que lo habían acogido. Para ver un retrato colorido de su vida y obra, véase Dvozinar Kévonian, *Les juristesjuifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt*, 34 ARCHIVES JUIVES 72, 72-94 (2001) (Fr.). Sobre su pensamiento jurídico, ver Stéphane Pinon, *Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine- Guetzévitch*, in CARLOS MIGUEL HERRERA, 2 LES JURISTES FACE AU POLITIQUE: LE DROIT, LA GAUCHE, LA DOCTRINE SOUS LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE 61-123 (2005) (Fr.).

08 Véase, en general, BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, *LES CONSTITUTIONS DE L'EUROPE NOUVELLE* (1928, 1930, 1938) y *LES CONSTITUTIONS EUROPÉENNES*, 2 vols. (1951) (Fr.) (en adelante, *LES CONSTITUTIONS EUROPÉENNES*). Ver también sus trabajos teóricos principales, *LES NOUVELLES TENDANCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL* (1933, 1936) (Fr.) [en adelante *LES NOUVELLES TENDANCES*] y *DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL*, ch. 6 § 2 (1933) (Fr.).]

hecho todos los estados post-imperiales desde el Rhine hasta los Urales habían redactado sus derechos en una forma parecida⁰⁹. Después del rescate de esta tradición, por parte de la resistencia, el consenso sobre los derechos humanos pos-segunda guerra mundial, señalado en la Carta de Naciones Unidas y concretada en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, finalmente cubrió al continente europeo. Este consenso llevo al pionero quiebre del periodo de entreguerras a una nueva etapa. Dado el precedente de la Constitución de Weimer, Mirkine-Guetzevitch esperó que la *Grundgesetz*, o Ley Fundamental alemana (1949), fuera parte de esta trayectoria.¹⁰

Aun cuando es interesante, nadie sigue hoy el estudio sobre el progreso del constitucionalismo basado en derechos de Mirkine-Guetzevitch.¹¹ Presente en la creación del constitucionalismo de la dignidad, Mirkine-Guetzevitch no pudo ver el quiebre de su época. Quizás él no entendió -o más generosamente, él no podía entender- en tiempo real lo que en retrospectiva fue un paso hacia adelante. Puede ser, sin embargo, que él sea un mejor guía para entender lo que ocurrió después del genocidio y la guerra, ya que no cometió el error al conectar a la dignidad con los derechos.

Después de todo, por mucho tiempo, incluyendo en la década de los 40's, la dignidad estaba fuertemente correlacionada con las constituciones religiosas en general -donde la alemana era una entre muchas- y las constituciones demócratas-cristianas, en particular. Esas constituciones no rompieron con el espíritu de 1789, sino que lo salvaron, lo rehabilitaron. Los irlandeses fueron realmente pioneros tanto en el desarrollo del constitucionalismo religioso como simbolizando su proyecto apelando a la dignidad humana. En su Constitución de 1937 le dieron un lugar fundamental, como un concepto

09 Ver, en general, Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH con ALPHONSE AULARD, LES DÉCLARATIONS DES DROITS DE L'HOMME: TEXTES CONSTITUTIONNELS CONCERNANT LES DROITS DE L'HOMME ET LES GARANTIES DES LIBERTÉS INDIVIDUELLES DANS TOUS LES PAYS (1929) (Fr.); LES NOUVELLES TENDANCES, nota 10 supra en el cap. 3. Después de primero convertirse en el experto en Paris en derecho soviético, Mirkine Guetzévitch se convirtió en un estudioso de la Revolución Francesa, bajo el tutelaje del famoso Aulard, conectándose con su trabajo sobre constitucionalismo internacional y comparado. Ver, e.g. Boris Mirkine-Guetzévitch, L'influence de la Révolution française sur le développement du Droit international dans l'Europe orientale, 22 RECUEIL DES COURS DE L'ACADÉMIE DE LA HAYE 299, 299-458 (1928) (Fr.).

10 Sobre la resistencia, ver LES CONSTITUTIONS EUROPÉENNES, nota 10 supra en el cap. 4; BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH con HENRI MICHEL LES IDÉES POLITIQUES ET SOCIALES DE LA RÉSISTANCE (1954) (Fr.). Sobre los derechos después de la II Guerra Mundial, ver LES CONSTITUTIONS EUROPÉENNES, nota 10 supra, en el capítulo 8. Sus escritos inmediatamente posteriores a la posguerra sobre el derecho internacional de los derechos humanos son la protection internationale des droits de l'homme, REVUE POLITIQUE ET PARLEMENTAIRE (Oct. 1946); y L'O.N.U. et la doctrine moderne des droits de l'homme, 55 REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 161, 161-98 (1951) (Fr.). Bajo la solicitud de Henri Laugier, también trabajó para la comisión nuclear de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, encargada de redactar la Declaración Universal, con su experticia, editando el primer ANNUAIRE DES DROITS DE L'HOMME (1946). Ver René Cassin, Souvenirs sur B. Mirkine-Guetzévitch, en HOMMAGE À B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1892-1955, en 31 (1955) (Fr.).

11 Ver, e.g., OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Michel Rosenfeld and András Sajó eds. 2012), donde los editores reconocen que estableció como una disciplina académica separada gracias a la producción bibliográfica de Boris Mirkine-Guétzévitch". Id en 5.

inspirado en la religión y conectado (como en el caso alemán) con la subordinación democrática a Dios, y para muchos con las restricciones morales a su derecho natural. Este ensayo rescata este ignorado pero revelador hecho. Argumento que es fundamental entender que la dignidad vino al mundo como parte del establecimiento de un constitucionalismo alternativo, que podríamos llamar “nuevísimo constitucionalismo” de la democracia cristiana. Hasta donde se, no hay un estudio general histórico sobre este surgimiento y aunque Ran Hirschl ha contribuido valiosamente con un panorama de lo que el provocativamente llama “teocracia constitucional”¹², no hay un reconocimiento de que el constitucionalismo religioso es el marco donde la dignidad se canonizó primero. Este nuevo constitucionalismo se cristalizó precisamente en los 30’s, cuando pareció que el liberalismo secular no tenía futuro. Fue inicialmente parte de un paquete de remplazo para ese liberalismo secular y así se mantuvo en Alemania en 1949. La noción convencional sobre el origen de la dignidad es, en gran medida, falsa.

Así, tiene más sentido que Mirkin-Guetzevitch no encontrara valor en la dignidad. De hecho, mientras la década de los 30’s pasaba, cuando la dignidad hizo su entrada constitucional, su origen liberal basado en los derechos del hombre fue quebrada profundamente por distintas formas de reglas dictatoriales, tanto paganas como religiosas. Toda tragedia griega necesita un coro: “la Constitución Española de 1931 fue el último acto del nuevo constitucionalismo en Europa”, volvería a recalcar veinte años más tarde.¹³ “Mucho antes de 1939, uno tras otro, los países de Europa central y del este abandonaron sus constituciones democráticas para convertirse en totalitarias”.¹⁴ Es por lo tanto crucial y misterioso que, gracias a los irlandeses, el constitucionalismo de la dignidad apareciera por este periodo. Si el constitucionalismo de la dignidad es una herencia de la historia que hemos aprendido a utilizar para nuestros propios fines, es interesante también -y quizás inquietante- que viniera de un lugar y un tiempo distinto al que pensábamos.

Para entender el significado original de la dignidad constitucional propongo que es necesario adentrarse en los años confusos justo después de la guerra y el genocidio, pues la dignidad fue una respuesta a diferentes circunstancias. El contexto más iluminador y decisivo para la movida hacia la dignidad constitucional no resulta de la golpeada consciencia “post-Auschwitz”, sino en el catolicismo político anterior al mismo. El catolicismo político se mantendría en las décadas siguientes como el marco

¹² Ver en general, RAN HIRSCHL, *CONSTITUTIONAL THEOCRACY* (2010).

¹³ *LES CONSTITUTIONS EUROPÉENNES*, nota 10 supra, en la 42.

¹⁴ Id. Ver también Mirkin-Guetzévitch, *La Constitution Espagnole de 1931*, 2 *REVUE D'HISTOIRE POLITIQUE ET CONSTITUTIONNELLE* 258, 258-64 (1938) (traducción propia).

dominante de la dignidad, cuando el Holocausto aún no figuraba en la consciencia moral.¹⁵

III. MARZO DE 1937: LA DIGNIDAD CATÓLICA ENTRE EL CORPORATIVISMO Y LA SOCIEDAD CIVIL

Cualquier persona interesada en la “dignidad humana” como la conocemos debería también estar interesada en marzo de 1937, cuando ella hizo su espectacular entrada en el mundo de la política incluyendo, gracias a los irlandeses, en la política constitucional.

La literatura ha establecido que la dignidad se originó hace tiempo como una palabra de estatus en un universo de valores aristocráticos y jerárquicos. Se originó como la noción literal de rango- el más alto rango que *sobre* alguien se podía colocar. James Withman argumentó, siguiendo a Alexis de Tocqueville, que este alto estatus solo se democratizó con el tiempo.¹⁶ Pero la plausibilidad de esta tesis sobre las relaciones sociales no hace para explicar la trayectoria de la dignidad en la década de los 30's y 40's. Incluso en 1930, en consonancia con su trayectoria milenaria previa, la dignidad estuvo ligada a una serie de objetos, incluyendo, raras veces, a la dignidad humana (tanto individual como colectiva). No hay mucho precedente a la novedad presente en el preámbulo a la Constitución irlandesa, aunque la palabra “dignidad” circulara previamente en asuntos globales, incluyendo una o dos disposiciones constitucionales.¹⁷ Luego de que estos eventos sucedieron en el catolicismo internacional la constitucionalización de la dignidad fue una de sus consecuencias.

Inclusive, la dignidad ya tenía, en marzo de 1937, un lugar importante en la política católica, pero fue

¹⁵ Este ensayo toma en cuenta los resultados de investigaciones previas acerca de la relevancia a mediados del siglo XX del personalismo cristiano en la dignidad humana (y en Irlanda) en el que yo no me había concentrado antes. Para un contexto del personalismo cristiano ver THE LAST UTOPIA, supra note 3, at 64-66, 191-92, 209-10; Samuel Moyn, Personalism, Community, and the Origins of Human Rights, in HUMAN RIGHTS IN THE TWENTIETH CENTURY (Stefan-Ludwig Hoffmann ed., 2011). En muchos escritos pioneros, Mary Ann Glendon ha señalado la intersección de pensamiento católico social y los derechos humanos pos-II Guerra Mundial, una aproximación que yo complemento al incluir el contexto de entreguerras y al resaltar cómo esta estrecha relación pudo emerger debido a los muy contingentes y de corto plazo desarrollo (por ejemplo, quién ganó la guerra). Más recientemente ver Mary Ann Glendon, The Influence of Catholic Social Doctrine on Human Rights, in CATHOLIC SOCIAL DOCTRINE AND HUMAN RIGHTS (Roland Minnerath, et al. eds., 2010)

¹⁶ Ver James Q. Whitman, ‘Human Dignity’ in Europe and the United States: The Social Foundations, 25 HUM. RIGHTS L.J. 17, 17-23 (2004); Jeremy Waldron, Dignity, Rank, and Rights (Meir Dan-Cohen ed. 2012) (discutiendo los temas de Whitman). Para un análisis más profundo de las posiciones históricas de Whitman ver nota 61.

¹⁷ Los más importantes de estos es un artículo subsidiario en la Constitución mexicana de 1917 que ya mostraba la importancia del pensamiento católico social. Para una valiosa investigación sobre los diferentes usos de la dignidad humana en fuentes filosóficas ver, Michael Rosen, DIGNITY: ITS HISTORY AND MEANING (2012). Sin embargo, Rosen no profundiza ni en cuándo varios de estos significados eran culturales, políticos o legalmente importantes –careciendo de herramientas más allá de citas aisladas- ni porqué la lucha entre diferentes concepciones de la dignidad fueron en una u otra dirección en la historia moderna.

uno radicalmente distinto al que ocuparía desde entonces gracias a la reasignación del concepto en la época, de uno grupal a uno individual. Al comienzo de ese mes, gracias a las enciclopedias papales de Pio XI, *Casti connubi* (1930) y *Quadragesimo anno* (1931), la dignidad seguía aferrada a entidades colectivas como a los trabajadores y a sacramentos religiosos como el matrimonio. Aunque había algunos precedentes, solo hasta marzo de 1937 emergió la dignidad como una propiedad conectada a los individuos (mas precisamente, a las personas) como una opción ideológicamente visible. En los 30's, en gran medida debido a que la Constitución Irlandesa y su versión de la dignidad reflejaba una elección minoritaria política en el panorama del catolicismo político, nadie pudo haber imaginado su futuro. Los años en que fue estructurada fue un periodo en que los estados católicos estaban surgiendo, basados típicamente en el corporativismo mas que en nociones individualistas suplementarias.

En dichos estados fueron el trabajo o la familia los que fueron dignificados, no las personas (y no las personas con derechos).¹⁸ Precedida en un año por la Constitución portuguesa de Antonio Salazar, la movida mas pura hacia una constitución que integrara el corporativismo ocurrió en 1934, en Austria, cuando el líder católico “austro-fascista” Engelbert Dollfuss adoptó los principios económicos y sociales del *Quadragesimo anno*. Mirkine-Gtzevitch, admirador de la revolución francesa, denunció estos como perversos rezagos del antiguo régimen bajo un disfraz constitucional. Pero seguro importó que estos no fueran solo regímenes pseudo-constitucionales, sino también que algunas veces hacían eco de la perversa asignación de la “dignidad” a grupos por los corporativistas.¹⁹ No mucho después, España, con su constitución de 1931, secular y ciertamente anticlerical cayó en la guerra y la dictadura, siendo Francisco Franco quien introdujo la dignidad en los documentos quasi-constitucionales de su régimen en alianza con la ortodoxia corporativista allí reinante. En el contexto del catolicismo internacional, el encuadre de la Constitución irlandesa ocurrió en el ocaso de la importante ola de la dignidad del corporativismo.

Aunque tuvo lugar en un tiempo de novedad, resultó codificando la fuente central del trabajo conceptual que luego hizo posible la asignación individual de la “dignidad” por la Constitución Irlandesa. Esta resultaría de una dura disputa en Francia a mediados de la década de 1930, alrededor de las políticas del catolicismo, entre quienes se recuperaba de una reciente infiltración de la política de ultraderecha con los persistentes reaccionarios acerca de qué tipo de respuesta debería ofrecer al liberalismo secular al que el mundo creía en su lecho de muerte.

James Chappel, el historiador pionero en el estudio de esta disputa ha descrito este conflicto entre

¹⁸ Boris Mirkine-Guetzévitch, *Le néo-absolutisme corporatif* (Autriche et Portugal), *L'ANNÉE POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE* 251, 251-72 (1934) (Fr.).

¹⁹ Ver *LEY ORGÁNICA DEL ESTADO*, enero 11, 1967.

corporativistas (quienes en Francia apoyarían el régimen de Vichy en nombre de los principios cristianos) y a los “católicos de la sociedad civil”. El debate intelectual y la controversia política entre estos dos grupos asumió su forma clásica como una respuesta al Frente Popular, pues la disputa entre 1934 y 1936 era una acerca de qué tipo de respuesta se le debía ofrecer a la alarmante alianza entre los comunistas y los socialistas de la era.

Estos dos grupos de católicos estaban de acuerdo en rechazar la república liberal y secular moderna que veían como inmoral e individualista. En cambio, apoyaron el retorno hacía una república de auto-
ridad basada en la jerarquía social “natural”, establecida por Dios y que desciende a través de las instituciones religiosas, las comunidades locales y las familias patriarcales. Este acuerdo pareció obvio a los ojos de los testigos del momento, entre quienes estaba el célebre teórico político Michael Oakshott, quien ofreció a sus lectores un breviario del pensamiento político europeo en el que el “catolicismo” era una opción posible al lado de la “Democracia representativa”, el “comunismo”, “fascismo” y el “Nacional-socialismo”.²⁰ La teoría social católica, enraizada en el derecho natural de Dios, se opuso al liberalismo por su asociación histórica con el individualismo, el secularismo y el relativismo.²¹ Pero donde se distinguieron los católicos de la sociedad civil fue en su asignación de importancia a lo que ellos llamaron “la persona humana”; como una alternativa al disoluto individualismo que acordaron estigmatizar junto con otros católicos. La persona humana, un ícono central del catolicismo de la sociedad civil, iniciado trasnacionalmente iniciado en 1934, se convertiría en el lugar de nacimiento de la “dignidad”. Los corporativistas mismos, señala Chappel, se refirieron a la dignidad; justo como algunos de sus militantes terminaron apoyando el régimen de Vichy. Pero parece claro que “la dignidad de la persona humana” sería un eslogan de los católicos de la sociedad civil que intentaban rebatir tanto al liberalismo secular, con su atomismo destructivo como a la reacción corporativista, con sus demandas de autoritarismo clerical, o la infiltración de la Alemania nazi o de otros regímenes fascistas que se veían como merecedores de apoyo, a pesar de su “paganismo”.²²

A pesar del surgimiento de la tendencia de la “sociedad civil,” la ideología corporativista fue la versión dominante del catolicismo político hasta que la llegada de la Segunda Guerra Mundial hizo ver al autoritarismo religioso en España o Portugal, o inclusive al nacional socialismo en Alemania, no como la ilusión de un excitante futuro sino como una reliquia de errores cometidos. A pesar de su inferioridad numérica frente a sus oponentes corporativistas, (con quienes, en todo caso, compartían premisas)

20 THE SOCIAL AND POLITICAL DOCTRINES OF CONTEMPORARY EUROPE xii (Michael Oakshott ed., 1939).

21 Id.

22 Ver James Chappel, *Slaying the Leviathan: Catholicism and the Rebirth of European Conservatism, 1920-1950* (2012). En: *Catholic Modern*. Cambridge: HUP. Ver también *Slaying the Leviathan: Catholicism and the Rebirth of European Conservatism, 1920-1950* (2012)

los católicos de la sociedad civil abrieron otro camino en la década de 1930, que no muchos tomarían hasta más adelante. La dignidad individual esencialmente marcó ese camino.

Consideren el ejemplo del discurso dado a las *Semaines Sociales* por el disidente Joseph Vialatoux en Lyon (una reunión anual de verano de esa facción) justo en el momento en que la Constitución irlandesa fue completada. Este se titulaba “¿Dignidad del grupo o dignidad de la persona?”²³ y afirmaba: “no sería excesivo decir que esta pregunta define el momento histórico en que vivimos”.²⁴ Argumentaba en contra de biólogos y en general de cualquier aproximación naturalista, que tendía a ver al grupo como el centro del significado, y sostenía en cambio que el cristianismo había traído la metafísica de la espiritualidad que ponía a la persona como el centro de dicho significado. Pero la preferencia por la dignidad individual no significaba para Vialatoux el corolario de los “derechos humanos”. Ese revolucionario concepto, dado su énfasis en las personas, permaneció en lo que Vialatoux llamaba la “unión bastarda con la filosofía naturalista”. Por la misma razón, las igualmente erróneas séquelas aparecieron: la tentación secular del nacionalismo liberal había barrido a Europa en el siglo XIX y el racismo contrarrevolucionario del nacional socialismo que había emergido en el siglo XX. La “Dignidad de la persona humana” sería una respuesta a todos estos errores. Sería entonces crítico situar a la dignidad en contra del “individuo despersonificado” del liberalismo secular asociado a la revolución francesa e igualmente en contra del racismo extremo que pretendía destruirla también. La dignidad salvaría a la “persona” atrapada en la política secular, y luego revolucionaria, de sus propios proponentes desviados, convirtiéndose en la piedra fundacional de una comunidad espiritual en oposición al materialismo totalitarista del comunismo y el fascismo por igual.²⁵

Vialatoux planteó su pregunta de si dar prioridad a la dignidad individual o colectiva a comienzos de 1937, pero lejos de llorar solitariamente en contra del totalitarismo en verano, cuando dio su conferencia, ahora la opción individualista parecía recibir el más importante apoyo posible: el del mismísimo papa. Fue por esta razón sobretodo –y no por la Constitución irlandesa– que marzo de 1937 fue un gran mes para los católicos de la sociedad civil. En ese mes, marcado por las fallidas negociaciones con la Alemania nazi, el Papa Pío XI condenó la intervención alemana en los derechos de la iglesia, y una semana después publicaría su emotiva encíclica *Divini Redemptoris* sobre el comunismo ateo. La dignidad del individuo apareció en el discurso público mundial gracias a la *Divini Redemptoris*. Sin embargo, interesantemente, la “dignidad” solo sería la base de una segunda encíclica, anticomunista. (Dentro del catolicismo las encíclicas son eventos importantes, basados en la infalibilidad del papa desde su

23 Joseph Vialatoux, *Dignité du groupe? Ou de la personne humaine?: Physique et métaphysique de l'ordre des valeurs*, en *LA PERSONNE HUMAINE EN PÉRIL* (*Semaines Sociales de France*, 1932) (Fr.). On Vialatoux, see Emmanuel Gabellieri, *Catholicisme social et 'métaphysique en action': La pensée de J. Vialatoux*, 10 *THÉOPHILYON* 2, 9, 9-43 (2004) (Fr.).

24 Vialatoux, nota 25 supra.

25 Id. en 123, 132-33.

primera anunciación en el S. XIX; igualmente, generan estándares de juicio para todo el pensamiento católico y son ampliamente recibidas y discutidas).

De hecho, el irrespeto a la dignidad de la persona humana fue señalado en repetidas ocasiones como el principal error durante las décadas del comunismo, y esto solo empezó hasta marzo de 1937. El comunismo, dice el texto, despoja al hombre de su libertad, le roba toda su dignidad, viola la dignidad de la personalidad humana y acaba con todas las barreras morales que bloquean las erupciones del ciego impulso”.²⁶ Simultáneamente, el muy autoritario y liberador comunismo reduce a materia al hombre, y así interfiere con su fuente de agencia moral. Al negar los “derechos, la dignidad y la libertad de la personalidad humana”, el comunismo se convierte en una afronta contra las normas morales.²⁷ Puesto de otra manera, la dignidad ofrece un individualismo que, lejos de atomizar la humanidad, brinda el verdadero primer principio de la comunidad y la sociedad, por que “cada individuo, en la dignidad de su personalidad humana [...] está dotado con todo lo necesario para el ejercicio de sus funciones sociales”.²⁸ No era entonces extraño que en manos irlandesas la dignidad del individuo se conectara con el bien común y con virtudes teológicas (también constitucionalizadas), que tenían en común fobia de aquellos que basaban la política en un aparentemente destituido individualismo secular.

Aunque ignorada en la literatura de la “dignidad humana”, *Divini Redemptoris* fue un hito para su época, pues le dio al concepto su carga de individualidad, y su entrada en la política global. También sirvió de apoyo para los católicos de la sociedad civil y su insistencia en que la dignidad no atenia exclusivamente a grupos. Las revisiones cruciales a la constitución irlandesa que trajo la aparición de la dignidad individual también ocurrieron en este periodo, inmediatamente después de la publicación de la encíclica. Esta coincidencia accidental forma la base de mi argumento acerca de lo que significó la dignidad cuando se convirtió en el hito irlandés, lo que puede anticipar varios desarrollos posteriores.

IV. IRLANDA Y EL SURGIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO RELIGIOSO

Muchos de los historiadores de la Constitución irlandesa, notablemente Dermot Keogh, han pasado por alto la relevancia del giro de esta constitución hacia la dignidad. Desatentos de la importancia comparativa de Irlanda en lo que refiere a la dignidad, han fallado en explicar dicha prioridad.²⁹

²⁶ Papa PIUS XI, *DIVINI REDEMPTORIS* (1937).

²⁷ Id.

²⁸ Id. Sobre la encíclica en el contexto más amplio de la política anticomunista de la iglesia, ver Giuliana Chamedes, *A Twentieth-Century Crusade: The Vatican's Battle to Remake Christian Europe*. Cap. 6 (2019).

²⁹ Ver, e.g., Dermot KEOGH AND ANDREW J. MCCARTHY, *THE MAKING OF THE IRISH CONSTITUTION 1937: BUNREACTH NA HÉIREANN* (1997). Ver también V.T.H. Delaney, *The Constitution of Ireland: Its Origins and Development*, 12 U. TORONTO L.J. 1, 1-26 (1957).

Por supuesto, la constitución irlandesa debe ser leída en múltiples contextos, donde mi lectura es solo una dentro del pensamiento y la política católica internacional. El contexto importa porque la Constitución irlandesa revela un desarrollo internacional que luego habría de marcar sustancialmente la Carta de Naciones Unidas y la Norma Fundamental de Bonn, haciendo posible lo que vendría después gracias a su lenguaje.

Éamon de Valera, líder del partido *Fianna Fáil* y primer ministro desde 1932, escribió la constitución irlandesa. Aunque en ese momento el futuro del catolicismo en el continente europeo parecía inclinarse hacia el corporativismo constitucional, la constitución irlandesa no pudo ir hacia allá, a pesar de las esperanzas de algunos católicos integralistas que fueron consultados en el proceso de redacción. De Valera no era un enemigo de la democracia (y es en todo caso dudoso que Gran Bretaña lo dejase llevar a Irlanda por el camino de España y Portugal) pero sí ayudó a construir un nuevo concepto de esta. Un evanescente movimiento de irlandeses fascistas conocidos como los “camisas azules”, surgieron y decayeron alrededor de la década de los 30, surgiendo como el grupo del militante reaccionario Paddy Belton. Pero de Valera no se involucró con estos grupos, ni con ninguna otra versión de corporativismo antidemocrático.³⁰ De hecho, el primer impulso para construir un nuevo proceso constitucional no fue uno muy positivo. Hacía un tiempo, de Valera se había comprometido a redactar un nuevo orden la Constitución del estado libre de Irlanda. Que el tratado entre británicos e irlandeses de 1921 no le concediera a Irlanda soberanía completa, y que la primera Constitución irlandesa impusiera una lealtad debida hacia la corona (que de Valera eliminó inmediatamente en 1933) les trajo a estos documentos un repulsivo estigma a tal punto de volverlos insalvables. La recepción del nuevo texto, buscado con ansias, ocurrió en el invierno y la primavera de 1936, siendo consecuente, sin embargo, con la historia de la dignidad. El proceso reemplazó un documento del “nuevo constitucionalismo” (y la temprana era de progreso que Mirkine-Guetzévitch celebró) con otro diferente evento constitucional.

La Constitución Irlandesa no fue solamente un logro “negativo”, en todo caso. El movimiento del país desde su estatus como dominio colonial hacía su “legítima independencia” demuestra el impacto positivo del pensamiento católico social, y no es sorprendente, dado el papel central que tuvo el Catolicismo

30 FEARGHAL MCGARRY, IRISH POLITICS AND THE SPANISH CIVIL WAR ch. 4 (1999).

para el nacionalismo irlandés en la década de los 30's, y más allá.³¹ De Valera era sobretodo un político, un devoto y un apasionado católico comprometido con la presencia de la religión dominante del país en la constitución. Él maniobró rápidamente para comprender las visiones del episcopado y de varias autoridades del catolicismo, mientras al mismo tiempo asumía el control sobre la redacción final de la constitución. En particular, De Valera veía el preámbulo como el lugar ideal para alcanzar la cristianización simbólica del documento, mientras que en los artículos específicos –notablemente aquellos sobre la iglesia y el Estado, la familia y la propiedad- ofrecerían la incorporación considerable (aunque no total) del pensamiento católico social y de la política irlandesa. Desde esta perspectiva, de Valera pudo ser mas perceptivo que la mayoría de los académicos comparativistas de las constituciones, que regularmente pasan por alto a los preámbulos, siendo que estos son para los ciudadanos las partes más significativas y memorables de los textos constitucionales.³²

En general, y en especial frente al preámbulo, de Valera nunca quiso ir, ni tampoco podía, tan lejos como deseaban algunos católicos reaccionarios y conservadores.³³ La constitucionalización de la libertad y la dignidad del individuo puede verse entonces sobre todo como un símbolo del poder de negociación por parte de Valera al lograr construir una síntesis entre democracia y cristianismo a lo largo del documento. En una era de victoria del corporativismo católico y el fascismo de ultraderecha, Irlanda probó ser un laboratorio periférico del catolicismo de la sociedad civil o inclusive

31 En una pieza reciente sobre otra materia, el historiador Perry Anderson hace las siguientes observaciones comparativas y pertinentes (aunque quizá algo escandalosas): en la historia del nacionalismo del Siglo XX, hay un subgrupo distinto en el que la religión jugó un rol central en la organización, produciendo, por así decirlo, el código genético del movimiento. Los casos más significativos son aquellos que eventualmente llevaron a la creación de democracias parlamentarias estables. Los tres estados líderes de este tipo en el mundo son hoy Israel, Irlanda e India. En todos tres, el partido nacionalista que llegó al poder después de la independencia –Fine Gael, Mapai, el Congreso- se distanció de su aspecto confesional sin haber sido capaz de afrontar su legado. En cada caso, mientras el partido de gobierno perdía su impulso inicial, fue superado por un rival más extremo que tenía menos inhibiciones para apelar directamente a las pasiones teológicas que surgieron desde que iniciara el conflicto: Fianna Fail, Likud, BJP. El éxito de esos partidos fue debido no solo al debilitamiento de los burócratas de la primera ola, sino a su habilidad para articular abiertamente lo que siempre había estado latente en el movimiento nacional, pero sin reconocerlo ardientemente ni repudiándolo consistentemente. Ellos pudieron alegar, con cierta justicia, ser los legítimos reclamantes de la causa original. En cada caso, la estructura era un sistema parlamentario, que operaba constitucionalmente y en cada uno con ciertas simpatías antes de la guerra por el fascismo europeo... la reversión irlandesa vino a una década de la independencia –su líder fue el genuinamente más popular y el ala radical del movimiento nacionalista, con la legitimidad más grande- y disfrutó de la más larga ascendencia, solo finalmente colapsando en el último año. Perry Anderson, *After Nehru*, 34 LONDON REV. BOOKS 21 (2012).

32 En una excepción a esta generalización, Mark Tushnet de hecho caracteriza al preámbulo irlandés como un buen ejemplo de “constitucionalismo expresivo”. Ver Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 106 YALE L.J. 1225, 1273 (1999).

33 “De Valera tenía de poco a nada en común con los autoritarios líderes católicos de la década de los 30's”, enfatiza Keoghs, siendo un poco apologetico. “El no hacía de la religión un fetiche, como lo hacía el ‘monje’ Salazar en Portugal. Él fue repelido por el extremismo de la cruzada del General Francisco Franco. De Valera no exhibió la demagogia que los dictadores católicos de Europa Central practicaron en los 30's... [El fue] tanto un patriota como un leal seguidor del catolicismo romano, pero de una forma muy independiente”. Dermot Keogh, *Church, State, and Society*, in DE VALERA'S CONSTITUTION, supra note 31, en 104. Pero él tenía aún menos en común con los socialistas y comunistas, que ofrecieron la principal alternativa al autoritarismo religioso en muchos países católicos hasta que fueron brutalmente reprimidos.

de la democracia-cristiana que vendría en la posguerra. La dignidad significaba ahora, para la línea de Valera, más que las políticas anticomunistas de *Divini Redemptoris* de la facción corporativista del catolicismo político imperante en ese momento, una actitud más amplia hacia el papel de la religión en la política y la posibilidad de un constitucionalismo religioso de tercera vía. Negociando entre un renuente secularismo liberal y una ascendente reacción católica, la dignidad ofreció una democracia conservadora influenciada por la religión. Este proyecto marcó poderosamente el surgimiento de la dignidad constitucional. Ilustrativamente, cuando Oakshott en 1939 escribió su compilación de fuentes del “catolicismo” como apuesta viable en el panorama político europeo, reprodujo el preámbulo de la constitución irlandesa y algunos de sus principales artículos.³⁴

Este giro es claro cuando se compara la constitución de de Valera con su predecesora de 1922. El documento anterior estaba en línea con el espíritu del “nuevo constitucionalismo” liberal de justo después de la primera guerra mundial, incluyendo sus actitudes hacia la iglesia y el Estado, el pluralismo religioso, y el género. Su reemplazo de 1937 fue un documento cristianizante de un “nuevísimo” constitucionalismo de democracia religiosa.³⁵ Su noción de propiedad, por ejemplo, evoca sustancialmente a *Quadragesimo anno*, mientras que su artículo sobre la religión reconoce la “posición especial” de la iglesia católica. Quizás su artículo sobre la familia y el género fue más lejos en calificar al liberalismo secular en comparación con su ejercicio constitucional previo.

Las feministas irlandesas respondieron inmediatamente y con gran indignación moral. La redacción de la nueva constitución eliminó la promesa de la constitución previa de igualdad de derechos sin distinción de sexo, causando temor por el despojo del derecho al voto que duramente habían peleado (lográndolo restaurar en los debates de ratificación). Y inclusive después de los debates de refrendación, el controversial artículo 41 constitucional consagró una visión tradicionalista de la familia. El artículo dejó claro a nivel simbólico que, sin importar lo que significara la dignidad de las personas, esta era inseparable de la prioridad natural y centralidad social de la familia, que dependía de que las mujeres se quedaran “en casa.”. A nivel sustantivo el artículo constitucional prohibía el divorcio, una restricción que solo sería levantada hasta seis décadas después, en la decimoquinta enmienda a la

34 Oakshott, nota 20 supra, en 72-73.

35 Noel Browne, Church and State in Modern Ireland, in IRELAND'S EVOLVING CONSTITUTION, 1937-97: COLLECTED ESSAYS 46-47 (Tim Murphy & Patrick Twomey eds., 1998).

Constitución.³⁶

V. CONSTITUCIONALISMO RELIGIOSO ENTRE SU REDACCIÓN Y RATIFICACIÓN

Gracias a las recientes publicaciones, es relativamente fácil entender la alusión del preámbulo a “la dignidad y libertad del individuo”.³⁷ De Valera vio claramente la función esencialmente simbólica del preámbulo, a diferencia del cuerpo de artículos potencialmente justiciables por las cortes (y que estarían sujetos a control constitucional).³⁸ El preámbulo, que parecía no ser muy controversial, enfrentó, sin embargo, su propia evolución.

Mirar el trabajo de un comité jesuita formado a finales de 1936 con el aval de Valera, liderado intelectualmente por el padre Edward Cahill y cuya labor se inspiró en la constitución polaca de 1921, sirve para entender buena parte del preámbulo resultante.³⁹ Cahill, fundador de la rama irlandesa del movimiento de Acción Católica (*An Ríohacht* en Irlandés) que en otros lados estaba fuertemente ligada al catolicismo de la sociedad civil, tenía una visión clara sobre el rol dominante que el catolicismo debía jugar en el proceso de redacción. Para él y para su aún más conservador colega Dennis Fahey, la depuración católica contra los males modernos –desde el liberalismo al comunismo, impulsados por protestantes, judíos, y masones- necesitaba proveer al nuevo documento constitucional de todas las herramientas posibles. En su propio pensamiento social, Cahill promovió el *Quadragésimo anno* y

36 Ver Maria Luddy, A ‘Sinister and Retrogressive’ Proposal: Irish Women’s Opposition to the 1937. Draft Constitution, 15 *TRANSACTIONS OF THE ROYAL HISTORICAL SOCIETY* 175-95 (2005). Aquí no estamos muy lejos de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “La familia es la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad, y es sujeto de protección por el Estado y la sociedad”. Universal Declaration of Human Rights, art. 16(3), UN Doc. A1810 at 71 (Dec. 10, 1948). Es cierto que Irlanda nunca giró al maternalismo al que otros países donde el pensamiento católico social fue proclamado llegaron. En aras de una comparación, ver FRANCINE MUEL-DREYFUS, *VICHY AND THE ETERNAL FEMININE: A CONTRIBUTION TO THE POLITICAL SOCIOLOGY OF GENDER* part 3 (Kathleen A. Johnson, trans., 2001). Sobre cómo de Valera y otros manejaron estas opiniones con la precedente provisión sobre la igualdad, el art. 40(1) con su alusión a la igualdad de las “personas humanas”, tomada del pensamiento social contemporáneo, ver ORAN DOYLE, *CONSTITUTIONAL EQUALITY LAW* 56-60 (2004).

37 Constitución Irlandesa (1937). Me baso aquí en la nueva compilación de archivo en *THE ORIGINS OF THE IRISH CONSTITUTION 1928-1941* (Gerard Hogan ed., 2012), así como en el sitio web de la Real Academia Irlandesa en <http://www.ria.ie/research/oic.aspx> para los demás documentos.

38 Sobre la ausencia original y la posterior justiciabilidad del lenguaje del preámbulo, ver Teresa Iglesias, *The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble*, 89 *STUDIES: IRISH Q. REV.* 19, 19-34 (2000).

39 Hogan, nota 40 supra, en 247. Soy consciente de que pasar por desapercibida a la Constitución polaca puede significar pasar por alto el primer ejemplo de constitucionalismo religioso, dado especialmente a que su rol estándar para los irlandeses quince años después, aunque hay argumentos en la otra orilla, haciendo al ejemplo polaco más parte de la imagen que construyó Boris Mirkin-Guétzevitch de una ola de constitucionalismo liberal en el este después de la Primera Guerra Mundial.

adoptó una forma de corporativismo conocida como vocacionalismo.⁴⁰ Sin embargo, aún tarde en el fin de 1936, su mayor contribución ocurrió al inyectar al proceso constitucional a la dignidad individual. Esto es importante ya que Cahill nunca mencionó la dignidad en sus numerosas comunicaciones con de Valera, ni se encontraba ninguna mención a este concepto en la constitución polaca que sirvió de inspiración para los redactores de la Constitución de Irlanda.

Mientras el proceso avanzaba en primavera, los borradores de la constitución que de Valera circuló desde marzo 16 de 1937 a varios círculos no incluían aún el preámbulo- con el cual de Valera y sus ayudantes parecieron trabajar por su cuenta a partir de las sugerencias iniciales de los Jesuitas. Tres días después de haber presentado el primer borrador, *Divini Redemptoris* fue publicado para su recepción mundial, incluyendo a Irlanda y al periódico *The Irish Press*, (periódico que de Valera mismo ayudó a crear.⁴¹). No hay mejor evidencia de que la encíclica inspiró la introducción sobre la dignidad que estas nuevas condiciones temporales. En este punto, de Valera pudo hacer revisiones cruciales por su cuenta, o con el consejo de John Charles McQuaid, entonces presidente del *Blackrock College* (siendo luego arzobispo de Dublín), y uno de los contactos más cercanos de Valera en este decisivo periodo.⁴² En cualquier caso, cuando de Valera se encontró con el embajador papal (o nuncio), el 3 de abril de 1937, él le mostró un borrador del preámbulo que invocaba la “dignidad y la libertad de los ciudadanos”.⁴³ En nuevos documentos enviados el 11 de abril al nuncio papal la frase del preámbulo asumió su forma final; una revisión importante, pues restringir la dignidad a solos los “ciudadanos” podría ser como ignorar sus fundamentos naturales y así entonces su rol como límite al poder del Estado.⁴⁴

Ninguna evidencia que haya revisado contiene la discusión sobre estos cambios –un factor que sor-

40 Para sus opiniones a principios de los 30's que ocasionalmente referenciaban a la dignidad ver EDWARD CAHILL, *THE FRAMEWORK OF A CHRISTIAN STATE: AN INTRODUCTION TO SOCIAL SCIENCE* 278-82, 288, 455-56 (1932); *THE SOCIAL RIGHTS OF OUR DIVINE LORD JESUS CHRIST, THE KING* (Dennis Fahey, trans., 1932). Ambos son fuertes críticos del “liberalismo” en el nombre de la política católica ver también Seán Faughnan, *The Jesuits and the Drafting of the Irish Constitution of 1937*, 26 *IRISH HISTORICAL STUDIES* 79, 101 (1988).

41 El periódico fue también la publicación mas cercana al Fianna Fail de Valera, y abrió la encíclica en su primera página. *Deceived into Aiding Communism—These Will Be Its First Victims, Says the Supreme Pontiff*, *IRISH PRESS*, Mar. 19, 1937; see also *Holy Father Denounces Communism*, *IRISH INDEPENDENT*, Mar. 19, 1937; *Communism Assailed*, *IRISH TIMES*, Mar. 19, 1937

42 JOHN COONEY, *JOHN CHARLES MCQUAID: RULER OF CATHOLIC IRELAND* 96-97 (2000). En general ver id. que sobreestima en general el rol de McQuaid pero que correctamente le da especial importancia con respecto al preámbulo. McQuaid también le dio una copia (que leyó) del resumen de enseñanzas del catolicismo social originando de los círculos neoescolásticos alrededor del cardenal belga Désiré-Joseph Mercier, que invoca “la dignidad inminente de la persona humana, pero esto parece haber ocurrido de alguna forma antes, por lo que los cambios al preámbulo se explican para mi por la prominencia de la encíclica. Ver *UNION INTERNATIONALE D'ÉTUDES SOCIALES, LE CODE SOCIAL: ESSAI D'UNE SYNTHÈSE SOCIALE CATHOLIQUE* 30 (1927, 1934) (Fr.); cf. FRANK LONGFORD & THOMAS O'NEILL, *EAMON DE VALERA* 296 (1971).

43 Hogan, nota 40 supra, en 449 (documento 123, abril 3 de 1937).

44 Id. en 462 (documento 135, abril 11 de 1937).

prende dado que la clausula de la dignidad es mucho más importante en retrospectiva a como lo era en su tiempo. (Frecuentemente lo que luego aparece como extraordinario transcurre en el tiempo desapercibido). Pero la documentación es lo suficientemente rica para dar un claro sentido de temporalidad a la constitucionalización de la dignidad, justo después de *Divini Redemptoris*, dándonos una clave para su significado. Sin embargo, su relación con el constitucionalismo no pudo ayudar, sino asociar, a la dignidad con un nuevo tipo de proyecto político. El cambio religioso en décadas recientes dejó a de Valera expuesto a constantes y severas críticas por el impacto que había tenido en su visión el pensamiento católico social acerca del rol y los derechos de las familias, de la educación, de la propiedad y de la iglesia misma. Sin embargo, para ese momento, de Valera se preocupó más -quizás correctamente- de evitar la decepción que podría causar entre sus más fervientes consejeros católicos.

En particular, aún cuando los reclamos de las feministas fueron dejados por fuera, una gran disputa surgió a lo largo de este periodo (y por mucho más tiempo) por la construcción semántica del artículo 44, en donde Cahill y otros quisieron llamar a la iglesia católica la verdadera iglesia de Cristo. Pero a pesar de sus sugerentes simpatías, de Valera entendió que no podía hacerlo, tratando de balancear la preeminencia del catolicismo con el reconocimiento de creencias minoritarias y de la libertad religiosa.⁴⁵ Era después de todo un país con un 25% de población protestante (si uno incluye al debatido norte, que la constitución consagraba como parte de la nación). Nuevamente, el artículo 44 ilustraba el esfuerzo constitucional por balancear los extremos, al secularismo liberal y al autoritarismo religioso.

Esta situación tampoco facilitó la búsqueda de Valera por la bendición eclesiástica. A mediados de abril, dos semanas antes de revelar sus propuestas al público, de Valera envió a su emisario Joseph Walshe a Roma para su aprobación. Pero Eugenio Pacelli, entonces secretario de Estado del Vaticano, comunicó por el ya enfermo supremo pontífice que habría de reemplazar dos años más tarde, que negaba la aprobación del texto constitucional. Pacelli le recordó a Walshe que el no reconocer a la iglesia católica como la única verdadera era técnicamente una herejía, aunque Pacelli dijo comprender que la situación de Valera lo había forzado al error teológico. Pacelli dijo a Walshe en nombre del papa: “*Ni approvo ni non disapprovo; taceremo*” (no apruebo, pero tampoco rechazo; mantendré silencio). Este fue un resultado que golpeó a de Valera, que se había esforzado en explicarle a Roma que la minoría protestante había obstruido el ideal católico que él deseaba para el documento. Walshe reportaría

45 A diferencia de muchos de los católicos de la época, de Valera no era un antisemita. De hecho, tuvo una relación excepcionalmente amistosa con el rabbi líder de Irlanda, Isaac Herzog, a lo largo de 1936, quien alguna vez protegió al futuro estadista, el mismísimo de Valera, cuando fue acusado por las autoridades de terrorista. Herzog, que entonces se convertiría en el líder rabbi de Palestina (y luego de Israel), admiró el nacionalismo religioso de Valera –incluyendo, claro a su Constitución de 1937– que citó frecuentemente como un potencial modelo para los judíos, en cara al entonces dominante nacionalismo secular. Ver SHULAMIT ELIASH, *THE HARP AND THE SHIELD OF DAVID: IRELAND, ZIONISM AND THE STATE OF ISRAEL* 49-70 (2007); DERMOT KEOGH, *JEWS IN TWENTIETH CENTURY IRELAND: REFUGEEES, ANTISEMITISM, AND THE HOLOCAUST* 77, 110 (1998).

tristemente: “No lo sacudí cuando contraté el carácter expresamente cristiano de nuestra nueva constitución con el liberalismo (en un sentido continental) de la vieja.”⁴⁶

De Valera no fue entonces tan lejos como algunos de sus consejeros católicos y las autoridades eclesiásticas deseaban. Pero aun así pretendió que la constitución irlandesa marcara la aparición de un nuevo tipo de Estado cristiano en donde la dignidad en el preámbulo jugaría un papel especial. En las duras negociaciones con el Vaticano, la dignidad no apareció ni fue suficiente para convencer al papa Pío XI (ni al futuro Pío XII, que hablaba en su nombre) de dar su visto bueno. No obstante, cuando de Valera enfrentó una inesperada oposición en el proceso de ratificación constitucional, unos meses después por su excesivo secularismo (y no por su excesivo confesionalismo) las credenciales cristianas de la dignidad fueron de ayuda. A pesar del previo rechazo del papa, *L'Obstervatore Romano*, periódico del Vaticano, mostró providencialmente que ratificaba a la constitución. “Difiere a otras constituciones”, anotó en reporte el *Irish Press*, teniendo un gran impacto en satisfacer al voto religioso, “porque está inspirada en el respeto a la fe de la gente, la dignidad de la persona, la santidad de la familia, la propiedad privada y de la democracia social. Estos principios son aplicados en un espíritu religioso único, que da vida a toda la Constitución”.⁴⁷ Parece que la pionera aventura irlandesa marcó el inicio de un nuevo constitucionalismo, donde la dignidad de la persona emergió como un elemento central, lo cual fue recibido de distintas maneras por tanto sus aliados como por sus críticos.⁴⁸

VII. DE LA CONSTITUCIÓN IRLANDESA A LA LEY FUNDAMENTAL

El hecho de que algunos católicos en esos años buscaran una alternativa a la salida fascista y autoritaria apelando a la dignidad humana individual claramente no significa que las inestables repúblicas europeas siguieran estos lineamientos. Esto simplemente muestra que algunos católicos construyeron una posibilidad conceptual que tendría un destino inesperado en la historia (incluyendo hasta nuestros días). Liberales como Mirkin-Guetzévich no adscribieron la dignidad en términos del republicanismo; ni antes ni después de la II Guerra Mundial. A lo largo de la guerra solo algunos católicos creían que la lealtad a la “dignidad humana” implicara una lealtad con los “derechos humanos” que la

46 Hogan, nota 40 supra, en 506 (documento 155, abril 22 de 1937).

47 Ver DERMOT KEOGH, THE VATICAN, THE BISHOPS, AND IRISH POLITICS 1919-1939 en 219 (1986) (citando al *Irish Press* del 17 de mayo, 1937).

48 Cf. Arthur W. Bromage & Mary C. Bromage, The Irish Constitution: A Discussion of Its Theoretical Aspects, 2 REV. POLITICS 145, 145-66 (1940). Ciertamente el documento fue lo suficientemente lejos para permitir que las disputas trascendieran por muchas décadas, al punto que se debatió si Irlanda hizo del derecho natural una restricción sobre las decisiones democráticas y sobre la interpretación judicial. Considere al respecto The Constitution and the Natural Law, 7 CHRISTUS REX 201, 201-18 (1954); Declan Costello, The Natural Law and the Irish Constitution, 45 STUDIES 403, 403-14 (1956); JOHN MAURICE KELLY, FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE IRISH LAW AND CONSTITUTION 38-45 (1961).

mayoría de los católicos seguidores de los papas modernos seguían considerando el hijo prematuro de la Revolución Francesa y de la maldad secular, y que los católicos en regímenes autoritarios estaban determinados a refutar. De hecho, el pensador católico Jacques Maritain, líder teórico del catolicismo de la sociedad civil y luego intérprete de la Declaración Universal, no conectaría a la dignidad con los derechos humanos sino hasta 1942.⁴⁹

Pero mientras las fuerzas aliadas se acercaban a su triunfo final entre 1942 y 1945, más y más católicos en general relacionaron a “la dignidad de la persona humana” con los todavía desarraigados “derechos humanos”. Ni Pío XI cesó la retórica de la dignidad antes de su muerte. “La enseñanza cristiana da un significado integral de las demandas de los derechos humanos y la libertad porque por sí sola da valor y dignidad a la personalidad humana”. Diría el Papá en un reporte del New York Times a finales de 1938 –una anticipación exacta de la fórmula que sería adoptada en la Declaración Universal diez años después.⁵⁰ Aún cuando permaneció en silencio públicamente acerca de la constitución de Valera, Pío XII dijo cosas parecidas, antes y después de su elección como Papa, en la línea de *Divini Redemptoris*.⁵¹ Pero en tiempos de guerra sus demandas públicas acerca de la dignidad humana se aceleraron radicalmente. En su mensaje navideño al mundo en 1942, Pío XII ofreció cinco principios para informar la paz futura, en donde la “dignidad de la persona humana” sería el primero. Estas invocaciones en tiempo de guerra ofrecieron un puente – entre lo que de otra manera hubiera sido una casualidad cualquiera entre unos pocos teóricos disidentes y la constitución irlandesa, - y la trayectoria de la dignidad en la posguerra.

De hecho, gracias a Pío XII, la dignidad individual se convirtió en material increíblemente común a lo largo del Atlántico durante las últimas fases de la Segunda Guerra mundial, aunque resta mucho trabajo en la excavación de los resquicios del tiempo de guerra. Heroicamente, aquellos pocos que por principio cristiano se unieron a la resistencia francesa para criticar al régimen de Vichy, encontraron

49 Ver DANIELE LORENZINI, *JACQUES MARITAIN E I DIRITTE UMANI: FRA TOTALITARISMO, ANTISEMITISMO, E DEMOCRAZIA (1936-1951)* (2012) (Ital.) Incidentalmente, en el exilio en tiempos de guerra, Maritain y Mirkin-Guetzévitch se hicieron amigos en la ciudad de Nueva York y aquel inclusive llegó a señalar a este como el impulsor de su conversión. Ver Maritain, *Ceux qui nous consolent d'appartenir à la race humaine*, in *HOMMAGE À B. MIRKIN-GUETZÉVITCH*, supra note 9, at 99 (Fr.).

50 Pope Bids Church to Guard Man's Rights, *N.Y. TIMES*, Oct. 13, 1938.

51 Ver Lettre de S. Ém. le Cardinal Pacelli, in *LA PERSONNE HUMAINE EN PÉRIL*, nota 25 supra, que tiee una sección acerca de la “dignidad natural de la persona”. Él también conectó la noción que los derechos: “una vasta y peligrosa conspiración”, insistía, amenaza como nunca antes “la inviolabilidad de la persona humana que, en su sabia soberanía e infinita bondad, el creador ha homenajeado con incomparable dignidad... [S]i la sociedad adopta la pretensión de que puede disminuir la dignidad de la persona al rechazarla toda o algunos de los derechos que existen por Dios entonces está perdiendo completamente su rumbo”. Id. de 5-8.

en la dignidad humana una fundación para aproximarse a los derechos humanos.⁵² Por tomar otro ejemplo, el jesuita estadounidense Edmond A. Walsh (fundador de la escuela para el servicio foráneo de la Universidad de Georgetown) escribió en 1942:

“El conflicto es, por un lado, entre los derechos individuales del hombre, ligados a la dignidad de la persona humana y elevados al padrinazgo de Dios, y el Estado totalitario y deshumanizado de Fichte, Hegel, Treitschke, Nietzsche, Hitler y el plan Tanaka de Japón, por el otro. Esta no es una campaña mundial de beligerantes convencionales sino una revolución mundial que busca capturar el alma de humanidad.⁵³”

¿Cuántas personas entendieron el conflicto global como una cruzada por la dignidad? Esta sigue un interrogante, aunque católicos de derecha frecuentemente lo hicieron.

Como en los debates de entreguerras, la dignidad usada en dichos términos acarrea una línea comunitarista y religiosa que buscaba distinguirse del secularismo liberal del siglo XIX. Escribiendo para la revista *Fortune*, poco después de descubrir la continuidad entre dignidad y los derechos, Maritain castigó al hombre moderno por afirmar “la dignidad y los derechos humanos sin Dios, pues su ideología se fundaba en una apoteósica e infinita voluntad humana”.⁵⁴ Pero él ahora se refería al aparentemente alternativo concepto de devoción a los derechos de la persona humana, como el “más significativo logro político de los tiempos modernos”.⁵⁵ Para el momento del excepcional e influyente mensaje navideño al mundo de Pío XII en 1944, la dignidad humana, que el exaltó en un tono similar a sus previas exhortaciones papal, tuvo una influencia sin precedentes.

La dignidad de la persona de hecho se convertiría en uno de los eslóganes claves de Pío XII, un *telos* y un guardián de la democracia, un compromiso que la salvaría de la anárquica igualdad y del materialismo secularizante. Para los momentos finales de la guerra, con el corporativismo autoritario (o el fascismo de derechas) neutralizado, la dignidad para Pío XII ofrecía una alternativa por la democracia conservadora que mantendría a la ideología comunista o inclusive liberal a raya, y convertiría en central a las normas de la moral cristiana. El Papa observaba: “la historia santa de la navidad proclama la inviolabilidad de la dignidad del hombre con vigor y con una autoridad que no

⁵² Ver Renée Bédarida, *Dans la tourmente 1940-1944: Des droits de la personne aux droits de l'homme*, in *LES CATHOLIQUES FRANÇAIS ET L'HÉRITAGE DE 1789* at 206-10 (Pierre Colin ed., 1989) (Fr.) (enfatisando que la dificultad concreta para los católicos en la Resistencia fue la alianza con los comunistas dominantes que habían pensado condenar poco antes).

⁵³ Ver PATRICK MCNAMARA, *A CATHOLIC COLD WAR: EDMUND A. WALSH, S.J., AND THE POLITICS OF AMERICAN ANTICOMMUNISM* 114 (2005).

⁵⁴ Jacques Maritain, *Christian Humanism*, *FORTUNE* 106 (Apr. 1942).

⁵⁵ Id.

puede ser contradicha” –una autoridad y vigor que trasciende infinitamente cualquier declaración posible que los derechos del hombre pudieran lograr.⁵⁶ “La verdadera democracia cristiana protegería la dignidad del hombre”, advirtió. En contraste, la falsa democracia la sacrificaría en el altar profano del secularismo, el materialismo y el relativismo, subordinando el derecho natural a la voluntad de las masas, exagerando la libertad en la licencia de los apetitos, y convirtiendo la igualdad en uniformidad vacía –todas estas tergiversaciones de la dignidad y no su glorificación. La Europa continental y occidental siguió su consejo después de la Segunda Guerra mundial, rentabilizándose bajo los auspicios de la democracia conservadora, supervisada por un nuevo tipo de partido político cristiano, con católicos al mando.⁵⁷ Por un largo tiempo, la dignidad resumiría estos desarrollos en un solo término. A pesar de su aparición inicial accidental y local, la constitución irlandesa fue un premonitorio documento de la dirección que el catolicismo político tomaría eventualmente luego de que las armas decidieran la dirección de la historia.⁵⁸

Fue ese uso papal principalmente el que más evidente durante la posguerra, y que sirve de puente entre los últimos años de la década de los treinta hasta finales de la del cuarenta. Aún más, inclusive la Carta de Naciones Unidas estuvo marcada por dicho uso papal, pues es la más fuente más obvia. Como el teórico político Charles Bertz ha recientemente mostrado, fue de la decana de *Bernard College*, Virginia Gildersleeve, quien en sus cosméticos cambios al borrador del político sudafricano Jan Smiths del preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, quien en 1945 introdujo en solitario la alusión a la dignidad y al valor de la persona humana. Pero es obvio que la importancia del concepto en tiempos

56 Pius XII, True and False Democracy, MAJOR ADDRESSES 88 (Vincent Yzermans ed., 2d vol.1961). El comentario de Pio XII según el cual “la democracia, entendida en un sentido amplio, admite varias formas y puede ser realizado en monarquías, así como en repúblicas”, id. en 80, puede sugerir de cierta forma de entendimiento idiosincrático del término, excepto cuando teóricos políticos como Maritian aceptaron que lo que hacía democrático a un régimen no era su estructura formal sino en cambio si era capaz de respetar el derecho natural y si el bien común era conseguido a través de él.

57 Para una síntesis general ver Martin Conway, Democracy in Postwar Western Europe: The Triumph of a Political Model, 32 EUROPEAN HISTORY Q. 59-84 (2002); JAN-WERNER MUELLER, CONTESTING DEMOCRACY: POLITICAL IDEAS IN TWENTIETH-CENTURY EUROPE ch. 4 (2011).

58 La continuidad o tesis “transguerrerista” que ofrezco es así radicalmente diferente a la sugerencia poco convincente de Whitman según la cual la preocupación por los Nazis evolucionó en las apelaciones pos-segunda mundial a la dignidad humana. Permitiendo una visión mucho más plausible acerca de las tendencias sociales en estatus para explicar eventos específicos y fenómenos legales y políticos que simplemente no encajan, Whitman también descuida el bien importante hecho de que los nazis no tenían de hecho un discurso sobre la dignidad humana, cuando los cristianos transnacionalmente sí lo hicieron, y masivamente, a lo largo de la misma era. James Q. Whitman, On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’, in DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE: THE SHADOW OF NATIONAL SOCIALISM OVER EUROPE AND ITS LEGAL TRADITIONS 243 (Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh eds., 2003). Ver también Gerald Neuman, On Fascist Honour and European Dignity: A Sceptical Response, en id. en 264 (en una breve réplica a Whitman).

de guerra, incluyendo su conexión con los derechos, fue debido al Papa, más que cualquier otro.⁵⁹

Consecuentemente, cuando la democracia conservadora llegó a la Alemania de posguerra, la dignidad pudo tener en el momento un rol crucial en las constituciones que –como Irlanda– fueron fundamentadas en el dios cristiano y en la dignidad humana, simultáneamente, como los primeros principios de un nuevo régimen constitucional. Este gesto ocurrió en forma de muchos *Länder* subfederales en Alemania con sus propias constituciones, antes de que ocurriera en la Ley Fundamental de la nueva república federal. A diferencia de Austria, que restauró la Constitución liberal del momento de posguerra de la Primera Guerra mundial que Hans Kelsen había redactado, a la Europa occidental y a la Alemania de los aliados les fue generalmente permitido (especialmente por los americanos) ir en un rumbo distinto. La significativa constitución bávara de 1946, cuyo preámbulo fue personalmente escrito por el demócrata cristiano Alois Hundhammer, abrió diciendo: “Conscientes de la devastación física a la que fueron sometidos los sobrevivientes de la Segunda Guerra mundial por un Estado carente de Dios y de todo orden social, con total ausencia de respeto o consciencia de la dignidad humana [...]”.⁶⁰ El conflicto fue claramente el contexto inmediato en la mente de los redactores de los documentos alemanes –aún cuando el holocausto en la Europa judía no lo fue. Pero las constituciones son siempre mapas de guía para el derecho, y en la constitución bávara Dios, la dignidad, y la moralidad fueron puestas para jugar un rol especial, así como antes ocurrió en Irlanda. Tanto o aún más influenciada por el pensamiento democrático cristiano, la constitución italiana (1947) – antes de la *Grundgesetz* y de la Declaración Universal – incluyó igualmente tanto a la dignidad como a la “persona humana”, aunque no en su preámbulo o en sus primeros artículos. También preservó constitucionalmente el tratado de Letrán de la era fascista con la Santa Diócesis cuyas provisiones concernientes a la vida pública y a la religión causan aún controversia.⁶¹ Alemania en 1949 hacía parte de una tendencia, una que era

59 Charles Beitz, *Human Dignity and Human Rights* (manuscript on file with author); see also Christopher McCrudden, *Dignity and the Judicial Interpretation of Rights*, 19 *EUROPEAN J. INT’L L.* 655, 675-78 (2008). Ninguna fuente estadounidense, en particular, correlaciona a la dignidad humana con los derechos humanos antes o por fuera del marco de fuentes católicas mencionadas arriba, y en el lenguaje ampliamente difundido del Papa. Para una documentación del asentado antisemitismo de Gildersleeve, tumbando las intuiciones iniciales acerca de por qué ella pudo haber pensado que era importante añadir la dignidad al final de la Segunda Guerra Mundial, ver STEPHEN H. NORWOOD, *THE THIRD REICH IN THE IVORY TOWER: COMPLICITY AND CONFLICT ON AMERICAN CAMPUSES* 104-05, 130, 236 (2009).

60 *VERFASSUNG DES FREISTAATES BAYERN*, Dec. 2, 1946, disponible en inglés en www.bayern.landtag.de/fileadmin/scripts/get_file/Bavarian_Const_2003_13F.pdf. Sobre el rol de Hundhammer y su participación en las entonces apelaciones predominantemente religiosas al derecho natural, ver OLIVER BRAUN, *KONSERVATIVES EXISTENZ IN DER MODERNE: DAS POLITISCHE WELTBILD ALOIS HUNDHAMMERS, 1900-1974* at 318-20, 282-310 (2006) (Ale.). Para una imagen más general del impacto del catolicismo en los orígenes del constitucionalismo alemán ver BURKHARD VON SCHEWICK, *DIE KATHOLISCHE KIRCHE UND DIE ENTSTEHUNG DER VERFASSUNGEN IN WEST-DEUTSCHLAND 1945-1950* (1980) (Ale.). Me reservo a escribir en el futuro sobre los orígenes de los *Grundgesetz* para la posteridad. Ver, e.g., “*INNERE FREIHEIT*”: *EINE REKONSTRUKTION DES GRUNDGESETZLICHEN WÜRDEBEGRIFFS* (2012) (Ale.).

61 Ver, e.g., *Lautsi v. Italy*, Eur. Ct. H.R. (2011) (sosteniendo que el permiso del estado para poner crucifijos en los salones de los colegios públicos de Italia no son una violación al derecho a la libertad de consciencia).

posible encontrar donde sea que la democracia cristiana fuera fuerte, y que buscaba fundar nuevas repúblicas basadas en -y limitadas por- la moral de la dignidad. (Mirkin-Guetzévitch no lo notó, pero la fuerte presencia de demócratas cristianos en la asamblea constituyente francesa permitió que los preámbulos tanto de la alborotada constitución de abril y la de finales de noviembre, de la Nueva Cuarta República, empezaran con la persona humana. Estas constituciones, sin embargo, no aludían a Dios ni a la dignidad, ni los demócratas del país lograron, a través de su partido *Mouvement Républicain Populaire*, tomar el poder como lo habían hecho en resto de la Europa occidental y continental.)⁶²

Al considerar todos los aspectos, el marco que la dignidad dio a los derechos humanos y al constitucionalismo liberal en y a través de la guerra es difícil de entender como un simple hito –si no como una concesión retrógrada-. La dignidad humana ayudó principalmente a arrebatarse tanto los derechos como el constitucionalismo a la Revolución Francesa en particular, y al secularismo político en general, que habían sido hasta entonces así asociados en la historia europea. Ahora estos últimos se verían en la cultura transatlántica pública como un rodadero hacia el totalitarismo. Justo como en la Segunda Guerra mundial se creó la extraña alianza del Frente Popular que tenía como fin derrotar al fascismo, después de que esa alianza fracturara, asadas la unión única entre enemigos contra la nueva amenaza en la Guerra Fría, se producirían desastrosas consecuencias para todos los involucrados.⁶³

VII. ¿SALVARON LOS IRLANDESES LA CIVILIZACIÓN? LAS CONTINUIDADES DE LA DIGNIDAD

No sostengo que la constitución irlandesa es importante en sí misma. De hecho, cuando Mirkin-Guetzévitch publicó la revisión de su manual de constituciones europeas en 1938, este le dio mucho más peso a las constituciones corporativistas de Portugal y Austria, pues ellas rompían fundamental-

62 Comienza así: “Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine . . . (Como resultado de la victoria ganada por los pueblos libres sobre los regímenes que se empañaban en subyugar y degradar a la persona humana...)” (traducción por los editores). RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946, Préambule. Acerca del rol de MRP, ver, e.g., ANDREW SHENNAN, RETHINKING FRANCE: PLANS FOR RENEWAL, 1940-1946 ch. 4-5 (1989). También vale la pena observar, aunque en un caso mucho más complicado, la Constitución surcoreana de 1948, en donde también figura la dignidad.

63 El principal rol de la dignidad permaneció en la retórica pública y privada de la Guerra Fría, y no del constitucionalismo, pues los occidentalistas adoptaron en general el entendimiento católico acerca de las fallas del comunismo. Un documento seminal de la Guerra Fría en Estados Unidos, el NSC-68, afirma que el meollo de la disputa era la defensa de la dignidad humana. NAT’L SEC. COUNCIL, NSC-68: UNITED STATES OBJECTIVES AND PROGRAMS FOR NATIONAL SECURITY (Apr. 14, 1950). Harry S Truman concordó con “tanto la religión como la democracia están fundadas en un principio básico: el valor y la dignidad del individuo, masculino o femenino”. Ver WILLIAM INBODEN, RELIGION AND AMERICAN FOREIGN POLICY, 1945-1960: THE SOUL OF CONTAINMENT 109, passim (2010) (detallando la extensa evidencia sobre la dignidad humana en el discurso estadounidense en tiempos de Guerra Fría). Para más detalles, ver Giuliana Chamedes, Pius XII, Rights Talk, and the Dawn of the Religious Cold War, in RELIGION AND HUMAN RIGHTS (Devin O. Pendas ed., 2013).

mente con la democracia secular y liberal (no como la irlandesa, que se comprometía parcialmente).⁶⁴ La constitución irlandesa no importa intrínsecamente sino instrumentalmente: en el actual entusiasmo por la dignidad, esta la establece decisivamente tanto la correcta cronología como el “significado original” en las circunstancias de la democracia religiosa. Fue como algo parecido a una grabadora que, al estar encendida en el momento correcto, captura el momento en que un accidente sucedió y cuyo reflejo persiste hasta nuestros días.

Sin necesidad de decirlo, para el mundo católico y de la política europea en general la asignación irlandesa de la dignidad a la persona humana individual en 1937 –así como las otras propuestas tentativas de la democracia cristiana en el momento– ciertamente no salvó al mundo. Tomó una guerra, en donde el corporativismo antiliberal fue descartado como una opción para el catolicismo político, con mucha sangre derramada en el proceso. Y aún así, la presencia de las “clérigo-fascistas” España y Portugal les permitió por muchas décadas a algunos fanáticos a alimentar la llama de la dignidad reaccionaria. Hace tiempo Dermot Keogh propuso ver a de Valera como un pionero de la “democracia cristiana”.⁶⁵ El problema de esta iluminadora interpretación es que no hubo hegemonía de los demócratas cristianos en Europa hasta después de la Segunda Guerra mundial –cuya violencia fue necesaria para permitir la posibilidad de su largo reinado posterior. Pero después de ella, la original síntesis (periférica y excéntrica) de catolicismo y democracia, se convirtió de repente en moda, y la dignidad individualista se convirtió en piedra fundacional, sin ser la Ley Fundamental de Alemania occidental la excepción. La dignidad constitucional entró en la historia como parte de la inesperada supremacía de la democracia cristiana después de la Segunda Guerra mundial –y más ampliamente como un aspecto de la primera versión del constitucionalismo religioso.

Al mirar el mundo, nadie podría decir el constitucionalismo religioso es cosa del pasado. De hecho, el caso irlandés, en donde la dignidad constitucional nació, puede dar buenas luces para entender este fenómeno ahora familiar. Es verdad, algunos señalan la importancia del constitucionalismo religioso sobre la base de que es una alternativa a la política aún menos liberal, así como un dispositivo transicional hacia políticas aún más liberales. Consideren, por ejemplo, la propuesta de Jan Werner-Müller de que el islamismo radicar podría seguir el mismo rumbo que el catolicismo reaccionario alguna vez tomó gracias a la democracia cristiana en práctica y en teoría.⁶⁶ En la historia europea, de donde dichos principios fueron extrapolados, el constitucionalismo religioso sin embargo *siguió y reemplazó* el constitucionalismo secular; y finalmente prosperó comparado con las opciones fascistas y autoritarias gracias a la fuerza de las armas. Más teóricamente es difícil sostener que el constitucionalismo

64 BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH, LES CONSTITUTIONS DE L'EUROPE NOUVELLE 49-54 (1938).

65 DERMOT KEOGH, IRELAND AND EUROPE, 1918-1948 passim (1988).

66 Jan-Werner Müller, Making Muslim Democracies, BOSTON REV., Nov. 2010.

formal es en sí mismo un factor causal para la liberalización. Cuando se trata de sobrevivir en las tempestades de la crisis económica y política, el registro de constituciones en el siglo XX –como Mirkine-Guetzévith ya sabía– es definitivamente mixto.⁶⁷ Respecto al texto del nuevo preámbulo de la constitución húngara este sugiere, todavía sucede que el constitucionalismo religioso es una respuesta a la crisis: hasta el día de hoy una de sus principales funciones es como sucesor, más que como puente hacia un régimen más liberal.⁶⁸ En cuanto al constitucionalismo religioso como un dispositivo transnacional, el ejemplo de la democracia cristiana sugiere que este puede servir para estabilizar la “teocracia constitucional” por un largo tiempo.⁶⁹ Y si la presencia de la era de la democracia cristiana es un modelo en las décadas posteriores a la II Guerra Mundial (que ya transcurrió), es uno en la que la secularización cultural, no la política constitucional, la que hizo el truco.⁷⁰

El molde para la dignidad humana que el constitucionalismo religioso provee establece un problemático punto de inicio. Y los puntos de arranque algunas veces continúan siendo relevantes, como ciertamente lo es el de la dignidad humana individual, pues la alternativa moralista que implica la libertad secular sin duda retiene sus implicaciones en varios frentes. (Por ejemplo, en la historia de EE. UU., véase los usos de la dignidad en la plataforma del partido republicano en 2012).⁷¹ Más generalmente, las funciones y el destino del constitucionalismo religioso de la década de 1930 y que inspira poca confianza de que hay algo más que decir sobre él, más que existen peores alternativas.

67 Ver en general, ZACHARY ELKINS ET AL., *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* (2009).

68 Constitución de Hungría (2011), preámbulo (estructuralmente muy similar al caso irlandés discutido acá en su conjunción con el cristianismo y la dignidad). Todo está ahí: la centralidad de la dignidad humana, reconocimiento al rol de la cristiandad en preservar la nacionalidad”, junto con el significado de la “Europa cristiana”, en una historia que nos lleva atrás hasta San Sebastián. Más revelador resulta que haya una llamada a volver a la moralidad después de la incursión secularista (incluyendo aquí al caso comunista): “después de las décadas del siglo veinte que llevaron al estado de decadencia moral, tenemos la necesidad apremiante de una renovación espiritual e intelectual.” La dignidad también aparece en la Constitución iraquí de 2005 y en la Constitución interina de Libia (en su preámbulo), ambos buenos ejemplos de constitucionalismo religioso, aunque se admite que ahora la dignidad hace parte del arte del estado constitucional y uno podría caer en inferir poco de su presencia.

69 Como el constitucionalismo religioso todavía no aparece en los atlas constitucionales necesitamos un trabajo más profundo que lo clarifique, para poder crear cualquier teorización del mismo. Compare: David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. 1163, 1163-1257 (2011) and *THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS* (Denis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013).

70 Ver Hugh McLeod, *The Religious Crisis of the 1960s* (New York, 2007) para un comienzo.

71 En este documento la dignidad es utilizado dos a veces en relación con el aborto y porqué es un error (argumentando que su práctica puede ofender la “dignidad de la mujer”), una vez en relación con el matrimonio heterosexual y su protección, otra vez en relación con los militares y porqué no debe ser un lugar para “experimentación social” y otra vez más en relación con veteranos de guerra. Ver REPUBLICAN NATIONAL COMMITTEE, *WE BELIEVE IN AMERICA* 13, 31, 33, 42, 44, disponible acá: <http://www.gop.com/wp-content/uploads/2012/08/2012GOPPlatform.pdf>. Para más reflexiones acerca de las alusiones de Anthony Kennedy a la “dignidad del matrimonio” en el reciente caso de Windsor v. United States, ver Samuel Moyn, *Dignity in General and in American Constitutional Law*, HUMANITY (Oct. 22, 2013), <http://www.humanityjournal.org/blog/2013/10/dignitygeneral-and-american-constitutional-law>.

La dignidad humana persiste en la continuidad de sus orígenes, y uno solo puede endosar el constitucionalismo religioso *faute de mieux*⁷²; pero ambos deben ser tratados con cautela. Como Mirkin-Guetzévitch pudiera haber argumentado, la libertad y la dignidad constitucional han tenido sobretodo trayectorias separadas en la historia. A pesar de su contingente matrimonio en la mitad del siglo XX, sus caminos podrían volver a separarse.

VIII. CONCEPTOS Y CONTESTACIONES: LA DISCONTINUIDAD DE LA DIGNIDAD

Pero, ¿qué se puede decir acerca de las distintas connotaciones que la dignidad humana ha tenido y por lo tanto los diferentes roles que puede jugar? Porque también es cierto que los puntos de inicio, tanto en teoría como en práctica, explican cada vez menos conforme el tiempo va pasando acerca de las disputas que ocurren en sus términos, ya sea a nivel de los conceptos claves del constitucionalismo o de la política en general. En la historia de las palabras y los conceptos, incluyendo las constituciones, la génesis ciertamente no da cuenta del uso de estos (dejando a un lado el concepto de validez). Y más de medio siglo después, las funciones de la dignidad no están más bajo el control de sus disposiciones originales.

Fue la inesperada secularización la que ocurrió en Irlanda (y en Alemania), la que tuvo el efecto de abrir la dignidad humana a nuevos entendimientos. Aquellos viviendo bajo el régimen del “nuevísimo” constitucionalismo de la democracia cristiana seguramente pudieran partir de los significados originales, e incuestionablemente lo hicieron mientras la era post-Segunda Guerra mundial se daba. De hecho, tanto en Irlanda como en Alemania, la gran influencia que el catolicismo ejerció en la práctica y en la teoría constitucional, ha disminuido tan substancialmente en las décadas recientes que su centralidad fundacional corre el riesgo de ser suprimida y olvidada.⁷³ En cualquier evento, es justo decir que la dignidad humana no está apegada, por decirlo de alguna manera, ni encadenada al marco del constitucionalismo religioso.

Al final, por lo tanto, mi énfasis en el constitucionalismo religioso no solo reconoce sino incluso insiste en que se requiere enfrentar y tener en cuenta el entusiasmo actual por la dignidad, en una versión muy diferente.⁷⁴ Para el derecho no hay duda de que la ola de constituciones recientes in-

72 N. del T.: a falta de algo mejor, en francés.

73 Para el caso irlandés, ver, por ejemplo, JOHN HENRY WHYTE, CHURCH AND STATE IN MODERN IRELAND, 1923-1970 cap. II (1971). Sobre el catolicismo en los primeros años de la Ley Fundamental, ver Hans Maier, Katholische Sozial- und Staatslehre und neuere deutsche Staatslehre, 93 ARCHIV DES ÖFFENTLICHEN RECHTS I, 1-36; FRIEDER GÜNTHER, DENKEN VOM STAAT HER: DIE BUNDESDEUTSCHE STAATSRICHTSLEHRE ZWISCHEN DEZISION UND INTEGRATION 1949-1970 (2004) (Ale.).

74 Un buen lugar para empezar a preguntarse por este problema está en Oliver Sensen, Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms, 10 EUROPEAN J. OF POL. THEORY 71, 71-91 (2006).

vocando la dignidad humana, siendo ejemplar la Constitución sudafricana, es el principal factor que explica la preeminencia actual del concepto. Llamativamente, la dignidad en Alemania era una *nicht interpretierte Theses* o provisión estrictamente simbólica, pero los jueces alemanes partieron hace mucho tiempo de su entendimiento original, siendo la historia irlandesa muy parecida.⁷⁵ Su rol en la interpretación judicial del viejo y nuevo derecho constitucional llama hoy considerablemente la atención. Conectada a la relevancia sorpresiva del derecho internacional de los derechos humanos la dignidad es hoy mucho más gaseosa, libre, y disputada que en un inicio. Su estatus casi obligatorio en las constituciones de las últimas dos décadas indica que la dignidad abre un foro específico alrededor del mundo para su interpretación, aún cuando potencialmente este proceso tiene lugar (aunque no necesariamente) dentro de las fronteras de su concurrente interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos.

En la academia, el tardío y sorpresivo retorno del kantianismo contribuyó en gran medida, para estar seguros, a que los liberales seculares contemporáneos, que clamaban la relevancia de Kant, no prestaran atención al parámetro de la dignidad hasta muy tarde en su esfuerzo reformista. Kant planteó la importancia de la dignidad individual en su filosofía moral, pero pocos de sus seguidores lo han hecho hasta hace poco. En la mayoría del periodo desde 1940, la dignidad era algo así como un concepto propiedad del catolicismo, restringido generalmente a los círculos iusnaturalistas.⁷⁶ Los kantianos antes del presente reciente, ya sea en el tardío siglo XX bajo la guía de Hermann Cohen o en el siglo XX bajo la de John Rawls, no se han enfocado en ella. De los prominentes filósofos que han publicado un libro, un artículo o un capítulo sobre la dignidad en los últimos años, ninguno se ha centrado en ella o siquiera la ha mencionado antes que los católicos. La noción común sobre el inmemorable presente teórico de la dignidad simplemente no encuadra con su meteórico surgimiento. Precedidas por Avishai Margalit (en *The Decent Society*), las intervenciones de Seyla Benhabib (en *Dignity in Adversity*), así como el capítulo central de *Justice for Hedgehogs*, titulado “Dignidad” y el epílogo “Dignidad invisible”; de Jürgen Habermas (en “el concepto de dignidad humana”); de George Kateb (en “dignidad humana”); de Michael Rosen (en Dignidad) y de Jeremy Waldron en “dignidad, rango y derechos”,

75 Sobre la interpretación judicial, ver Iglesias, nota 37 supra; William Binchy, Dignity as a Constitutional Concept, in *THE IRISH CONSTITUTION: GOVERNANCE AND VALUES* (Eoin Carolan and Oran Doyle eds., 2008). Más ampliamente ver, por ejemplo, Paolo G. Carozza, Human Dignity in Constitutional Adjudication, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (Tom Ginsburg and Rosalind Dixon eds., 2011).

76 Hasta hace poco los principales autores que exploraron la dignidad fueron conservadores. Ver, e.g., Aurel Kolnai, Dignity, 51 *PHILOSOPHY* 251-71 (1976); Robert Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, in *MENSCHENRECHTE UND MENSCHENWÜRDE: HISTORISCHE VORAUSSETZUNGEN, SÄKULARE GESTALT, CHRISTLICHES VERSTÄNDNIS* (Ernst-Wolfgang Böckenförde and Robert Spaemann eds., 1987) (Ale.); Hans-Georg Gadamer, Die Menschenwürde auf ihrem Weg von der Antike bis heute, 12 *HUMANISTISCHE BILDUNG* 95-107 (1988) (Ale.).

todas estas publicadas entre el 2010 y el 2012.⁷⁷ En el derecho internacional fueron faro los conservadores naturalistas, como Myres McDougal y especialmente Alfred Verdross (de lejos el promotor más prominente en el campo del derecho internacional de la Guerra Fría) quienes sustentaron su pensamiento alrededor de la dignidad humana.⁷⁸ Al final de cuentas, desde entonces, los abogados de tendencia liberal se tornaron hacia ella, generalmente concurriendo en la misma movida de los filósofos que hicieron del pensamiento kantiano su fundamento básico.⁷⁹

La prioridad que tiene hoy el kantianismo en círculos legales y académicos ocasionalmente hace recordar una deseada asunción acerca de la presencia constitucional de la dignidad. Pero tal como la decimocuarta enmienda no proclamó, como el magistrado Wendell Holmes indicó, la *Social Statics* de Herbert Spencer, ninguna constitución reciente o siquiera antigua incorpora los *Prolegómenos para una metafísica de la moral* –especialmente en la interpretación contemporánea secular de Kant, que da a los individuos una fuerte autonomía y unos derechos inalienables en contra de las prerrogativas estatales y los bienes colectivos. Más ampliamente, no hay evidencia histórica para sostener la proposición según la cual la dignidad en su versión democrática-cristiana refleja un compromiso deontológico en la ética. Si originalmente puso una vara, fue por la democracia en nombre de una moralidad previamente establecida para eliminar toda amenaza de incursión secular o de la expansión “totalitaria” del Estado. Es cierto que para el pensamiento social-católico era un anatema un gobierno utilitarista, promotor de los cálculos hedonistas de las personas; pero no lo era porque prefiriera la autonomía

⁷⁷ Además de las fuentes ya citadas, ver SEYLA BENHABIB, DIGNITY IN ADVERSITY: HUMAN RIGHTS IN TROUBLED TIMES (2011); RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS (2011); GEORGE KATEB, HUMAN DIGNITY (2011); y, con más estilo, AVISHAI MARGALIT, THE DECENT SOCIETY (1996); Avishai Margalit, Human Dignity between Kitsch and Deification, 9 HEDGEHOG REVIEW 7-19 (2007). Aparentemente el pionero crucial en la filosofía angloamericana es THOMAS E. HILL, JR., DIGNITY AND PRACTICAL REASON IN KANT'S MORAL THEORY (1992).

⁷⁸ Ver Myres S. McDougal, Perspectives for an International Law of Human Dignity, 53 PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW 107-36 (1959); Alfred Verdross, Die Würde des Menschen in der abendländischen Rechtsphilosophie, in NATURORDNUNG IN GESELLSCHAFT, STAAT, WIRTSCHAFT: FESTSCHRIFT FÜR JOHANNES MESSNER (Joseph Höffner et al. eds., 1961) (Ale.); Die Würde des Menschen als Grundlage der Menschenrechte, in RENÉ CASSIN: AMICORUM DISCIPULORUMQUE LIBER (1969) (Ale.); DIE WÜRDE DES MENSCHEN UND IHR VÖLKERRECHTLICHE SCHUTZ (1975) (Ale.). Verdross, uno de los pupilos de Kelsen en Viena, que se convirtió al derecho natural católico, ha sido un fiel admirador de Dollfuss y un ardiente defensor de su régimen antes de convertirse en el mejor abogado internacionalista de Austria en posguerra. Para saber cómo el diferenció su cristianismo nacionalista con el nacional socialismo en 1938, ver Alfred Verdross & Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law, 6 EUROPEAN J. INT'L L. 78-97 (1995).

⁷⁹ La literatura que explora este tema es muy vasta para poder citarla. Louis Henkin no mencionó a Kant o a la dignidad en THE RIGHTS OF MAN TODAY (1978). El siguiente año, su pareja Alice Henkin editó un volumen en el Instituto Aspen llamado HUMAN DIGNITY: THE INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS (1979), pero ningún de los autores que contribuyó mencionó la dignidad (o involucró a Kant, exceptuando al juez Charles Wyzanski Jr., quien lo rebajó por ser un proponente estatista de la libertad positiva, id, en 13). Solo unos pocos años después ver el pionero trabajo de Oscar Schachter Human Dignity as a Normative Concept, 77 AM. J. INT'L L. 77, 848-54 (1983). Después, Henkin coeditó un libro de jurisprudencia llamado HUMAN RIGHTS (1999, 2009) en donde pone a Kant y a la dignidad como la fuente claves para entender la emergencia de los derechos humano desde su historia.

de la persona kantiana. En cambio, insistía en la *restricción* a la autonomía, tanto individual como colectiva. Así entonces, la dignidad originalmente no era símbolo, como lo es en los debates jurídicos actuales, de las prerrogativas individuales en contra de bienes colectivos, la distinción entre conceptos que se suponía iba a ser superada con la noción de “persona humana”.

Aunque ciertamente ilustra la plasticidad de las palabras y los conceptos, la reciente trayectoria de la dignidad humana en el derecho y la filosofía hacia una dirección radicalmente nueva no es necesariamente satisfactoria. Pues la reutilización de palabras y los conceptos ocurre en medio de su disputa múltiple y mundana, más que en la simplicidad de su primera utilización. La lucha por redefinirlos puede tener especial sentido o inclusive contar como un requerimiento, por supuesto, cuando conceptos claves son proclamados en documentos autoritarios legales, como constituciones nacionales o tratados internacionales. Más notablemente, la redefinición puede ser apropiada en tanto que las cortes tienden a interpretar conceptos claves como si tuvieran un significado legal independiente. La redefinición continua de conceptos existentes como si se tratara de una batalla partisana es una de las características centrales del derecho y la política. (Después de buscar los significados de la dignidad en el ala republicana, considere los usos alternativos en la plataforma del partido demócrata para las elecciones de 2012 en Estados Unidos).⁸⁰

Es cierto que la estabilización del significado puede ocurrir en cualquier punto, pero, especialmente cuando se trata de un término de textura abierta como “dignidad humana”, la estabilización es normalmente un logro temporal y parcial. Y es presumiblemente más fácil al inicio que mientras se disputa su redefinición, por la misma razón de que es más simple pintar en un óleo en blanco que en un cuadro ya pintado. Los inicios constitucionales de la dignidad individual fueron distintivos comparados con el tiempo presente. En un momento histórico muy diferente al nuestro, ella entró al mundo de la política constitucional mientras algunos católicos lucharon por establecerla como una herramienta valiosa. La constitución irlandesa, como lo fue después también la Ley Fundamental alemana, parecer ser un momento de relativo éxito en dicho cometido. Pero aquellos momentos en que nuevos conceptos son constitucionalizados en medio del consenso son además bastante escasos.

Si es así, entonces la contestación es el destino agrí dulce de todos los conceptos y valores que nos importan. Y aún así no todas las palabras y conceptos son creados por igual en el desacuerdo, que es su característica en común. El inevitable proceso de disputa, al que toda palabra está sometida,

80 En este documento, la dignidad es utilizada seis veces, cuatro en relación con los derechos universales del hombre sobre donde los Estados Unidos fueron fundados, incluyendo énfasis en los derechos globales de las mujeres y en el desarrollo económico, así como dos veces en relación con las políticas públicas liberales como el servicio de salud del que depende toda (especialmente de los más viejos) la dignidad de los ciudadanos. Ver DEMOCRATIC NATIONAL COMMITTEE, MOVING AMERICA FORWARD 1, 2, 28, 29, 30, available at <http://assets.dstatic.org/dnc-platform/2012-National-Platform.pdf>.

lleva a diferentes resultados, como si habláramos de las familias infelices de Leo Tolstoy. Por razones puramente accidentales, frecuentemente algunos conceptos están abiertos a moverse en nuevas direcciones específicas, como cuando la mutación de una era de revolución resulta concretándose a otra en una etapa posterior. En parte, claramente la dignidad estuvo abierta a una reapropiación específica porque un nuevo tipo de derecho internacional de los derechos humanos, y un enteramente inesperado kantianismo académico, pudo hacer uso de ella. Más allá, por razones históricas y conceptuales en diferentes claves, algunas palabras y conceptos les es muy difícil alejarse de su herencia, mientras para otras es muy sencillo. Pero finalmente, el disenso es tan profundo que trasciende al desacuerdo ordinario, y la premisa de que el mismo concepto sigue siendo debatido desde distintas posiciones, se convierte en una ficción que oculta la realidad, una en la que los interlocutores sencillamente poseen motivaciones variadas.

Yo mismo me preocupo de este último fenómeno, que hoy se podría decir, acosa a la “dignidad humana”, dados los hechos, su continuidad con sus orígenes y de su reapropiación de su significado (junto con su migración a otros dominios que van desde la biblioteca hasta el contraterrorismo), siendo que es tan controvertido para ser disponible a su uso puro o común para su invocación útil. Sorpresivamente, dados sus orígenes constitucionales como los he esbozado, Bruce Ackerman ha recientemente elevado a la dignidad humana a un principio central del derecho constitucional estadounidense –sorpresivamente, pues la primera referencia a ella ocurrió en el verano de 1937 y en respuesta directa a las innovaciones papales.⁸¹ Cualquier “énfasis” en la dignidad humana puede todavía hoy sorprender a algunos constitucionalistas estadounidenses, reconoce Ackerman, resaltando su importancia en *Brown v. Board of Education* y en la revolución del movimiento por los derechos civiles y políticos.

Mientras la idea de la dignidad sirve como fundamento en Europa y en demás países para los derechos constitucionales, [...] que los abogados estadounidenses derivan sus principios básicos de las ideas de igual protección y debido proceso. [Pero e]sta es una concepción equivocada, basada en una falla al apreciar como la lógica hoy perdida de *Brown v. Board of Education* fue reforzada durante el conflicto por la normatividad en los sesentas.⁸²

De forma similar, Reva Siegel argumenta que la dignidad sirvió brevemente como herramienta para avanzar en el fin de la autonomía e igualdad de las mujeres en el dominio de la sexualidad, al recurrir a ella en los sesentas y setentas, en Estados Unidos y en Alemania, persiguiendo la despenalización

81 Zurbrick v. Woodhead, 90 F.2d 991 (6th Cir. 1937). La siguiente referencia, cuatro años después, revelaría las connotaciones antitotalitarias de la frase; ver Laage v. Laage, 26 N.Y.S.2d 874 (1941). Hay una pequeña manotada de pequeños casos antes mencionando la “dignidad del hombre”.

82 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION 137 (vol. 3, 2013). Ver también Bruce Ackerman, Dignity Is a Constitutional Principle, N.Y. TIMES, Mar. 29, 2014.

del aborto por parte de los jueces.⁸³ Pero sea cualquiera la plausibilidad de estas sugerencias –y es una poderosa–, es insuficiente simplemente extraer del pasado la versión de la dignidad que uno prefiera, como si las otras no existieran. Por ejemplo, Ackerman ofrece unos pocos ejemplos de la dignidad humana desde argumentos judiciales populares, mientras falla al notar la avalancha de usos en el discurso de la Guerra Fría. Sea lo que sea verdad acerca del pasado, la controversia acerca del significado de la dignidad es latente hoy todavía para nosotros. De su parte, Siegel provechosamente reconoce que la confusión teórica y la disputa política alrededor de la dignidad humana hoy es tan intensa que la sola defensa de su rol causa actualmente que “hasta los agonistas se mantengan en la conversación”.⁸⁴ Obviamente, ambos bandos en las continuas disputas sobre el aborto la invocan. Pero si al inspeccionar los argumentos de lado y lado resulta que cada cual tiene un entendimiento distinto, entonces, ¿sobre qué exactamente estamos hablando? Como concluye adecuadamente Ackerman, “la dignidad es una noción en constante evolución”.⁸⁵

Como una naranja ya exprimida, la apelación a la dignidad puede que ya no tenga mas que darle a ningún bando en. Ningún concepto es útil o inútil hasta que alguien intenta usarlo y fracasa o triunfa. El problema con la dignidad no es que sea inútil en la teoría, sino que la práctica del combate político la ha vuelto así.⁸⁶ Por supuesto, no podemos saber nunca de antemano quién ganará en la política, incluyendo la política creativa de la interpretación constitucional u otro tipo de interpretación legal. Pero nos podemos preocupar si una palabra o principio parece no tener otro futuro que alimentar el fuego del conflicto repetitivo y constante.

A la poderosa objeción de que más movilizaciones de la dignidad son inevitables –solo para ir en contra de otras interpretaciones de lo que se dice requerir– cualquier respuesta tiene que conceder que no hay alternativa a vivir con algo de desacuerdo, y no menos que con respeto a los términos, valores y preceptos constitucionales. No es como si omitir simplemente a la dignidad nos llevara a un acuerdo total sobre otras palabras y valores.⁸⁷ Pero mientras es cierto que cada concepto y provisión constitucional es disputado, si solo por los medios de su presencia absoluta y el paso del tiempo, los conceptos disputados pueden dar lugar a debates sin sentido porque son basados no en acuerdo

83 Reva B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey/ Carhart*, 117 *YALE L.J.* 1694 (2008); Reva B. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims on Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-Sex Marriage*, *INT’L J. CONST. L.* 355-79 (2012).

84 Sobre estos temas, ver *UNDERSTANDING HUMAN DIGNITY* (Christopher McCrudden ed., 2014), donde una versión más pequeña del presente ensayo aparece.

85 ACKERMAN, *WE THE PEOPLE*, nota 80 supra en la 137

86 Ver Ruth Macklin, *Dignity Is a Useless Concept*, 237 *BRITISH MED. J.* 1419-20 (2003).

87 Jeremy Waldron se refiere a este punto frecuentemente en su artículo reciente *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* (2013), available at <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/Waldron.pdf> Pero la pregunta real no es si otros conceptos involucraron desacuerdos, sino si la dignidad lo involucra demasiado.

incompletamente teorizado, que permitiría continuar con su renegociación, sino en un enteramente subteorizado desacuerdo que cubre y esconde un antagonismo implacable. E infrecuentemente, en una era en que el papel de las fuerzas políticas no se ve algunas veces reflejado en la composición de las élites legales o académicas, dicha inviabilidad es una invitación a combatir no por una victoria democrática, sino por un control aparentemente más sencillo de los conceptos teóricos o jurídicos. Resultados más inmediatos parecen posibles en esos niveles siendo una tentación transferir la política allí con poca legitimidad y algunas veces solo un éxito temporal.

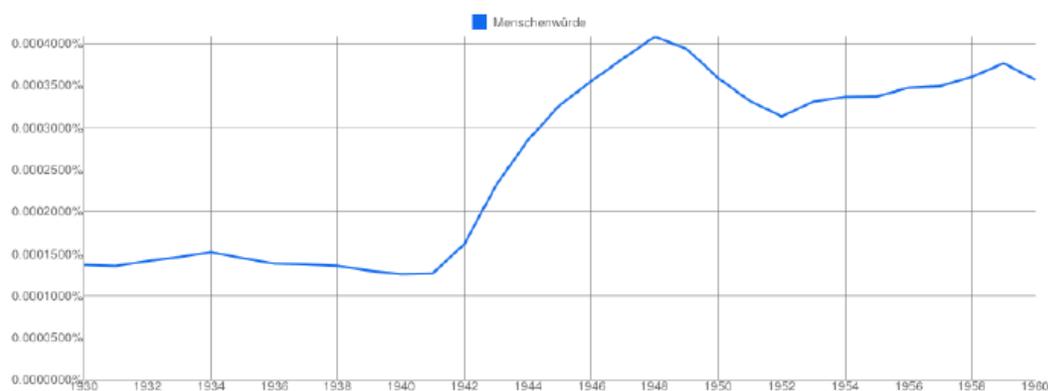
La preocupación es que la “dignidad humana” es muy frecuentemente un concepto despolitizado, que arriesga con ofuscar la divergencia programática bajo la pretensión de convergencia. Si un acuerdo incompletamente teorizado suele resultar en poco más que acuerdo en el desacuerdo, una divergencia enteramente subteorizada es una cuestión de simple confusión, solo creando discordia menos aparente y articulada. Y en los caminos potencialmente problemáticos del mundo contemporáneo, la dignidad motiva la transferencia de poder a los jueces como una alternativa a la disputa más abierta de las visiones políticas enfrentadas.⁸⁸ Sobre este punto, por supuesto, la judicialización contemporánea de la dignidad –en sí por nadie anticipada que se haya envuelto en su constitucionalización en la década de los cuarentas y treintas- es un caso clave para un estudio mucho más amplio. Y esa es otra historia...

IX. APÉNDICE: GOOGLEANDO LA DIGNIDAD

Los *Ngrams* de Google diagraman las tendencias del lenguaje natural a través de libros escaneados en varios idiomas, con la frecuencia de frases o palabras encontradas de manera comparada a través del tiempo, así como el porcentaje del número de libros por cada año.

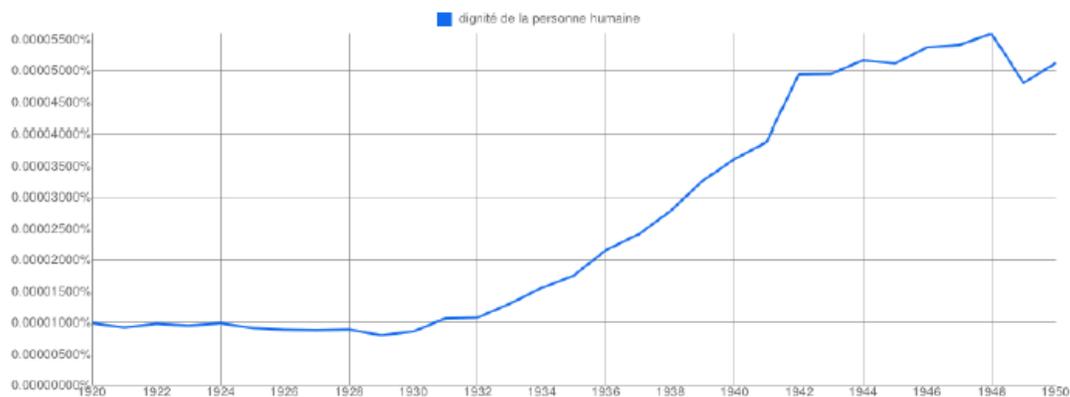
i. La dignidad humana asciende en Alemania durante la Segunda Guerra mundial, no por la constitución de Alemania occidental.

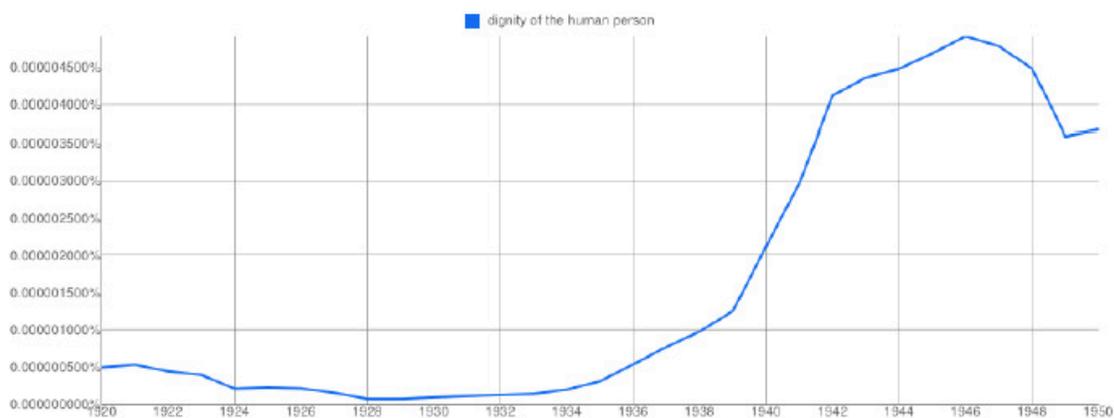
88 Considere los escritos (incluyendo el próximo libro sobre la dignidad humana) del ex miembro de la Suprema Corte de Justicia en Israel, el magistrado Aharon Barak para una especie de excepcional confianza en las habilidades del juez para desplegar correctamente varias técnicas interpretativas –la más famosa: la proporcionalidad y el balanceo suponen un homenaje a la dignidad humana, entre varios otros. Ver también ERIN DALY, *DIGNITY RIGHTS: COURTS, CONSTITUTIONS, AND THE WORTH OF THE HUMAN PERSON* (2012).



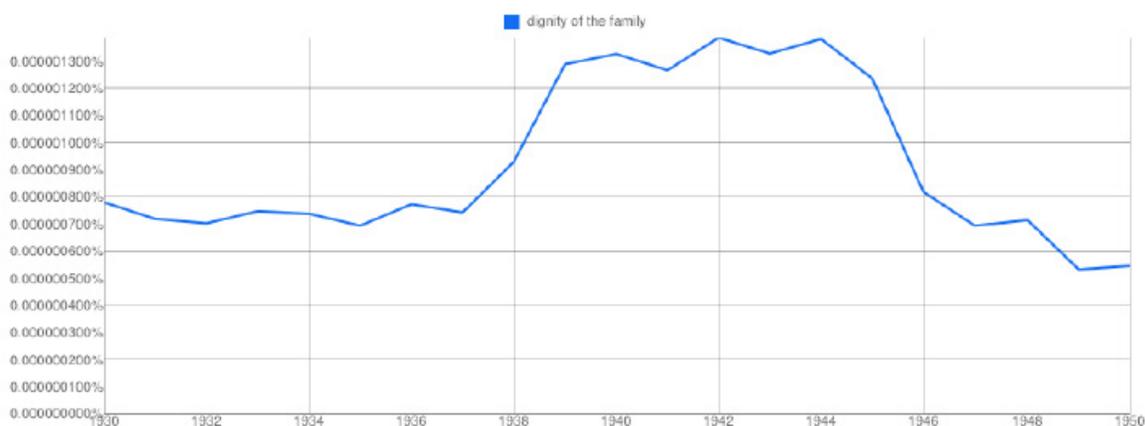
ii. La noción de “dignidad de la persona humana” (fórmula estándar del catolicismo de esa época) asciende a mediados de 1930, y primero en francés –nada sorprendente dado que sus principales teóricos escribieron en ese lenguaje.

Nótese la tardía historia alemana.



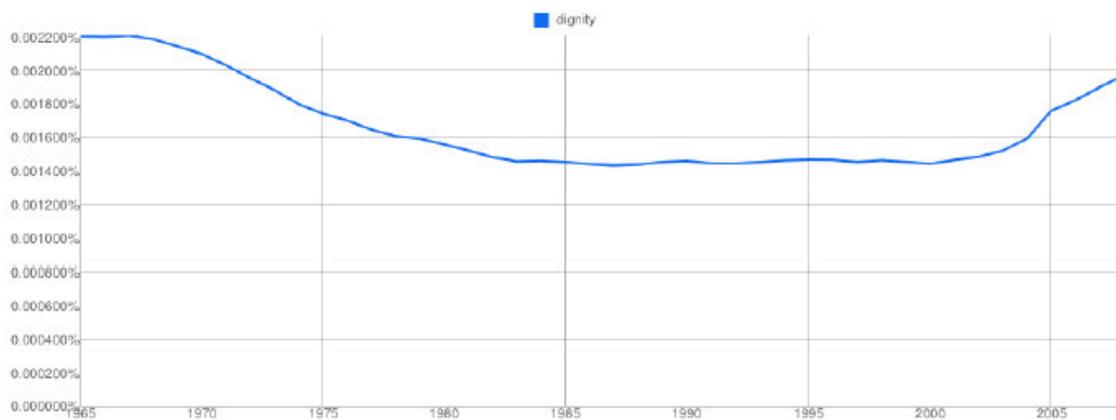


iii. Fue solo la resolución de la guerra la que acabó con la propuesta alternativa (central para las aproximaciones corporativistas) según la cual la dignidad concierne principalmente a la familia.





iv. En gran medida, la “dignidad” (quizás generalmente junto a la estructura de valores aristocráticos) está declinando. Una reciente explicación, más que una a largo plazo, es entonces requerida para el contemporáneo incremento en los usos de la dignidad (post-2000).



T E O R Í A D E L D E R E C H O

X. BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce (2013). *We the People: The Civil Rights Revolution* (volumen 3). Cambridge: Harvard University Press.
- Anderson, Perry (2012). *After Nehru*, London Review of Books, n.º 34.
- Ann Glendon, Mary (2010). *Catholic Social Doctrine and Human Rights*. En: *Catholic Social Doctrine and Human Rights*, editado por Roland Minnerath, et al. Ciudad del Vaticano: Political Academy of Human Rights.
- Bédarida, Renée (1989). *Dans la tourmente 1940-1944: Des droits de la personne aux droits de l'homme*. En: *Les catholiques français et l'héritage de 1789 : d'un centenaire à l'autre (1889-1989)*. Paris: Colloque de l'institut catholique de Paris.
- Benhabib, Seyla (2011). *Dignity in Adversity: Human Rights in Troubled Times*. Oxford: Polity.
- Bromage, Arthur & Bromage, Mary (1940). *The Irish Constitution: A Discussion of Its Theoretical Aspects*. *Review Politics*, n.º 2, 145-166.
- Braun, Oliver (2006). *Konservative Existenz in der Moderne: das politische Weltbild Alois Hundhammers (1900-1974)*. München: Hanns.Seidel-Stiftung.
- Browne, Noel (1998) *Church and State in Modern Ireland*. En: *Ireland's evolving Constitution, 1937-1997*. London: Hart Publishing.
- Buchanan, Tom & Conway, Martin (1996). *Political Catholicism in Europe, 1918-1965*. Oxford: OUP.
- Cahill, Edward (1932). *The Framework of a Christian State: An Introduction to Social Science*. Dublin: M.H. Gill and Son.
- Carty, Anthony (1995). *Alfred Verdross & Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law*. *European Journal of International Law*, 78-97.
- Chamedes, Giuliana (2013). *Pius XII, Rights Talk, and the Dawn of the Religious Cold War*. *Religion And Human Rights*.

(2019). *A Twentieth-Century Crusade*. Cambridge: Harvard University Press.

Chappel, James (2011). The Catholic Origins of Totalitarianism Theory in Interwar Europe, *Modern Intellectual History*, No. 8, 561-590.

(2018). *Catholic Modern. The Challenge of Totalitarianism and the Remaing of the Church*. Cambridge: Harvard University Press

Conway, Martin (2002). Democracy in Postwar Western Europe: The Triumph of a Political Model, *European History Quarterly*, 59-84.

Cooney, John (1999). *John Charles McQuaid: Ruler of Catholic Ireland*. Dublin: The O'Brien Press.

De Valera, Éamon. "Deceived into Aiding Communism – These Will be Its First Victims, Says the Supreme Pontiff", *Irish Press*, marzo 19 de 1937.

"Holy Father Denounces Communism", *Irish Independent*, marzo 19 de 1937.

(1932). *The Social Rights of Our Divine Lord Jesus Christ, The King*. Fitzwilliam: Loreto Publications.

Dworkin, Ronald (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press.

Connelly, John (2012). *From Enemy to Brother. The Revolution in Catholic Teaching on the Jews, 1933–1965*. Cambridge: Harvard University Press.

Costello, Declan (1956). The Natural Law and the Irish Constitution, *Studies*, 403-414.

Delaney, V.T.H. (1957) The Constitution of Ireland: its Origins and Development, *University of Toronto Law Journal*, 1-26.

Elkins, Zachary et al. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: CUP.

Faughnan, Seán (1988). The Jesuits and the Drafting of the Irish Constitution of 1937, *Irish Historical Studies* n.º 26.

Gabelieri, Emmanuel (2004). Catholichisme social et 'métaphysique en action': La pensée de J. Vialatoux, *Théophilyon*, n.º 2, 9-43.

Gadamer, Hans-Georg (1988) Die Menschenwürde auf ihrem Weg von der Antike bis heute, Humanistische Bildung, n.º 95-107.

Grogan, Vincent (1954). The Constitution and the Natural Law, *Christus Rex*, 201-2018.

Habermas, Jürgen (2012). The Crisis of the European Union: a Response. Cambridge: Polity Press

Hill, Thomas (1998). Dignity and practical reason in Kant's moral theory. Ithaca: Cornell University Press.

Hirschl, Ran (2010). Constitutional Theocracy. Cambridge: Harvard University Press.

Howard, Thomas (2013). Imago Dei: Human Dignity in Ecumenical Perspective. Washington: Catholic University of America Press.

Iglesias, Teresa (2000). The Dignity of the Individual in the Irish Constitution: The Importance of the Preamble, *Studies: Irish Quarterly Review*, 19-34.

Inboden, William (2010). Religion and American Foreign Policy, 1945-1960: The Soul of Containment. Cambridge: CUP.

Kelly, John Maurice (1961). Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution. Dublin: Allen Figgis and Co.

Keogh, Dermot (1986) The Vatican, the Bishops and Irish Politics 1919-1939. Cambridge: CUP.
(1998). Jews in twentieth-century Ireland. Cork: Cork University Press.

Keogh, Dermot & Andrew McCarthy (2007). The Making of the Irish Constitution 1937: Bunreacht na hÉirann. Cork: Mercier Press.

Kévonian, Dvozinar (2001). Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt. *Archives Juives* n.º 72, 72-94.

Kohn, Leo (1934) The Constitution of the Irish Free State.

Kolnai, Aurel (1976). Dignity, *Philosophy*, n.º 51, 251-271.

- Law, David & Versteeg, Mila (2011) *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, *California Law Review*, 1163-1257.
- Lorenzini, Daniele (2012) *Jacques Maritain e i diritti umani. Fra totalitarismo, antisemitismo e democrazia*. Brescia: Morcelliana.
- Luddy, Maria (2005). A 'Sinister and Retrogressive' Proposal: Irish Women's Opposition to the 1937 Draft Constitution, *Transactions of the Royal Historical Society*, n.º 15, 175-195.
- Maier, Hans (2004). *Katholische Sozial- und Staatslehre und neuere deutsche Staatslehre*, n.º 93, 1-36.
- Maritain, Jacques (1942). *Christian Humanism*, *Fortune*, abril.
- McCrudden, Christopher (2008) *Dignity and the Judicial Interpretation of Rights*, *European Journal of International Law*, 675-678.
- McDougal, Myres (1959). *Perspectives for an International Law of Human Dignity*. *Proceedings of the American Sociert of International Law*, 107-136.
- McGarry, Fearghal (1999). *Irish Politics and the Spanish Civil War*. Corck: Corck University Press.
- McNamara, Patrick (2005) *A Catholic Cold War. Edmund A. Walsh, S.J., and the Politics of American Anticommunism*. New York: Fordham University Press.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris (1928). *Les constitutions de l'Europe nouvelle*. Paris: Delagrave.
- (1934). *Le néo-absolutism corporatif (Autriche et Portugal)*. *L'Année politique et économique*, 251-272.
- (1936). *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris: Pichon et Durand.
- (1938). *La Constitution Espagnole de 1931*, *Revue d'Historoie politique et constitutionnelle*, n.º 2, 258-264.
- (1946). *La protection internationale des droits de l'homme*, *Revue politique et parlementaire*.
- (1951a). *Les constitutions européennes*. Paris: Presses Universitaires de

- France.
- (1951b). L'O.N.U et la doctrine moderne des droits de l'homme. *Revue générale de droit international public*, n.º55, 161-198.
- (1928). L'influence de la Révolution française sur le développement du Droit international dans l'Europe orientale. *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, n.º 22.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris & Aulard Alphonse (1929). *Les déclarations des droits de l'homme: textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*. Paris: Payot.
- Moyn, Samuel (2010). *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press. [traducción al español de Jorge González Jácome. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana]
- (2011). Personalism, Community, and the Origins of Human Rights. En: *Human Rights in the Twentieth Century*, editado por Stefan-Ludwig Hoffmann. Cambridge: CUP.
- (2013). Dignity in General and in American Constitutional Law, *Humanity*, octubre 22.
- Mueller, Jan-Werner. "From Christian Democracy to Muslim Democracy?", *Project Syndicate*, Octubre 7 de 2008, <https://www.project-syndicate.org/commentary/from-christian-democracy-to-muslim-democracy?barrier=accesspaylog>
- (2010). Making Muslim Democracies. *Boston Review*, noviembre.
- (2011). *Contesting Democracy: Political Ideas in the Twentieth-century Europe*. New Haven: Yale University Press.
- (2014). "Dignity's due", en: *Human Rights and the Uses of History*. Nueva York: Verso.
- Norwood, Stephen (2009) *The Third Reich in the Ivory Tower: Complicity and Conflict on American Campuses*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Oakeshott, Michael (1939). *The Social and Political Doctrines of Contemporary Europe*. Cambridge: CUP.
- Pinon, Stéphane (2005). "Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch", en *Les juristes face au politique: le droit, la gauche, la doctrine sous la troisième république*, 61-123.

- Rosen, Michael (2012). *Dignity: its History and Meaning*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rosenfeld, Michel & Sajó, András (2012). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP.
- Sensen, Oliver (2006). Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms, *European Journal of Political Theory*, n.º 10, 71-91.
- Shachter, Oscar (1983). Human Dignity as a Normative Concept, *American Journal of International Law*, 848-854.
- Shennan, Andrew (1989), *Rethinking France: Plans for Renewal, 1940-1946*. Oxford: OUP.
- Shulamit, Eliash (2007) *The harp and the shield of David*. London: Routledge.
- Tushnet, Mark (1999), The possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*. 1225-1273.
- Vialatoux, Joseph (1932). Dignité de groupe? Ou de la personne humaine?: Physique et métaphysique de l'ordre des valeurs, en: *La personne humaine en péril*. Paris: Semaines Sociales de France.
- Von Schewick, Burkhard (1980) *Die katholische Kirche und die Entstehung der Verfassungen in Westdeutschland 1945-1950*. Reihe: Veröffentlichungen der Kommission für Zeitgeschichte.
- Waldron, Jeremy (2012) *Dignity, Rank, and Rights*. Berkeley: The Tanner Lectures.
- Whitman, James (2003). On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity', en: *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*. Londres: Hart Publishing.
- Whyte, John Henry (1971). *Church and State in Modern Ireland, 1923-1970*. Dublin: Gill and Macmillan.
- (2004) 'Human Dignity' in Europe and the United States: The Social Foundations, *Human Rights Law Journal*, n.º 25, 17-23.

WTO`S PUBLIC MORALS EXCEPTION

JUAN PABLO FERNÁNDEZ*

ABSTRACT

“Trade is not elevated to the supreme common value that all WTO Members must observe at any cost”. With this affirmation, Mavroidis introduces one of the most controversial provisions of the WTO: GATT Article XX. This provision is conceived as a ‘flexibility’ clause that establishes a hierarchy between trade commitments and national social preferences, such as public morals or human health. GATT Article XX allows Members to justify the inconsistency of a measure with the obligations of the WTO Agreements, whenever certain requirements are met. This paper aims to describe the different issues and interpretations concerning GATT Article XX (a) in four sections. Section I summarizes all the cases concerning GATT Article XX (a). Section II explains the issues relating to the concept of “public morals”, such as the possibility to impose extraterritorial measures and the legal interpretation of the concept. Section III describes the “necessity test” and its application by Panels and the Appellate Body. Section IV concludes and recapitulates the most relevant issues of GATT Article XX (a).

KEY WORDS

GATT, trade, public morals.

* Abogado de la Universidad de los Andes.

EXCEPCIÓN DE LA MORAL PÚBLICA EN LA OMC

JUAN PABLO FERNÁNDEZ*

RESUMEN

“El comercio no está elevado al valor supremo común que todos los miembros de la OMC deben seguir a cualquier costo”. Con esta afirmación, Mavroidis introduce una de las provisiones más controversiales de la OMC: el artículo XX del GATT. Esta provisión está concebida como la cláusula de “flexibilidad” que establece una jerarquía entre los compromisos de comercio y las preferencias sociales nacionales, tales como la moral pública o la salud de las personas. El artículo XX de la GATT permite a los miembros justificar la inconsistencia de la medida con la obligación de acuerdos de la OMC, cuando se dan una serie de requisitos. Este texto permite describir los diferentes problemas e interpretaciones relacionados con el Artículo XX (a) del GATT. La Sección I resume todos los casos relacionados con el Artículo XX (a) del GATT. La Sección II explica los problemas relacionados con el concepto de “moral pública”, así como la posibilidad de imponer medidas extraterritoriales y la interpretación legal del concepto. La Sección II describe el “test de proporcionalidad” y su aplicación por Paneles y el Órgano de Apelaciones. La Sección IV concluye y recapitula sobre los problemas más importantes del Artículo XX (a) del GATT.

PALABRAS CLAVE

GATT, comercio, moral pública.

* Abogado de la Universidad de los Andes.

1. INTRODUCTION

“Trade is not elevated to the supreme common value that all WTO Members must observe at any cost” (Mavroidis 2013, 326). With this affirmation, Mavroidis (2013) introduces one of the most controversial provisions of the WTO: GATT (1994) Article XX. This provision is conceived as a ‘flexibility’ clause that establishes a hierarchy between trade commitments and national social preferences, such as public morals or human health (PR- EC 2013, para. 7.611). GATT Article XX allows Members to justify the inconsistency of a measure with the obligations of the WTO Agreements, (GATT PR-US 1989, para. 5.9; Van den Bossche 2005) whenever the following requirements are met (ABR-CO 2016, para. 5.67; ABR-US 1996, 22; ABR-US 2005, para. 292; GATT 1994, art. XX; PR-China 2009, para. 7.746):

- The objective of the measure must be under the scope of one of the sub-paragraphs of GATT (1994) Article XX (public morals, human health, prison labour, etc.).
- There must be a ‘degree of connection’ between the measure and the objective. This degree varies depending on the words used in the subparagraph: “relating to”, “necessary to”, “essential to”, “in pursuance of”, etc (ABR-US 1996, 17-18; ABR-US 2005, para. 292).
- The measure cannot be applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination in countries where the same conditions prevail, or as a disguised restriction on international trade. This requirement is commonly known as the “chapeau”, and its objective is to prevent Members to disguise their trade restrictions on national social preferences, such as the environment, public morals, or health (PR-CO 2015, para.7.540).

One of the “non-economic societal values” protected in GATT (1994) Article XX is the protection of public morals (subparagraph (a)) (Van den Bossche 2005). Members wishing to justify a WTO inconsistent measure under this subparagraph must demonstrate that it is necessary to protect public morals and that it fulfills the requirements of the chapeau (ABR-China 2009, para.288; ABR-EC 2014, para. 5.169; ABR-CO 2016, para. 5.67; Delimatsis 2011, 265; R-BR 2017, para. 7.517; PR-US 2004, para. 6.455).

This paper aims to describe the different issues and interpretations concerning GATT (1994) Article XX (a) in four sections. Section I summarizes all the cases concerning GATT (1994) Article XX (a). Section II explains the issues relating to the concept of “public morals”, such as the possibility to impose extraterritorial measures and the legal interpretation of the concept. Section III describes the “necessity test” and its application by Panels and the Appellate Body. Section IV concludes and recapitulates the most relevant issues of GATT (1994) Article XX (a).

2. SUMMARY OF THE CASES

2.1. US – GAMBLING

This case concerned three federal laws of the United States that banned the cross-border supply of gambling and betting services. The United States argued that this prohibition was related to public morals since it addressed problems like money laundering, organized crime, under-age gambling, and pathological gambling (PR-US 2004, para. 6.457).

The US failed to prove that its measures were justified under GATS Article XIV (a).⁰¹ The Panel held that these measures were not “necessary” to protect public morals since there was an alternative measure: “(...) to engage in bilateral and/or multilateral consultations and/or negotiations to determine whether there is a way of addressing its concerns in a WTO-consistent manner” (PR-US 2004, paras. 6.553- 6.554).

The Appellate Body overruled the decision of the Panel and considered that the measures were necessary to protect public morals. Engaging in consultations is only a *process* and not an alternative measure *per se* (ABR-US 2005, para. 317). However, these measures did not fulfill the requirements of the chapeau since the United States could not demonstrate that these measures were applied in the same way to foreign and domestic service suppliers (ABR-US 2005, para. 371).

2.2. CHINA – AUDIOVISUAL PRODUCTS

This case concerned different measures related to trading and distribution of publications and audio-visual products. The objective of these measures was the content review to prevent the importation of products that “(...) contained prohibited content” (PR-China 2009, para. 7.766).

China failed to prove that its measures were justified under GATT Article XX (a). The **first measure**

01 This Article establishes the exception of public morals in GATS Agreement.

established that only the entities which were “designated” or “authorized” by the Government could import these products. The *designation* procedure applied to newspapers, while the *authorization* one applied to books and electronic publications (PR-China 2009, para. 7.841). The issue, in this case, concerned the “designation” procedure because it limited completely the right to import those products. The Panel and the Appellate Body considered that the designation procedure was not justified under GATT Article XX (a) since it was highly trade-restrictive and had the same contribution to the public moral’s objective (the content review) as the “authorization” procedure (ABR-China 2009, para. 275; PR-China 2009, paras. 7.844, 7.847 and 7.849).

The **second measure** established that the Chinese importation entities required a special corporate structure. The **third measure** was a procedure to select the importation entities, which used geographical and quantitative criteria. The Panel held that these measures were not necessary since there was an alternative measure: making the Chinese Government conduct the content review (PR-China 2009, para. 7.887). The Appellate Body found that these measures were not necessary because it was not demonstrated that a limitation of Chinese importation entities would materially contribute to the content review objective (ABR-China 2009, para. 292).

The **fourth measure** provided that these entities should be wholly state-owned enterprises. The Panel and the Appellate Body considered that this measure was not necessary to protect public morals because it was highly trade-restrictive and it did not contribute to the objective of content review (ABR-China 2009, para.268; PR-China 2009, para. 7.863). According to the Panel and the Appellate Body, the fact that the companies are private-owned does not imply that they would be more or less careful in the content review process.

2.3. EC – SEAL PRODUCTS

This dispute concerned a ban on seal products to protect the welfare of seals. The ban had some exceptions, which included the seal products hunted with the traditional methods of the indigenous communities such as the Inuit.

The European Communities failed to prove that its measure was justified under GATT Article XX (a). The Panel found that the ban did not fulfill the requirements of the chapeau since it was not applied in an even-handed manner between national and foreign producers (PR- EC 2013, para. 7.650).

The Appellate Body upheld the decision of the Panel since the European Communities could not demonstrate how the exceptions of the ban to indigenous communities could be “(...) reconciled with

the objective of addressing EU public moral concerns regarding seal welfare” (ABR-EC 2014, para. 5.338). That is to say, it was contradictory to affirm that the objective of the measure was the seal welfare while authorizing traditional methods of the indigenous communities.

2.4. COLOMBIA – TEXTILES, AND APPARELS

The measure was an ordinary customs duty on textiles, apparel, and footwear. Colombia argued that this measure was necessary to protect public morals since it aimed to reduce money-laundering in Panama’s textile companies.

Colombia failed to prove that its measure was justified under GATT Article XX (a). The Panel considered that there was no connection between the objective of combating money laundering and the customs duty imposed by Colombia. Therefore, the objective of the measure was not the protection of public morals.

The Appellate Body overruled that finding and considered that the measure was capable of protecting public morals since it discouraged the importation of goods “(...) at artificially low prices for money laundering purposes” (ABR-CO 2016, para. 5.89). However, Colombia did not demonstrate the “necessity” of this measure since it did not prove the “(...) amount or proportion of imported goods below the thresholds that are actually used for money laundering purposes” (ABR-CO 2016, para. 5.110).

2.5. BRAZIL – CERTAIN MEASURES CONCERNING TAXATION AND CHARGES

The measure, in this case, was the PATVD, which provided a discriminatory tax exemption to TV equipment “developed in Brazil”. Brazil argued that this discrimination was justified under GATT Article XX (a) since its objective was to reduce the digital divide and to promote social inclusion.

The Panel found that this measure was not necessary to protect public morals because of two reasons. The first one was the contradiction of the measure. If the objective was to guarantee the supply of TV equipment, there was no reason to discriminate imported products (PR-BR 2017, para. 7.598). The second one is the existence of alternative measures, such as creating tax exemptions that applied both to imported and domestic products. That measure would be less trade-restrictive than the PAVDS and would make a greater contribution to the objective of increasing the supply of TV equipment (PR-BR 2017, para. 7.612).

3. PUBLIC MORALS

This section will address the legal issues concerning the first step to justify a measure under GATT Article XX (a): proving that its objective is the protection of public morals (PR-CO 2015, paras.7.295-7.297).

3.1. THE OBJECTIVE OF THE MEASURE

The Panels and the Appellate Body have defined certain criteria to assess the objective of a measure, such as its statutes, its legislative history, and other evidence regarding its design, structure, and operation (ABR-CO 2016, para. 5.69; ABR-EC 2014, para. 7.378). The Appellate Body has established that this is an objective approach; therefore, the Member's characterization of the objective is not relevant (ABR-CO 2016, para. 5.69; ABR-EC 2014, para. 7.378; ABR-US 2005, para. 304).

Identifying the objective of the measure was one of the main issues in the case of EC – *Seal Products*. The measure, in that case, pursued two independent objectives: (i) addressing the moral concerns of the EU population regarding the welfare of seals and (ii) protecting Inuit and indigenous communities' cultural identity by exempting their products from the seals-ban (Marín 2016). These objectives contradict each other since the European Communities could not verify if the methods used by the indigenous communities did not affect the welfare of seals (Marín 2016).

This contradiction is problematic since the Appellate Body in Brazil – *Tyres* interpreted that to justify an inconsistent measure under the chapeau, the respondent shall prove that its discriminations are related to its objective and that such discriminations do not go against it (ABR-BR 2007, para. 227). Hence, under the interpretation of the Appellate Body in Brazil – *Tyres*, measures cannot have opposing objectives (Marín 2016). This position was implicitly modified in the following paragraph of the case EC – *Seal Products*:

“(…) the European Union has failed to demonstrate (…) how the discrimination resulting from the manner in which the EU Seal Regime treats IC hunts as compared to “commercial” hunts can be reconciled with, or is related to, the policy objective of addressing EU public moral concerns regarding seal welfare. In this connection, we note that the European Union has not established, for example, why the need to protect the economic and social interests of the Inuit and other indigenous peoples necessarily implies that the European Union cannot do anything further to ensure that the welfare of seals is addressed in the context of IC hunts, given that IC hunts can cause the very pain and suffering for seals that the EU public is

concerned about (ABR-EC 2014, para. 5.320)".

According to Marín (2006), even if the European Union could not reconcile both objectives, the

Appellate Body opened the door to establish measures with opposing objectives whenever the respondent demonstrates that no alternative measure could be designed to overcome that contradiction⁰².

Hence, if the EC could demonstrate that no alternative measure could protect simultaneously the interest of protecting the indigenous communities and the welfare of seas, it would probably meet the requirements of GATT (1994) Article XX (a). According to Marín (2016), the Appellate Body:

“(...) seems here to be (implicitly) accepting the protection of Inuit interests as a legitimate justification for discrimination under the chapeau, but requiring the EU to demonstrate that there is no reasonable alternative (i.e. it ‘cannot do anything further’) that would achieve this Inuit protection purpose while being less inconsistent with the seal welfare objective of the measure. In practical terms, this would mean that the IC exception can be retained to the extent that it is shown that the two regulatory purposes cannot be reconciled—i.e. the need to protect Inuit interests ‘necessarily implies’ the EU can do nothing to ensure that the welfare of seals is addressed in the context of IC hunts (478).”

3.2. WHETHER THE OBJECTIVE FALLS UNDER THE SCOPE OF GATT ARTICLE XX (A)

Once the objective is identified, the following step is to demonstrate that it protects public morals. To interpret the concept of public morals, the Panel of US – *Gambling* relied on the ordinary meaning of these words. The concept ‘public’ is defined as “Of or pertaining to the people as a whole, belonging to, affecting, or concerning the community or nation” (PR-US 2004, para. 6.463). The word ‘morals’ is defined as “Habits of life with regard to right and wrong conduct” (Ibíd., para. 6.464). Taking these definitions into account, the Panel interpreted public morals as “standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation” (Ibíd., para. 6.464; PR-CO 2015, paras.7.299 and 7.334).

Relying on that, the words public morals have been interpreted ‘openly’ since they are defined in the context of a specific time and nation (PR-CO 2015, paras.7.299 and 7.334; PR-China 2009, para. 7.759; PR- EC 2013, para. 7.381; PR-US 2004, para. 6.461). This implies that Members can give the scope to the concept of public morals in their territories, according to their systems and scales of values (PR-

⁰² The Appellate Body addressed this issue in the step of the “chapeau”; however, it is relevant to consider it when members define the objective of the measure.

CO 2015, paras.7.299 and 7.334; PR-China 2009, para. 7.759; PR- EC 2013, paras. 7.381 and 7.383; PR-US 2004, para. 6.461).

The Panels and Appellate Body have clarified certain specific rules to consider if a measure falls under GATT (1994) Article XX (a):

- Colombia – Textiles and Apparels (2015): The Panel considered that the measure did not protect public morals since it was not designed to combat money laundering (which was the public moral's objective protected by Colombia). According to the Panel, the compound tariff imposed a higher levy on imports entering at low prices, without distinguishing whether those low prices were related to money laundering (PR-CO 2015, para. 7.351).
- This decision was appealed, and the Appellate Body reversed those findings. It established that, in this step of the legal threshold, it suffices to prove that the measure is not 'incapable' of protecting public morals (ABR-CO 2016, para. 5.89; PR-BR 2017, para. 7.519). Consequently, it held that the compound tariff was not incapable of combatting money laundering since - at least- some goods subject to the compound tariff were imported at artificially low prices for money laundering purposes (ABR-CO 2016, para. 5.89).
- US Gambling (2004): The Panel clarified that even if money laundering and criminal finance exist in other sectors of the economy, the US was free to decide their policy to combat these concerns in those sectors (PR-US 2004, para. 6.505).⁰³
- EC – Seal Products (2014): Canada claimed that the European Union was required to identify a risk which the measure seeks to protect, using the interpretation of the Appellate Body in EC – Asbestos (ABR-EC 2014, para. 5.197). The Appellate Body clarified that the respondent did not have to prove such risk (Ibíd., para. 5.198).

3.3. INTERPRETATION OF “PUBLIC MORALS”

One of the main issues in this step of the analysis is how to interpret the concept of “public morals”. There are two main positions regarding this issue:

- Restrictive interpretation: Authors defending this position use three main reasons to argue that the word “public morals” should be interpreted restrictively:
 - A broad interpretation of this concept could lead to the application of protectionist measures and would undermine and render ineffective the WTO's objective of expanding trade liberalization (Marwell 2006, 805, and 817). Thus, it would violate the principle of effective

⁰³ This rule was confirmed in the ABR-EC (2014) para. 5.200.

interpretation since it would make clauses of the treaty useless (ABR-US 1996, 23).

- Previous GATT Panels applied the principle that exceptions shall be narrowly interpreted (Qureshi 2006, 104).
- The position to interpret ‘public morals’ narrowly would be confirmed by the supplementary means of interpretation of VCLT Article 32 (Wu 2008, 218). Steve Charnovitz (1994) suggested that GATT Article XX(a) was designed to protect restrictions as intoxicating liquors, opium, drugs, or pornography.
- Broad interpretation: Some authors and institutions have proposed a broad interpretation of the term “public morals”, arguing that it encompasses universal human rights, labour rights, women’s rights, and environmental protection (Ibíd., 224-225). This position is sustained on the *evolutionary interpretation* of the words “public morals” (Ibíd., 224-225): the interpretation of the law cannot remain unaffected by the subsequent development of the law through time (ABR-US 1998, supra note.109 para.130). Thus, these authors suggest that the words ‘public morals’ must be interpreted in light of the *actual* concerns of our societies.

This paper considers that the concept of “public morals” should be interpreted **broadly** for four reasons:

- The Appellate Body has given a broad interpretation of “public morals” as a concept varying in time and space. Even if the Appellate Body reports are not binding, they ensure security and predictability in the interpretation of the WTO Agreement (DSU 1994 Article III.2).
- There are no legal arguments to affirm that exceptions should be interpreted restrictively. On the contrary, all the agreement, including its obligations, definitions, and exceptions, should be interpreted according to the general laws of interpretation of international law: VCLT Articles 31, 32, and 33 (ABR-US 1996, 18; ABR-EC 1998, para.104).
- The WTO does not only have the objective of trade liberalization, but it also pursues other objectives such as sustainable development, environmental protection, and raising the standards of living (ABR-EC 2004, para.94; Qureshi 2006, 109; WTO 1994). Thus, the interpreter must give the same weight to GATT Article XX as to the general obligations of the WTO.
- Interpreting the words “public morals” broadly does not necessarily imply that Members would misuse this exception. Panels allow Members to define their public morals unilaterally but require them **evidence** (historical practice, public opinion polls, etc.) supporting that a particular issue is, in fact, a public moral’s concern (Marwell 2006, 824-825). To do so, Panels may exercise its right under DSU Article 13 to seek information and technical advice from any individual or body, in order “(...) to act independently of influence from the parties” (Ibíd., 824-825). Thus, by exercising a rigorous appreciation of the evidence, Panels may prevent Members to misuse this exception.

3.4. JURISDICTION

Another concern in WTO literature regarding GATT Article XX(a) is *jurisdiction*. Wu (2008) provides a theoretical framework to consider this issue by classifying three different restrictions (Wu 2008, 235):

- Type I restrictions: Measures that protect the morals of inhabitants within the territory of the member.
- Type II restrictions: Measures that protect the morals relating to the production of products or services in the *exporting* state. For example, prohibiting the importation of products related to child labour or sex tourism.
- Type III restrictions: Measures that protect morals that are *not* directly related to the production of products or services, but to the practices of the *exporting* State. For example, establishing a ban on imports because of human rights violations in a certain country.

The discussions of jurisdiction occur in the context of measures falling under Type II or Type III restrictions, and there are two main positions:

- Position 1: These measures do not fall under GATT Article XX (a): The main argument to defend this position is the interpretation of the Appellate Body in the case of US – *Shrimp*:

“We do not pass upon the question of whether there is an implied jurisdictional limitation in Article XX(g), and if so, the nature or extent of that limitation. We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is a sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX(g) (ABR-US 1998, para.133).”

The reasoning of the Appellate Body suggests that GATT (1994) Article XX may be applied if a sufficient nexus exists between the protection of the societal values and the territory of the Member. Thus, Type II and Type III restrictions would not be covered under GATT Article XX (a) since these restrictions are related to a situation occurring outside the territory of the member (Van den Bossche, Schrijver, and Faber 2007, 95-96).

- Position 2: These measures fall under the scope of GATT Article XX (a): According to this posi-

tion, the “context” of the agreement suggests that these measures are covered by GATT Article XX. GATT Article XX (e) establishes that members can justify WTO inconsistent measures “relating to the products of prison labour” (Charnovitz 1998, 15-16; Cleveland 2002,158; PR US – *Tuna I* 1991). Hence, according to this position, GATT Article XX may be used to justify measures related to the production methods or the practices of the exporting State. This would allow, for example, to justify a higher duty in products that were produced in a country that does not meet certain human rights standards.

This paper considers that **Position 2** is correct for the following reasons:

- One of the objectives of GATT Article XX is conditioning trade to the adoption of certain policies by the exporting member. This is a member’s right. If one interprets that measures concerning production methods or practices of the exporting State are prohibited, this right would be useless. As interpreted by the Appellate Body:

“It is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (although covered in principle by one or another of the exceptions) prescribed by the importing country, renders a measure a priori incapable of justification under Article XX. Such an interpretation renders most, if not all, of the specific exceptions of Article XX inutile, a result abhorrent to the principles of interpretation we are bound to apply (ABR-US 1998, para. 121).”

- In many cases, limiting public morals to a certain territory may be problematic and it may render the justification into inutility. For example, if society goes against child labour, it would go against it regardless of the territory in which it occurs.

3.5. LEGITIMACY

The final main issue posed by the legal literature is the “legitimacy”: who can define whether an objective is aimed to protect public morals? Concerning this question, Marwell (2006) considered three different approaches:

- The ‘paternalist’ one, in which the government imposes its concept of ‘public morals’ on other groups within society.
- The ‘pre-commitments’ of the society, implying “(...) efforts by a society to pre-commit itself to a particular rule in anticipation of individuals later preferring a different outcome” (Marwell 2006,

831).

- The “strong, widely held social views condemning a particular practice, such as child pornography” (Marwell 2006, 832).

In most cases, the Panels legitimized ‘paternalist’ and ‘pre-commitments’ situations as they considered laws, legislative history, and international treaties to be relevant to define a public morals concern. In respect of this issue, Wu (2008) posed that, implicitly, the Panels may be endorsing a theory of democratic legitimacy since they are assuming that legislative actions reflect the will of the majority of citizens (Wu 2008, 234).

From a legal point of view, it would be interesting to use these arguments to question the evidence used to demonstrate the objective of the measure. For example, does a law or a treaty approved in 1993 protect the public morals of 2020? Is the respondent required to demonstrate that laws still represent public morals?

4. NECESSITY TEST

Once a Member demonstrates that its measure concerns a public morals objective, it must prove it is necessary to protect it.

The word ‘necessary’ does not mean ‘indispensable’ (PR-China 2009, para.7.782). Instead, it refers to a process of weighing and balancing a series of factors, such as (i) the relative importance of the interests furthered by the measure, (ii) its contribution to the realization of the ends pursued and (iii) its degree of trade restrictiveness (ABR-CO 2016, para. 102; ABR-China 2009, para.240; ABR-US 2005, para. 306; PR-US 2004, para. 6.476; Wu 2008, 229-230).

Once the panel makes such an assessment, it must compare the challenged measure with any alternative measures proposed by the complainant (ABR-China 2009, para.240; ABR-US 2005, para. 307).

4.1. RELATIVE IMPORTANCE

The first factor to be considered in the necessity test is the relative and vital importance of the interests furthered by the measure (ABR-CO 2016, para. 5.71). These examples show how members have demonstrated this relative importance:

- US – Gambling: The Panel accepted US Congressional statements, which showed the economic,

- political, and security threat posed by organized crime and gambling (PR-US 2004, para. 6.491).
- Colombia – Textiles and Apparels: The Panel considered the relationship between money laundering, drug trafficking, and the armed conflict (PR-CO 2015, para.7.406). It also took into account the fact that money laundering is a criminal conduct in Colombia and that this country has ratified different international instruments against this conduct and the financing of terrorism (PR-CO 2015, para.7.407).

4.2. CONTRIBUTION

The second factor to be considered in the necessity test is the contribution of the measure to the end pursued. Such contribution exists whenever there is a genuine relationship of ends and means between the objective and the measure (PR-BR 2017, para. 7.526; PR- EC 2013, para. 7.633). In assessing this relationship, the panel must “(...) address, qualitatively and quantitatively, the *extent* of the measure’s contribution to the end pursued, rather than merely ascertaining whether or not the measure makes any contribution” (ABR-CO 2016, para. 5.72). Thus, this is a consideration concerning the *degree* of the actual contribution of the measure (ABR-CO 2016, para. 5.103; ABR-China 2009, para.253). It is important to take into account that measures do not have to fulfil the objective pursued by themselves, but they can have some level of contribution to its achievement (PR-China 2009, para. 7.792).

Depending on the nature, quantity, and quality of the evidence existing at the time the analysis is made, the Appellate Body has recognized that the panel might conclude that a measure has a degree of contribution whenever it is *apt* to produce a material contribution to the achievement of its objective (ABR-China 2009, para.254; ABR-EC 2014, paras. 5.213 and 5.221; PR-BR 2017, para. 7.315; PR-CO 2015, para.7.315). Hence, in such exceptional cases, Members may submit quantitative or qualitative **projections** of the contribution of the measure in the future (ABR-China 2009, para.254; ABR-EC 2014, para. 5.213; PR-CO 2015, para.7.315).

This factor can be understood more clearly with its application:

- Colombia – Textiles and Apparels: The Appellate Body found that Colombia’s measure had some level of contribution as it created a disincentive of using artificially low prices for money laundering purposes (ABR-CO 2016, para. 5.106). However, Colombia did not meet its burden of proof regarding the *degree* of contribution of this measure. Colombia did not demonstrate “(...) the *amount* or *proportion* of imported goods below the thresholds of the decree that are actually used for money laundering” nor “(...) the extent to which the compound tariff acts as disincentive to money laundering” (ABR-CO 2016, paras. 5.110 and 5.114). Thus, as we recalled, it is not enough to

demonstrate that a measure has *some level of contribution*: it is indispensable to prove the *degree* of such contribution.

- China – Audiovisual Products: The Appellate Body found that China’s measure establishing that the entities performing content review could not have foreign investment did not contribute to the protection of public morals in China. Indeed, the mere fact that an entity has foreign investment does not imply that the content review would be carried out by professionals who are not familiar with Chinese values or incapable of understanding them (ABR-China 2009, para.277). Hence, there was not a genuine relationship between ends and means between the measure and its objective (content review).
- EC – Seal Products: The Panel found that the EU Seal Regime was capable of contributing to the objective pursued since it “(...) prevents the EU public from being exposed (...) as consumers in commercial activities related to products derived from seal that may have been killed inhumanely” (PR- EC 2013, para. 7.478). This case is relevant since the Panel found that the degree of contribution was ‘diminished’ by the exceptions of the measure, concerning the indigenous communities. This is since these exceptions “(...) reduce the effectiveness of the ban by allowing *some* seal products access to the EU markets” (PR- EC 2013, para. 7.638). Thus, some exceptions may reduce the degree of contribution of the measure.

4.3. TRADE RESTRICTIVENESS

The third factor to be considered in the necessity test is the *degree* of trade restrictiveness of the measure. In analysing this issue, the panel should not consider whether the measure is trade-restrictive or not, but to *what extent* it restricts trade (ABR-China 2009, para. 308; ABR-CO 2016, para. 5.104). Otherwise, the panel would be making the same analysis concerning the inconsistency of the measure with the WTO Agreement.

At this point, the panel must consider the nature of the measure itself. For instance, in the case of *Colombia – Textiles and Apparels*, the Panel considered the fact that the Colombian measure was a tariff. The Panel interpreted that tariffs can reduce the capacity of imports to compete in a domestic market by increasing the price of the products, and when they are too high, they can have a prohibitive effect in the market. However, the Panel also considered the fact that tariffs are a form of protectionism accepted by the rules of the WTO, provided that they meet the requirements of GATT Article II. Thus, these measures do not have a high trade-restrictive impact (PR-CO 2015, para. 7.441). On the other hand, measures such as import bans or total prohibitions of certain products are the most trade-restrictive measures (PR-US 2004, para. 6.495).

4.4. WEIGHING AND BALANCE

To judge whether the measure is necessary or not, the panel must examine individually each of the criteria mentioned above, and then weigh and balance them holistically (ABR-EC 2014, paras. 5.214 and 5.215; PR-BR 2017, para. 7.534).

As all these factors must be evaluated, even a highly restrictive measure can be found ‘necessary’ if the interest pursued is important and the measure has a high degree of contribution to the end pursued (ABR-EC 2014, para. 5.215).

At this point, the legal doctrine has highlighted some important issues to be considered. Delimatsis (2011) noted that there is a paradox in the application of the ‘weighing and balance’ test. Indeed, measures adopting bans for certain products (such as Brazil – *Retreated Tyres* or EC – *Seal Products*) have been considered as measures pursuing a high level of protection, even if they have a high degree of trade restrictiveness. Thus, when the panel considers that the interests or values furthered by the challenged measure are of vital importance, it is more likely that a highly trade-restrictive measure is found as necessary. According to Delimatsis (2011): “(...) the reader gets the impression that adopting highly trade – restrictive measures such as an import ban is the safest choice for a regulator (263-264).” Therefore, there is a paradox in the application of this test as it is more plausible to consider a measure as ‘necessary’ whenever it is highly trade-restrictive.

4.5. COMPARISON TEST

The complainant party may propose alternative measures to demonstrate that the measure at issue is not necessary (PR-China 2009, para. 7.869). In this ‘comparison test’, the panel must take into account: (i) whether the alternative measure makes an equivalent contribution as the challenged measure to the objective pursued; (ii) whether the alternative measure is less trade-restrictive than the measure at issue; and (iii) whether the alternative measure is reasonably available (ABR-CO 2016, para. 5.74; ABR-EC 2014, para. 5.261; Delimatsis 2011, 262; PR-BR 2017, para. 7.532; PR-China 2009, para. 7.869). These are the most relevant applications of this test under GATT (1994) Article XX (a):

- *China – Audiovisual Products*: The US proposed that the Chinese Government could conduct the review of relevant products imported into China, instead of establishing that only some private importation entities are authorized by the government to import audiovisual products (PR- EC

2013, para. 7.887). The Panel found that this alternative measure makes an equivalent contribution as the challenged measure as it “(...) ensures that no products with prohibited content are imported into China” (Ibíd., 7.888). This alternative measure was reasonably available since the Chinese government was already financing the import entities that made the preliminary content review decisions (Ibíd., 7.904). Thus, the alternative measure did not represent any higher cost for the Chinese Government (Ibíd., 7.904). Therefore, the Panel established that this measure was not ‘necessary’ under GATT Article XX (a) since there was an alternative less restrictive measure.

- US – Gambling: The Panel considered that the United States did not take into account all the reasonably available alternative measures before imposing a WTO inconsistent one (PR-US 2004, para. 6.526). This is because the United States did not engage in good faith negotiations or consultations with Antigua before prohibiting gambling and betting services. Thus, they failed to explore the *possibility* of finding a reasonably available measure through negotiations or consultations with Antigua (PR-US 2004, para. 6.531).

The Appellate Body overruled this finding since negotiations and consultations are “(...) by definition a process, the results of which are uncertain and therefore not capable of comparison with the measure at issue” (ABR-US 2005, para. 317). Thus, from this case, we can conclude that it is not sufficient for the complainant to identify a better process to design a measure, but it has to identify a specific measure to be compared to (ABR-US 2005, para. 320).

- EC – Seal Products: Canada and Norway proposed an alternative measure consisting of conditioning market access for seal products on compliance with animal welfare standards combined with a certification of conformity and labelling requirements (PR- EC 2013, para. 7.468). Even if this alternative measure is less trade-restrictive, the Panel found that it did not contribute equally to the protection of the environment (Ibíd., paras. 7.472 and 7.480). Among other reasons, the Appellate Body considered that the alternative measure has a lesser impact than the challenged one in reducing the production of seals as it would re-open a market (even if it does it in a limited way) that was prohibited under the EC Seal regime (Ibíd., para. 7.482). As it was mentioned above, this case raises a paradox under the theory of Delimatsis (2011): it seems that adopting bans or highly restrictive measures is the safest WTO choice for Members.

5. CONCLUSION

GATT (1994) Article XX (a) is one of the most relevant and important provisions of the WTO. It authorizes members to create WTO inconsistent measures to protect certain values and to guarantee that the products commercialized in their countries meet certain standards according to their public morals.

However, as it is demonstrated in this paper, countries cannot establish disguised measures using GATT (1994) Article XX (a). The fact that countries have to demonstrate that their measures are “necessary” to protect that objective and have to be applied in a way that is not arbitrary or discriminatory demonstrates that this is a limited exception and it cannot be used with a protectionist objective. Furthermore, in every case concerning this justification the following issues should be taken into account:

- Whether the objective of the measure is to protect public morals: Some authors affirm that the concept of public morals should be interpreted restrictively. Nonetheless, this paper sustains that, by definition, this is concept should be interpreted broadly.
- Extraterritoriality of the measure: If the measure aims to protect the public morals concerning the production processes or practices of the exporting State, it is probably an extraterritorial measure. Even if this is problematic, we consider that there are sufficient arguments to argue that these measures are covered under GATT (1994) Article XX (a).
- Whether the measure has opposing objectives: In public policy, this is relatively common whenever a measure has an exception, such as the case of EC – *Seal Products*. According to the interpretation of the Appellate Body, WTO inconsistent measures may have opposing objectives only if there is not a less restrictive alternative measure.
- Demonstrating the contribution of the measure: As a general rule, Members have to demonstrate the actual *degree* of the contribution. This degree cannot be proved through presumptions, such as it occurred in the case of Colombia – *Textiles and Apparels*.
- Dilemma of the necessity test: The case of EC – *Seal Products* may suggest that whenever a measure has a higher degree of trade restrictiveness (such as a ban), it is more possible to demonstrate its necessity since it pursues a high level of protection.

REFERENCES

- ABR-BR, Appellate Body Report, Brazil. 2007. *Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*. 3 December 2007. WT/DS332/AB/R.
- ABR-China, Appellate Body Report, China. 2009. *Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Product*. 21 December 2009. WT/DS363/AB/R.
- ABR-CO, Appellate Body Report, Colombia. 2016. *Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*. 7 June 2016. WT/DS461/AB/R.

ABR-EC, Appellate Body Report, European Communities. 1998. *Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*. 16 January 1998. WT/DS26/AB/R.

ABR-EC, Appellate Body Report, European Communities. 2004. *Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*. 07 April 2004. WT/DS246/AB/R.

ABR-EC, Appellate Body Report, European Communities. 2014. *Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*. 22 May 2014. WT/DS401/AB/R.

ABR-US, Appellate Body Report, United States. 1996. *Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. 29 April 1996. WT/DS2/AB/R.

ABR-US Appellate Body Report, United States. 1998. *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. 12 October 1998. WT/DS58/AB/R.

ABR-US, Appellate Body Report, United States. 1996. *Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. 29 April 1996. WT/DS2/AB/R.

ABR-US, Appellate Body Report, United States. 2005. *Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*. 7 April 2005. WT/DS285/AB/R.

Charnovitz, Steve. 1998. "The Moral Exception in Trade Policy." *Virginia Journal of International Law Association*.

Cleveland, Sarah H. 2002. "Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility". *Journal of International Economic Law* 5(1): 133- 189. <https://doi.org/10.1093/jiel/5.1.133>.

Delimatsis, Panagiotis. 2011. "Protecting Public Morals in a Digital Age: Revisiting the WTO Rulings on US – Gambling and China – Publications and Audiovisual Products." *Journal of International Economic Law* 14(2): 257-293. doi.org/10.1093/jiel/jgr012.

DSU, 1994. *Dispute Settlement Rules: Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994).

- GATT PR-US, GATT Panel Report, United States. 1989. *Section 337 of the Tariff Act Of 1930*. 16 January 1989. L/6175-34S/136.
- GATT, 1994. *General Agreement on Trade and Tariffs*, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 190.
- Marín Durán, Gracia. 2016. "Measures with Multiple Competing Purposes after EC – Seal Products: Avoiding a Conflict between GATT Article XX-Chapeau and Article 2.1 TBT Agreement." *Journal of International Economic Law* 19(2): 467-495. doi.org/10.1093/jiel/jgw015.
- Marwell, Jeremy C. 2006. "Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling." *New York University Law Review* 81: 802- 843. https://ssrn.com/abstract=907393.
- Mavroidis, Petros C. 2013. *Trade in Good*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- PR-BR, Panel Report, Brazil. 2017. *Certain Measures Concerning Taxation and Charges*. 30 August 2017. WT/DS472/R; WT/DS497/R.
- PR-China, Panel Report, China. 2009. *Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*. 12 August 2009. WT/DS363/R.
- PR-CO, Panel Report, Colombia. 2015. *Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*. 27 November 2015. WT/DS461/R.
- PR- EC, Panel Report, European Communities. 2013. *Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*. 25 November 2013. WT/DS401/R.
- PR-US, Panel Report, United States. 1991. *Restrictions on Imports of Tuna*. 3 September 1991. DS21/R - 39S/155.
- PR-US, Panel Report, United States. 2004. *Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*. 10 November 2004. WT/DS285/R.
- Qureshi, Asif H. 2006. *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.

Van den Bossche, Peter. 2005. *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

Van den Bossche, Peter, Nico Schrijver, and Gerrit Faber. 2007. “Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns”. *Ministry of Foreign Affairs of The Netherlands*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1021946>.

WTO, World Trade Organization. 1994. *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 401.

EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR EN COLOMBIA

DANIELA HERNÁNDEZ ZULUAGA*

LINA MARÍA MOYA ORTIZ**

RESUMEN

El cambio en las dinámicas migratorias entre Colombia y Venezuela por causa de la crisis humanitaria venezolana, ha llevado a Colombia, el país con mayor recepción de población migrante venezolana, a repensar y transformar su política migratoria. Por su parte, la Corte Constitucional ha sido fundamental en este proceso de transformación, amparando derechos fundamentales, incluso para quienes no se encuentran en situación regular. Este escrito realiza un recuento jurisprudencial del derecho a la salud, con el fin de demostrar los avances y las barreras en el acceso a este derecho, especialmente por parte de la población migrante en situación migratoria irregular y teniendo en cuenta como sentencia predominante en esta línea jurisprudencial la T-210 de 2018.

PALABRAS CLAVE

Migración Irregular, Derecho a la Salud, Venezuela, Colombia, Corte Constitucional Colombiana, Línea Jurisprudencial.

* Estudiante de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Derecho y Migración y de la Clínica Jurídica para Migrantes de esta misma universidad.

** Estudiante de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Derecho y Migración de esta misma universidad.

THE RIGHT TO HEALTHCARE OF VENEZUELAN MIGRANTS IN AN IRREGULAR SITUATION IN COLOMBIA

DANIELA HERNÁNDEZ ZULUAGA*
LINA MARÍA MOYA ORTIZ**

ABSTRACT

The change in the migratory dynamics between Colombia and Venezuela due to the Venezuelan humanitarian crisis, has taken Colombia, the country with the biggest reception of Venezuelan migrants, to rethink and transform its Migration Policy. For its part, the Constitutional Court has been a key actor in this makeover process, protecting fundamental rights, even for those who are irregular migrants. This text makes a jurisprudential recount around the right to health, in order to demonstrate the achievements and boundaries in the access to the protection of this right, especially to those who are part of an irregular migrant population, taking into consideration the Sentence T-210 of 2018 as the prevailing one in this line of case law.

KEY WORDS

Irregular Migration, Right to health, Venezuela, Colombia, Colombian Constitutional Court, Line of Case Law.

* Student of Law and Political Science at Los Andes University. Member of the Law and Migration research group and of the legal clinic for Migrants of this same university.

** Student of Law and Political Science at Los Andes University. Member of the Law and Migration research group of this same university.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno de movilidad humana que ha existido desde hace mucho tiempo y es parte del comportamiento humano. Así, como lo resalta la Organización de las Naciones Unidas, una persona puede migrar por múltiples razones, ya sea en búsqueda de una mejor situación económica, con fines educativos, producto del desplazamiento forzoso, de persecuciones o situaciones generalizadas de violencia, o incluso recientemente por el cambio climático⁰¹. Para 2019, 272 millones de personas en el mundo eran migrantes⁰², que en términos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es un “Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”⁰³.

Así, para brindar protección, acompañamiento y asegurar un flujo migratorio ordenado, con un enfoque de derechos, se crearon distintos organismos como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) o el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁰⁴ -ACNUR-, así como instrumentos del derecho internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su protocolo (1967), la Declaración de Cartagena⁰⁵(1984), el Pacto Mundial sobre Migración (2018)⁰⁶, entre otros.

01 “Migración”, Organización de las Naciones Unidas, acceso el 11 de julio de 2020, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>.

02 Ídem

03 “Glossary on Migration”, International Organization for Migrations, acceso el 8 de julio de 2020, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf.

04 Un refugiado es “A person who, owing to a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it”. Organización de las Naciones Unidas (ONU) *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, ONU, 1951.

05 Se enfoca en el contexto latinoamericano

06 Esta lista no es restrictiva sino es ejemplificativa de los instrumentos internacionales que hay.

Ahora bien, según Ramírez, Zuluaga & Perilla⁰⁷, Latinoamérica en las últimas décadas ha presentado altos flujos migratorios⁰⁸ por las dinámicas de movilidad y cambio que identifican a la región. Debido a que los procesos migratorios en cada país son cambiantes, aunque “históricamente, Colombia ha sido un país con altos niveles de emigración, siendo Venezuela uno de los principales destinos migratorios de colombianos”⁰⁹, esto se revirtió en la última década, por la emergencia humanitaria compleja que actualmente atraviesa Venezuela. Aquella es generada por una constante inestabilidad económica, institucional y política¹⁰. La vida y bienestar de las personas peligran por la falta de medicamentos, alimentos, servicios básicos, entre otros, con una constante falta de respuesta por parte del Gobierno venezolano¹¹. A la fecha, según datos de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 5,2 Millones de venezolanos abandonaron el país, siendo su principal destino Colombia, donde se registran casi 2 millones de migrantes¹². Esto último se puede explicar a partir de la importancia que tiene la ubicación geográfica de Colombia¹³, pues comparte casi 2.2 kilómetros de frontera con Venezuela¹⁴ y se facilita el tránsito entre los países por medios más económicos -a pie o en bus-.

Sin embargo, la cifra oficial sobre el flujo migratorio puede ser mayor, dado el subregistro que existe. Según datos de Migración Colombia, cerca del 57% de los migrantes en Colombia provenientes de Venezuela se encuentran en situación irregular¹⁵. Asimismo, el flujo migratorio en estos casos suele

07 Ramírez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla “Perfil Migratorio de Colombia”. OIM, acceso el 13 de julio de 2020, <https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Perfil-Migratorio-de-Colombia.pdf>

08 En estos casos se hace referencia a flujos migratorios mixtos que son: “movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes”. MC/INF/297. Organización Internacional para las Migraciones. Acceso el 16 de agosto de 2020. https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf

09 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. (Colombia: Banco Mundial, 2018),14

10 “World Report 2020 Venezuela”, HRW, acceso el 17 de julio de 2020, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336670>.

11 “Crisis Humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos.” HRW, acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.hrw.org/es/report/2016/10/24/crisis-humanitaria-en-venezuela/la-inadecuada-y-represiva-respuesta-del-gobierno>

12 “Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, R4V, acceso el 13 de julio de 2020, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

13 “Tendencias Globales Desplazamiento Forzado en 2019”, Acnur, acceso el 12 de julio de 2020, <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.

14 “Frontera Terrestre Colombia-Venezuela”. Cancillería de Colombia, acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.cancilleria.gov.co/content/frontera-terrestre-colombia-venezuela>.

15 “Radiografía de Venezolanos en Colombia: abril 2020”. Migración Colombia, acceso el 17 de julio de 2020, <https://migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

realizarse por pasos fronterizos no controlados por las autoridades “trochas”¹⁶, los cuales suelen contar con la presencia de grupos ilegales, por lo que podrían considerarse los poros ilegales de una extensa frontera muy concurrida.

Este texto se enfoca en la población migrante en situación migratoria irregular¹⁷ pues, frente a la actual política del Estado, es la población menos protegida. Además, por los cambios en las dinámicas migratorias entre los países y por no contar con un marco normativo que responda desde un enfoque de derechos a este fenómeno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido fundamental para la protección de los derechos de esta población, supliendo vacíos en la política migratoria del Estado colombiano por medio de fallos de tutela. Lo anterior es relevante pues son personas cuyo acceso a los servicios de salud suelen limitarse por su situación migratoria y aún más en la difícil situación de salud pública que atravesamos por la pandemia. Por eso, este escrito permitirá entender los avances jurisprudenciales y el camino que falta por recorrer.

II. RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

A continuación se presentará un recuento jurisprudencial de los fallos de tutela de la Corte Constitucional con respecto a la protección del derecho a la salud de los extranjeros en situación migratoria irregular para entender la postura de la Corte frente a la protección de este derecho. Éste buscará responder al siguiente problema jurídico: ¿Puede un extranjero de nacionalidad venezolana y en situación migratoria irregular beneficiarse de una atención integral en salud en Colombia?

Inicialmente, en la sentencia **T-314 de 2016**¹⁸, se presentó ante la Corte el caso de un ciudadano argentino en situación irregular que padecía de diabetes, razón por la cual había sido intervenido quirúrgicamente. Luego del procedimiento, el accionante requería de terapias integrales y la entrega de medicamentos, servicios que no le fueron brindados por no encontrarse afiliado al Sistema General de

16 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. (Colombia: Banco Mundial, 2018), 117

17 Según el Decreto 1067 de 2015, una persona se encuentra en situación irregular: “(i) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (ii) cuando habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (iii) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (4) cuando el permiso que se le ha otorgado, ha sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley”. (Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas).

18 Decidimos incluir esta sentencia pues, a pesar de que el accionante no es de nacionalidad venezolana, la Corte analizó el acceso al SGSSS de un extranjero en situación migratoria irregular, relevante en este análisis. Además, esta sentencia establece un precedente retomado en otras sentencias como la T-705 de 2017, T- 239 de 2017, SU-677 de 2017, T-348 de 2018, T-025 de 2019, T-074 de 2019. Corte Constitucional Colombiana. T-314 del 17 de junio de 2016. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Seguridad Social en Salud (SGSSS). La primera y segunda instancia negaron la protección del derecho a la salud ya que, por encontrarse en situación irregular, únicamente tenía derecho a beneficiarse de la atención de urgencias. Además, recalcaron la obligación del accionante de regularizar su situación migratoria.

A pesar de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental que garantiza la dignidad humana y que requiere de una protección incondicional y universal, la Corte niega el amparo del derecho en cuestión, pues según el artículo 100 de la Constitución¹⁹, los derechos de los extranjeros pueden limitarse, pese a gozar de los mismos derechos y garantías que los nacionales. Así, determinó que los extranjeros en situación migratoria irregular tienen derecho sólo a recibir un mínimo de atención en casos de urgencia, incluso cuando no puedan cubrir los gastos de esta atención. Para ello, se basó en la Ley 1438 de 2011²⁰, del 19 de enero, que establece el deber de las entidades territoriales de atender y subvencionar la atención de urgencias de aquellos que no cuentan con los medios económicos para costear los servicios recibidos.

Sin embargo, enfatizó en que los extranjeros tienen derechos y obligaciones. Esta idea se reforzó en el Decreto 780 de 2016²¹, del 6 de mayo, pues establece que los extranjeros en situación irregular deben regularizar su situación para poder afiliarse al SGSSS con un documento válido²². Así, la Corte consideró que no se vulneraron sus derechos, pues se le brindó la atención básica de urgencia con las intervenciones quirúrgicas requeridas y estableció que la entrega de medicamentos y la realización de tratamientos posteriores no están incluidos. Incluso, calificó de negligente la actitud del accionante por no haber culminado ningún trámite que regularizara su situación migratoria.

Posteriormente, la Corte falló en la sentencia **T-239 de 2017**²³ el caso de un ciudadano venezolano que padecía de una enfermedad cerebrovascular, de una infección en los pulmones y de insuficiencia renal. El accionante fue hospitalizado pero el hospital no contaba con servicios requeridos para su caso- la realización de una diálisis e internarlo en una Unidad de Cuidado Intensivo (UCI)-. Aunque intentó remitir al paciente a otro centro médico en parte por la urgencia manifestada por el médico tratante, la solicitud del hospital fue negada por el Instituto Departamental de Salud, por falta de disponibilidad en las UCI de la ciudad. Después de 15 días de encontrarse hospitalizado, el accionante falleció.

19 Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

20 Ley 1438 de 2011, 19 de enero. Diario Oficial 47.957.

21 Decreto 780 de 2016, 6 de mayo. Diario Oficial 49.865.

22 Según el artículo 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016, los extranjeros pueden afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud siempre y cuando cuenten con la cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda.

23 Corte Constitucional Colombiana. T-239 del 24 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.

En única instancia, el amparo fue negado al considerar que el accionante no podía beneficiarse de tratamientos posteriores a la atención de urgencias por su situación irregular y por no haber acreditado su incapacidad de pago. La Corte determinó que, pese a no haberle prestado el tratamiento especializado, no se habían vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pues verificó que el hospital en el que se encontraba no brindaba esos servicios y afirmó que no se podía obligar a lo imposible. Asimismo, argumentó que la atención de urgencias se le había brindado al momento de ser hospitalizado.

Luego, en la sentencia **SU-677 de 2017**²⁴, la Corte decidió amparar los derechos de una recién nacida de nacionalidad venezolana y determinó un nuevo alcance de la atención de urgencias. En esta ocasión, los padres de la menor se encontraban en situación migratoria irregular y habían llegado a Colombia cuando la madre tenía cuatro meses de embarazo. En diferentes ocasiones, acudieron al hospital para que le realizaran los controles prenatales gratuitamente al no contar con los recursos para pagarlos. Sin embargo, la entidad prestadora del servicio de salud (E.P.S) negó la atención argumentando que, al encontrarse la madre en situación irregular, debía asumir el pago de los servicios prenatales y la eventual atención al parto. El fallo de primera instancia no amparó los derechos invocados y recalcó el deber de los extranjeros de regularizar su situación migratoria, para afiliarse al SGSSS.

La Corte por primera vez mencionó la crisis humanitaria en Venezuela y su relación con la migración masiva de ciudadanos venezolanos. Asimismo, evidenció la dificultad de las entidades territoriales fronterizas en atender y costear la atención en salud de los migrantes en situación irregular por su limitación presupuestal. La Corporación recalcó la prevalencia del interés superior del menor, resaltando la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud en el más alto nivel posible a los recién nacidos con padres en situación migratoria irregular por su situación de vulnerabilidad. Por consiguiente, afirmó que los menores recién nacidos en el país debían ser afiliados al SGSSS con el registro civil de nacimiento²⁵ a pesar de tener o no la nacionalidad colombiana y pese a la situación migratoria de los padres. Finalmente, recordó el deber de las entidades territoriales de prestar gratuitamente los servicios previos, durante y posteriores al parto para evitar poner en riesgo la vida del feto, de la madre y del recién nacido injustificadamente. Por lo tanto, esta sentencia amplió el concepto de atención de urgencias que venía aplicando la Corte, incluyendo los controles prenatales y posteriores al parto para proteger los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido.

24 Corte Constitucional Colombiana. SU-677 del 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

25 art. 2.1.3,5, Decreto 780 de 2016.

Más adelante, la Corte, en la sentencia **T-705 de 2017**²⁶, falla el caso de un menor de edad venezolano, diagnosticado con linfoma de Hodgkin. Por la falta de tratamiento por más de un año en Venezuela, su salud había empeorado. Hasta el momento, había tenido tres recaídas por lo que requería de una atención inmediata que incluyera un tratamiento integral -medicamentos, procedimientos, insumos, valoraciones y controles-. Sin embargo, el Instituto Departamental de Salud negó la realización del examen médico necesario para determinar los tratamientos que requería, considerando que le correspondía a la familia o al Gobierno venezolano costearlos. En primera instancia se ampararon los derechos provisionalmente mientras se estabilizaba su situación médica y podía ser trasladado a Venezuela. La entidad accionada impugnó el fallo y en segunda instancia se revocó el fallo del *a quo* al considerar que el menor, por su situación irregular, solo podía recibir atención básica de urgencias, que ya había sido suministrada.

Por su lado, la Corte decidió amparar el derecho a la salud del menor de forma transitoria en cuanto que él y su madre tenían un salvoconducto de permanencia que les permitía afiliarse al SGSSS. Así, en virtud del principio de universalidad del derecho fundamental a la salud, reiteró que cualquier persona sin capacidad de pago y que no se encontrara afiliada al sistema, debía ser atendida por cuenta de las entidades territoriales. Ahora, la Corte fue enfática en que la atención básica y elemental de urgencia no sólo consistía en preservar la vida del paciente sino también, en que la E.P.S, en caso de no tener los medios médicos y tecnológicos necesarios para la atención, tenía que remitir inmediatamente al paciente a una que sí dispusiera de los medios, recordando la sentencia T-239 de 2017.

Adicionalmente, recordó la sentencia SU-677 de 2017, que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos y merecen un mayor amparo constitucional. Esta protección se refuerza cuando el menor padece una discapacidad física, mental o una enfermedad catastrófica por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad. Así, la Corte determinó que el Estado estaba obligado a prestar incondicionalmente los servicios de salud a los niños que sufrieran de alguna discapacidad física o mental y, por tanto, debía brindarles todo lo requerido como urgente por el médico tratante, incluso tratamientos integrales para su recuperación y rehabilitación en condiciones dignas. Por lo anterior, esta sentencia es considerada hito, pues dispuso que, en casos reconocidos, la atención de urgencias puede llegar a incluir un tratamiento integral y especializado cuando se refiera a un paciente con una enfermedad catastrófica y que el médico tratante califique el tratamiento de urgente e indispensable para proteger su vida.

26 Corte Constitucional Colombiana, T-705 del 30 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Después de la sentencia predominante -la T-210 de 2018²⁷ que se analizará a profundidad posteriormente- la Corte falla en la sentencia **T-348 de 2018**²⁸ el caso de un joven venezolano en situación irregular, diagnosticado con VIH-SIDA cuando recibió atención de urgencias. A pesar de que el médico tratante determinó que debía iniciar con el tratamiento de antirretrovirales, cuando acudió a reclamar los medicamentos, la E.P.S negó la entrega por falta de soporte médico. Así, el accionante acudió al Instituto Departamental de Salud con el fin de solicitar la autorización para su entrega, pero fue negada por no encontrarse calificado por el SISBEN²⁹. El juez de única instancia negó el amparo del derecho a la salud por considerar que los servicios básicos de urgencia ya habían sido brindados y no incluían la entrega de medicamentos.

En el presente caso, la Corte reiteró que la atención básica de urgencias debe brindarse sin importar la situación migratoria y sin barreras. Además, recordó que los extranjeros en situación irregular que busquen una atención integral deben cumplir con la normatividad y, por lo tanto, deben regularizar su situación migratoria para poder afiliarse al SGSSS. A pesar de reconocer que en algunas situaciones la atención a urgencias puede incluir ciertos tratamientos y medicamentos, decidió que en el caso concreto no había razón para exceptuar la regla general porque el paciente era asintomático y el médico tratante no había mencionado que la entrega de medicamentos era urgente. Así, determinó que la entrega de los antirretrovirales no se encontraba dentro del concepto de atención de urgencias.

Posteriormente, en el año 2019, se amplían de forma relevante varios de los puntos anteriormente presentados. En la sentencia **T-025 de 2019**³⁰, la Corte recibió el caso de un ciudadano venezolano con VIH que ingresó a Colombia con la intención de tramitar la ciudadanía. El accionante no tomaba sus medicamentos desde hace tres meses por falta de recursos económicos, por lo que acudió a la Secretaría de Salud Distrital. Para acceder al tratamiento, interpuso la acción. Sin embargo, la Secretaría y el fallo de primera instancia afirmaron que no se violaban sus derechos pues sin documento ni afiliación al SGSSS, no podía acceder a un plan integral.

La Corte hizo un recuento de los casos reconocidos para ampliar los límites de la prestación del servicio en urgencias, considerando las enfermedades catastróficas y reconociendo la patología del accionante como parte de esta categoría. Así, tal como lo dispuso en la sentencia T-705 de 2017, la Corte resaltó que no puede negarse el servicio de salud a personas en situación irregular, pues se hace

27 Corte Constitucional Colombiana. T-210 del 1 de junio de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Corte Constitucional Colombiana. T-348 del 28 de agosto de 2018. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Pérez.

29 Para poder ser afiliado al SGSSS, en el régimen subsidiado, la persona debe realizar la encuesta del SISBEN para determinar si se encuentra en los niveles 1 o 2. Sin embargo, es necesario encontrarse en situación migratoria regular para tener un documento válido para poder afiliarse en salud, según el artículo art. 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016.

30 Corte Constitucional Colombiana. T-025 del 29 de enero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

necesario atender sus necesidades básicas y hacer prevalecer el derecho a la vida sobre otras cuestiones. Así, tienen derecho a recibir la atención de urgencias cuando: i) no haya un medio alternativo, ii) la persona no cuente con recursos para costearlo y iii) se trate de un caso grave y excepcional.

En esta sentencia, la Corte si bien incluyó el tratamiento del VIH dentro de la atención de urgencias, estableció como requisito contar con una valoración médica que establezca la necesidad del tratamiento. Finalmente, la Corte exhortó a la E.P.S a brindar la atención médica a los casos de enfermedades catastróficas, a través de la red pública de servicios según la ley, para evitar poner en riesgo los derechos de quienes acuden a sus servicios. No obstante, la Corte declaró hecho sobreviniente pues el accionante adquirió el Permiso Especial de Permanencia (PEP)³¹, por lo que regularizó su situación migratoria y pudo recibir el tratamiento al afiliarse al SGSSS.

Posteriormente, en la sentencia **T-074 de 2019**³², la Corte recibió el caso de una pareja venezolana donde la mujer, al momento de presentar la tutela, tenía dos meses de embarazo y, a la cual, varias entidades le habían negado la atención en salud por falta de documentación. Por lo anterior y en nombre de ella, su esposo interpuso la acción y solicitó su protección especial constitucional por encontrarse en estado de embarazo. Indicó que se encontraba realizando trámites de nacionalización pues su madre era colombiana y afirmó que, al no contar con un empleo, no tenían sustento para costear los procedimientos. Como en la mayoría de las sentencias analizadas, el juez de instancia no concedió el amparo pues sólo tenía derecho al servicio de salud en urgencias por su situación irregular.

Este fallo es relevante porque la Corte ordenó, como medida provisional, la realización de los controles y exámenes médicos requeridos durante la revisión. Tras evaluar el caso, la Corte estableció que las urgencias deben preservar de manera digna la vida de la madre y del que está por nacer, por lo que los controles solicitados debían realizarse. Además determinó que el juez de instancia desconoció la sentencia SU-677 de 2017 frente a la prestación de la atención previa, durante y posparto. Sin embargo, producto del cumplimiento de la medida cautelar, las razones que generaron la acción de tutela fueron superadas en el trámite. No obstante, la sentencia brinda una garantía, pues reitera la extensión de la atención de urgencias, advirtiendo que las entidades de salud demandadas deberán continuar con la prestación de servicios al menor recién nacido debido a su situación de vulnerabilidad. Así, extendió la prestación del servicio hasta que sus padres regularizaran su situación migratoria y se vincularan al

31 Es un mecanismo implementado por el Estado para que las personas de nacionalidad venezolana puedan regularizar su situación migratoria. El permiso autoriza su permanencia en el territorio de manera temporal, les permite trabajar y beneficiarse de la oferta institucional en temas de educación y salud. (Gandini, Luciana, Fernando Lozano y Victoria Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 20 y 70.

32 Corte Constitucional Colombiana. T-074 del 25 de febrero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

SGSSS.

Luego, en la sentencia **T-178 de 2019**³³, el Personero Municipal interpone acción de tutela en nombre de un menor de edad nacido en Colombia de padres venezolanos. El accionante alegó que los padres, habiendo registrado al menor, intentaron afiliarlo al SISBEN pero que este había sido negado pues los padres no contaban con la nacionalidad colombiana y, por lo tanto, el menor no podía ser afiliado al SGSSS. La sentencia de primera instancia afirmó que no había vulneración porque la situación regular de los padres era un requisito para el ingreso del menor al sistema de salud.

En esta sentencia, la Corte hizo un recuento de las reglas jurisprudenciales con respecto al acceso a la salud de los hijos menores de edad de migrantes venezolanos. Así, estableció que son sujetos de especial protección constitucional y que son seres dependientes de su entorno, por lo que debe prevalecer el interés superior del menor. Adicionalmente, recordó la sentencia T-210 de 2018 y resaltó la falta de conocimiento normativo de las E.P.S y la falta de coordinación entre las distintas entidades para hacer efectiva la atención en salud. En ese sentido, hizo un llamado al Gobierno Nacional a articular, dinamizar y facilitar el acceso a los servicios de salud en estos casos. Así, estableció el deber de la administración de informar, asistir y dar acompañamiento a las personas para acceder a programas o servicios que hacen posible el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales.

Por consiguiente, la Corte determinó que hubo una vulneración pues los servicios se deben prestar incondicionalmente a los menores. Recordó que los recién nacidos tienen derecho a acceder al SGSSS, independientemente de la situación migratoria de los padres ya que esta no se les puede transmitir. La Corte encontró angustiante que, a pesar de la claridad de la jurisprudencia con respecto a permitir el acceso a salud a niños y niñas independientemente de la situación irregular de los padres, continuaba la negativa por parte de las autoridades. Nuevamente hizo una invitación a la regularización³⁴.

Después, la Corte emite la sentencia **T-197 de 2019**³⁵, donde un ciudadano venezolano interpuso acción de tutela pues no recibió atención médica (oncológica) por una patología crónica. Afirmó que la enfermedad avanzaba y no tenía los medios económicos para costear el tratamiento. La E.P.S solo le hizo un chequeo general y ordenó su remisión a otra institución clínica mejor cualificada. La Alcaldía y Secretaría Municipal establecieron que las E.P.S debían atender únicamente urgencias. Así, el accionante solicitó en la tutela que se le autorizaran los servicios integrales de su tratamiento. El juez de instancia estableció que el accionante no podía acceder a un tratamiento integral sin haber

33 Corte Constitucional Colombiana. T-178 del 6 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

34 Esta sentencia tiene un salvamento de voto pero sus argumentos no versan sobre la protección del derecho en cuestión.

35 Corte Constitucional Colombiana. T-197 del 14 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

regularizado su situación.

En esta sentencia, la Corte mencionó el llamado de la sentencia T-210 de 2018, donde se exhortaba al Gobierno a avanzar de manera expedita y eficaz hacia la materialización del derecho a la salud de los migrantes y recordó que la atención de esta población vulnerable puede abarcar cuidados más allá de las urgencias. Además, recordó la categoría de enfermedades catastróficas, incluidas en la atención de urgencias. Asimismo, afirmó que, cuando una Institución Prestadora de Salud no tenga los medios necesarios para la atención, no basta con remitir sino que debe garantizar una remisión exitosa a donde sí le presten el servicio, contrario a lo establecido en la sentencia T-239 de 2017. Así, pese a reconocer la carga que representa este servicio para las entidades territoriales, reafirmó la obligación de acompañar y proteger a los pacientes.

Posteriormente, en la sentencia **T-298 de 2019**³⁶, la Corte recibió el caso de una mujer de nacionalidad venezolana con múltiples condiciones de vulnerabilidad: era cabeza de hogar, en estado de embarazo de alto riesgo y sin los medios económicos para costear la atención médica. Por lo anterior, acudió a una E.P.S, donde le negaron los controles prenatales por su situación migratoria irregular. Si bien el juzgado de instancia no concedió el amparo de su derecho a la salud por su situación migratoria, la Corte ordenó como medida cautelar la realización inmediata de los controles prenatales y la atención médica integral durante y después del parto, en caso de que este tuviera lugar durante la revisión.

Esta sentencia reitera que la situación migratoria irregular es una vulnerabilidad y recapitula la jurisprudencia de los casos en que la atención en urgencias puede llegar a incluir: (i) el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando sea solicitado por el médico tratante como urgente e indispensable, que de aplazarse, condicionen la vida y, (ii) la prestación de servicios relacionados con el embarazo de las mujeres -que pueden comprender controles prenatales y la asistencia del parto-. Así, al prestarse los servicios, se declaró hecho superado reconociendo igualmente una vulneración a los derechos de la accionante.

Posteriormente, la Corte emite la sentencia **T-452 de 2019**³⁷, con 4 casos: (i) Una mujer migrante en situación irregular que sufre de Lupus Eritematoso Sistémico, interpone acción de tutela luego de que se le negaran los medicamentos para el tratamiento; (ii) Una mujer adulto mayor que sufre de diferentes patologías y que afirmaba haber ingresado con pasaporte pero que no había sido censada en

36 Corte Constitucional Colombiana. T-298 del 28 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

37 Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

el RAMV³⁸ porque solo aplicaba a quienes habían ingresado irregularmente. No había podido acceder a citas con médicos generales y especialistas; (iii) Una mujer migrante en situación irregular a la cual no le fue autorizada la cita con el especialista en psiquiatría para tratar un trastorno producto de un trauma; (iv) Un hombre en situación irregular interpone la acción en nombre de su hijo a quién le han negado un procedimiento para determinar la gravedad de un tumor en su cabeza. Ninguno de los accionantes cuenta con recursos económicos y los jueces de tutela negaron el amparo en todos los casos por su situación irregular.

La Corte hizo un recuento jurisprudencial sobre el derecho a la salud, universal y solidario, que debe ser garantizado por el Estado. Así, recordó que esta protección también se fundamenta en los instrumentos del derecho internacional ratificados por Colombia, algunos mencionados previamente. También mencionó que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales y tienen obligaciones, siendo la regularización de su situación migratoria una de ellas. De cualquier forma, todos los extranjeros, por su condición humana, tienen derecho al servicio de salud en urgencias. No obstante, la Corte recuerda que el ciudadano venezolano que quiera tener un acceso pleno al derecho a la salud, deberá regularizarse.

Así, la Corte determina en el primer caso que no hay una vulneración pues se le atendió la urgencia, se estabilizó y se le dio una fórmula médica con los medicamentos para tratar el Lupus, que no eran cubiertos en la atención por encontrarse en situación irregular. En el segundo caso, se establece que tampoco hubo vulneración pues se pedía un tratamiento integral. Sin embargo, en el trámite de revisión, la persona regularizó su situación y pudo acceder a este gratuitamente. En el tercer caso, al considerarse la cita médica con el especialista psiquiátrico como parte de un plan integral (pues se le brindaron los servicios de urgencias), se determinó que no le vulneró ningún derecho. Por último, en el cuarto caso, se le brindan los servicios del plan integral al menor durante la revisión de la tutela al interponer una segunda acción de tutela ante otro juzgado, solicitando el plan integral en oncología pediátrica y no solo el examen diagnóstico. Al recibir la atención requerida, no se le vulneran sus derechos.

Finalmente, en la sentencia **T-565 de 2019**³⁹, la Corte se enfrentó al caso de una madre que ingresa de manera irregular al país con su hija de 5 meses. La niña presentaba una patología crónica que requería de atención y tratamiento, según su médico especialista tratante en Colombia. Al no ser nacionales colombianas ni encontrarse afiliadas al SGSSS, no se les brindó el servicio. La niña tuvo que ser hospitalizada varias veces por la falta de tratamientos y medicamentos. Su madre, en nombre de la

38 Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos

39 Corte Constitucional Colombiana. T-565 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

menor, presentó una acción de tutela solicitando como medida provisional el trámite para la atención, medicación y terapias. El juez de instancia no concedió la medida pues consideró que al estar siendo atendida en urgencias, la vida de la menor no estaba en peligro, pues se le garantizaban los servicios para mantenerla estable. Asimismo, con respecto a la protección de los derechos a la salud y la vida estableció que no había una vulneración, pues al ser una niña en situación irregular, solo tenía derecho a los servicios en urgencia, que ya le estaban siendo prestados.

La Corte mencionó que la seguridad social en salud es un servicio público que el Estado debe garantizar a todos por su condición humana. Además, recordó la especial protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, física o mental, adicionando que los niños deben tener el más alto goce de salud posible y aún más si el menor tiene menos de un año. Así, por limitar el acceso a la salud a la menor, la Corte estableció que hubo una vulneración de sus derechos a la salud y a la vida, pero declaró una carencia actual en el objeto pues la niña salió del país durante el trámite y, se entendió la pérdida de interés en el proceso.

III. ANÁLISIS SENTENCIA PREDOMINANTE

A continuación se analizará la sentencia **T-210 de 2018**, la cual consideramos que es la sentencia predominante pues la Corte realiza una recapitulación del avance jurisprudencial que ha habido frente al acceso al servicio de salud de la población migrante y visibiliza las barreras y cargas administrativas que enfrentan los migrantes venezolanos en situación irregular al intentar obtener atención en salud. Asimismo, como sucedió en la sentencia SU-677 de 2017, la Corte reconoció la crisis humanitaria en Venezuela y la dificultad de las entidades territoriales fronterizas para atender el flujo migratorio masivo.

Según Migración Colombia, para septiembre de 2018, 1.032.016 personas de nacionalidad venezolana se vieron obligadas a migrar a Colombia⁴⁰. A pesar de que este flujo migratorio se había presentado desde el 2015, Colombia no estaba preparada para atender las distintas necesidades de esta población, incluyendo aquellas relacionadas con la prestación del servicio de salud. En medio de este panorama, la Corte recibe dos casos de personas de nacionalidad venezolana y en situación migratoria irregular: i) una mujer, hija de madre colombiana, cabeza de familia y madre de 5 hijos, diagnosticada con cáncer de cuello uterino y; ii) un menor de edad de dos años que tenía, desde su nacimiento, dos hernias que comprometían partes de su cuerpo.

En esta sentencia, la Corte ordenó la protección del derecho a la salud y a la vida digna de ambos

40 “Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado”. Migración Colombia, acceso el 14 de julio de 2020, <https://migracioncolombia.gov.co/documentos/comunicaciones/infografias/Todo%20sobre%20Venezuela.pdf>

accionantes. En el primer caso, la accionante demandó al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander debido a que el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta (HUEM) no había iniciado el tratamiento ambulatorio de quimioterapia ordenado por el médico tratante tras haber sido hospitalizada por complicaciones relacionadas con su enfermedad. Dicha negativa se fundamentó en que los servicios ambulatorios debían ser autorizados por la entidad territorial, responsable de asumir los costos de pacientes venezolanos sin capacidad de pago. En única instancia, se negó el amparo de los derechos al considerar que los servicios de urgencias fueron prestados de forma efectiva. Además, el juez agregó que si la paciente quería acceder a un tratamiento de alto costo -como la quimioterapia-, debía contar con un documento válido que le permitiera afiliarse al SGSSS y, por tanto, primero debía regularizar su situación.

En el segundo caso, el menor de edad no había podido ser operado desde su nacimiento por su corta edad y, cuando cumplió la edad requerida, no se pudo llevar a cabo el procedimiento porque el hospital en Venezuela no contaba con anestesia. Así, él y su madre migraron a Colombia, estableciéndose en Cúcuta. El menor fue atendido por urgencias en la Clínica Puente Barco Los Leones y el médico tratante señaló que el menor requería de una valoración prioritaria por cirugía pediátrica, razón por la cual fue remitido al HUEM. El hospital negó la atención, al considerar que no se trataba de una urgencia médica y, al no encontrarse afiliado al SGSSS, no podía beneficiarse de estos servicios. En primera instancia, el juez amparó el derecho a la salud y a la vida digna y ordenó programar la valoración pediátrica y, en caso de ser necesario, la práctica de la cirugía. La decisión fue impugnada por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y, en segunda instancia, se revocó la decisión del *a quo* al considerar que el menor no contaba con ningún documento que validara su permanencia legal y que permitiera su afiliación al sistema de salud.

La sentencia T-210 de 2018 es una sentencia que recopila el desarrollo jurisprudencial realizado hasta ese momento. Así, la Corte reafirmó que, en virtud del principio de la universalidad y de solidaridad, el Estado está obligado a garantizar el acceso a todas las personas por su condición de ser humano y no por su situación migratoria. De esta forma y de acuerdo con la Ley 715 de 2001, del 21 de diciembre⁴¹, y la Ley 100 de 1993, del 23 de diciembre⁴², la Corte consideró que la atención de urgencias es una garantía fundamental para todas las personas. Por lo tanto, mencionó la categoría de “población pobre no asegurada” debido a que, por medio de esta categoría, las entidades territoriales tienen la posibilidad de emplear los recursos de la subcuenta del FOSYGA⁴³ para cubrir la atención básica

41 Ley 715 de 2001, 21 de diciembre. Diario Oficial 44654

42 Ley 100 de 1993, 23 de diciembre. Diario Oficial 41148

43 Es el Fondo de Solidaridad y Garantías, creado en la Ley 100 de 1993 para compensar la diferencia de ingresos entre las personas y financiar los subsidios para las personas más pobres.

de urgencias de extranjeros que no cuenten con recursos económicos y se encuentren en situación irregular hasta tanto logren la afiliación SGSSS. Ahora, la Corte reconoció que, gracias a la sentencia T-705 de 2017, la atención mínima a la que tienen derecho los extranjeros en situación irregular va más allá de preservar los signos vitales, y puede incluir tratamientos y procedimientos siempre que se demuestre la urgencia de los mismos, según el criterio del médico tratante. Sin embargo, recalcó la dificultad que existe alrededor de la definición de la atención de urgencias⁴⁴. Según la Corte, esto puede permitir arbitrariedades por parte del médico tratante quien finalmente establece qué tratamientos son necesarios para salvaguardar la vida del paciente.

Ahora bien, la Corporación resaltó el alcance del principio de solidaridad en el contexto del flujo masivo de migrantes. Así, concluyó que el Estado colombiano se encuentra ante la necesidad imperiosa de adoptar medidas que garanticen la efectividad de este principio frente a los migrantes. No obstante, mencionó la dificultad que están presentando las entidades territoriales fronterizas al recibir el mayor número de migrantes de nacionalidad venezolana. Además, resaltó que por la falta de coordinación entre estas entidades y la poca publicidad que ha habido de los avances en la protección del derecho de salud de esta población en el territorio nacional, ha generado una vulneración masiva del derecho a esta población.

Es de resaltar que, por primera vez, la Corte menciona las dificultades y barreras administrativas presentes en el ordenamiento colombiano que impiden a los migrantes venezolanos en situación migratoria irregular el acceso a una atención en salud integral. Precisamente hizo referencia al marco normativo migratorio y cómo, a pesar de que el país cuenta con varios tipos de visa, ninguna es de carácter humanitario o de protección, viéndose esto reflejado, por ejemplo, en los altos costos de las visas. Asimismo, resaltó que muchos de los mecanismos de regularización tales como el PEP no son una opción viable para esta población porque muchos no cumplen con los requisitos exigidos. Por ejemplo, para acceder a este tipo de permisos, los migrantes requieren de un pasaporte, pese a que la crisis humanitaria y la debilidad institucional de Venezuela han imposibilitado obtener documentos como el pasaporte. De esta forma, la Corte resaltó la existencia de un círculo vicioso que impide el acceso a la atención integral en salud por parte de esta población, pues si no tienen los documentos válidos para afiliarse al sistema -adquiridos por medio de la regularización-, no pueden acceder a la atención integral. Ahora, para poder cumplir con el deber de regularizar su situación requieren documentos que son muy costosos o difíciles de conseguir en el país vecino.

44 Según el artículo 8, numeral 5 de la Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud “se entiende que las atenciones iniciales de urgencia comprende, además, la atención de urgencias [la cual] busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”. Resolución 5269 de 2017, 22 de diciembre.

Ahora bien, la Corte no sólo reafirmó lo expuesto por la sentencia T-705 de 2017, en cuanto la posibilidad de abarcar ciertos tratamientos y medicamentos en la atención de urgencias, sino también resaltó la difícil situación que se está viviendo en Venezuela y la dificultad que ha tenido el Estado colombiano en atender el flujo masivo de migrantes venezolanos. De igual forma, resaltó las cargas y dificultades administrativas que enfrentan los migrantes en situación migratoria irregular al llegar al país para poder acceder a la prestación de los servicios de salud, aspecto que no había sido mencionado en las sentencias anteriores y que se analizarán a continuación.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Es pertinente hacer un análisis sobre los aspectos no resueltos por la sentencia T-210 de 2018, que si bien reconoce las diferentes barreras que impiden la prestación del servicio, no logra mitigarlas. Por lo tanto, se presentarán seis puntos que consideramos debieron ser abordados en esta sentencia.

a. Sobre la carga de la regularización migratoria: Una recomendación constante que sobresale en la sentencia T-210 de 2018 y en las demás, es la obligación del migrante de regularizar su situación. Aquello se ve reflejado en la intervención hecha por Migración Colombia en esta sentencia. A pesar de reconocer que se le debe brindar atención de urgencias a los migrantes en situación irregular, Migración Colombia consideró que no se podía generar una carga al sistema ya desfinanciado y menos cuando el extranjero “*no ha hecho el mínimo esfuerzo para regularizarse y lograr acceder al sistema de salud*”. Así, la regularización se entiende como una obligación para el migrante que busque acceder a una prestación integral del servicio de salud. Si bien consideramos que es necesaria una regularización con el fin de ampliar el espectro del goce de los derechos del migrante, creemos igualmente que con la actual política migratoria del Estado colombiano puede significar una carga importante para el migrante que busca el servicio de salud y no cuenta con las condiciones económicas para poder hacer efectiva en su totalidad la prestación del servicio.

Ahora, es necesario mencionar cómo un migrante venezolano puede regularizar su situación en Colombia. Las opciones se dividen principalmente en dos tipos: visas y permisos especiales otorgados por el Estado colombiano para hacer frente al alto flujo migratorio proveniente del país vecino. Las visas se dividen en tres, independientemente del país de origen de la persona: Turista (T), Migrante (M) y Residente (R), dependiendo de las necesidades de cada caso. Sin embargo, las visas no suelen ser un medio viable para la población venezolana pues se requiere de un pasaporte vigente y sellado por la autoridad migratoria, siendo el pasaporte un bien de

difícil acceso en Venezuela⁴⁵. Así, las visas son una opción a veces inviable para la población migrante venezolana por los altos costos que implica su expedición y las dificultades de la población para acceder a un pasaporte. Asimismo, el rompimiento de las relaciones diplomáticas puede reforzar esta barrera⁴⁶.

Por otro lado, los permisos especiales como el PEP y el Permiso Especial del Fomento de la Formalización (PEPFF) también presentan problemas y dificultan la regularización. Ambos permisos se otorgan por un periodo máximo 2 años, que pueden ser renovados a criterio del Ministerio de Relaciones Exteriores⁴⁷. Adicionalmente, a este último permiso se le impone una carga adicional pues este puede solicitarse si se tiene una oferta laboral y debe ser solicitado por el futuro empleador⁴⁸. Al imponer esta carga administrativa se puede generar una barrera, pues puede desmotivar la solicitud del permiso y la contratación del migrante. Por su parte, el PEP también presenta límites, pues además de requerir pasaporte sellado, la persona debe estar en el territorio al publicarse la resolución que habilita el permiso y debe solicitarlo dentro de los términos establecidos en dicha resolución⁴⁹. Adicionalmente, es un permiso que no permite tener una expectativa de permanencia en el país pues no se sabe si el Gobierno autorizará las renovaciones al vencerse.

Una vía alterna que regulariza la situación migratoria es la solicitud de la condición de refugiado⁵⁰. Desde que se presenta la solicitud y mientras se surte el trámite, la situación migratoria de la persona se regulariza⁵¹. Sin embargo, esta opción ha demostrado ser poco viable en Colombia porque la mayoría de las solicitudes son negadas⁵², no se otorga permisos de trabajo durante el trámite de la solicitud, la autoridad no tiene término para resolver las solicitudes y, de casi 17.000 solicitudes en trámite, solo a 140 personas se les ha reconocido su condición

45 “Resolución 02/18 - Migración Forzada de Personas Venezolanas”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso el 17 de julio de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

46 Amaya, Juan Manuel, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: *Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*”. Centro de Estudios en Migración (CEM), n°01 (2019): 36 y 37 <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>

47 Resolución 5797 de 2017, 25 de julio y Decreto 117 de 2020, 28 de enero. Diario Oficial 51210.

48 Ídem

49 “Preguntas frecuentes sobre renovación PEP”, *Migración Colombia*. Acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-renovacion-pep>.

50 Si bien la solicitud de refugio busca, en principio, la protección internacional, tiene como consecuencia la regularización del estatus migratorio del solicitante.

51 art. 2.2.I.II.4.9.del Decreto 1067 de 2015, 26 de mayo. Diario Oficial 49523.

52 Gandini, Lozano y Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, 26.

de refugiado⁵³.

Así, si bien la regularización puede garantizar un mayor acceso y protección a derechos, es una obligación que puede llegar a imponer una carga desproporcionada que no tiene en cuenta la realidad de la política migratoria colombiana y la situación de la población migrante venezolana.

b. Sobre la falta de coordinación y acceso a la información sobre los avances jurisprudenciales con respecto al acceso al derecho a la salud de los migrantes en situación irregular: La sentencia T-210 de 2018 estableció que la falta de coordinación entre entidades ha generado una barrera en el acceso a los servicios de salud. Un ejemplo de esto es la sentencia T-178 de 2019 porque se evidencia la falta de información que tienen las E.P.S frente a los avances jurisprudenciales sobre el acceso a los servicios de salud de la población migrante en situación irregular. Así, muchas de las acciones de tutela se interponen por la negativa de la entidad prestadora a proveer el servicio de salud, incluso cuando se trata de los casos reconocidos -enfermedad catastrófica o embarazo-. Por consiguiente, la falta de comunicación y coordinación entre las decisiones y las realidades que se viven en las distintas entidades territoriales limita el acceso a los servicios de salud y condiciona su prestación a un proceso constitucional producto de una acción de tutela. A pesar de que esta acción busca una protección inmediata puede suceder que, por la necesidad urgente del tratamiento, el paciente muera durante el trámite de la acción de tutela.

Además, como resalta la sentencia predominante, la situación implica una carga adicional para distintas entidades territoriales sobre todo fronterizas que no cuentan con la capacidad ni la infraestructura para asegurar el servicio. Esto último también es una barrera en el acceso y es quién debe asumir el costo de la atención. Ahora, si bien existe un esquema para la financiación que incluye la cooperación entre municipios y departamentos, la falta de información y coordinación se ve reflejada en el desconocimiento y, por lo tanto, en las negativas por parte de las entidades en la prestación de dicho servicio.

c. La atención integral sigue siendo una excepción: Como se mencionó, la posibilidad de que personas en situación irregular puedan acceder a una atención de urgencias -que incluya medicamentos y tratamientos- únicamente es posible cuando el médico tratante los solicite como urgentes. Así, la necesidad de una valoración médica abre la posibilidad a que se limite el

53 “La Paradoja del Asilo en Colombia”, *Revista Semana*. Acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-paradoja-del-asilo-en-colombia/681042>.

efectivo acceso a la salud de la población migrante porque queda al arbitrio del médico⁵⁴. Lo anterior, se ha visto reflejado en la creciente necesidad que ha tenido la población migrante de acudir a la interposición de la tutela para garantizar los servicios de salud que requieren de manera urgente. Entonces, el acceso a la salud se condiciona al acceso a la justicia.

Lo mencionado refuerza el carácter excepcional de la atención pues la población migrante en situación irregular desconoce cómo opera el sistema judicial local⁵⁵ y, por tanto, se les restringe aún más la posibilidad de acceso a estos servicios. Además, al encontrarse en situación irregular, las personas temen acudir a las autoridades a denunciar la falta de atención médica por miedo a que se les inicie un proceso administrativo sancionatorio que resulte en expulsión o deportación.

Pese a lo anterior, la sentencia T-210 de 2018 no propuso criterios objetivos para delimitar de mejor forma el concepto de urgencias y minimizar la arbitrariedad médica, ni exhortó a las autoridades competentes a hacerlo. Así, la posibilidad de acceder a una atención integral, muchas veces requerida para garantizar el derecho a la vida de este grupo vulnerable, continúa siendo limitada y termina en una vulneración de sus derechos.

d. Ambigüedad en el término “enfermedad catastrófica” y los límites en su protección: La sentencia T-210 de 2018 reitera que el acceso al derecho a la salud va más allá de la prestación de los servicios de urgencias en algunos casos reconocidos. A esto se suma lo establecido en la sentencia T-025 de 2019 que incluye al VIH en este grupo de casos reconocidos, además de las enfermedades oncológicas. Asimismo, en las sentencias SU-677 de 2017, T-074 de 2019 y T-298 de 2019, la Corte reiteró que la atención de los embarazos debe incluirse también en estos casos. En resumen, la jurisprudencia se ha inclinado por ampliar el contenido del concepto de urgencias. Sin embargo, la sentencia la T-452 de 2019, niega el tratamiento a otras enfermedades crónicas- tales como las enfermedades autoinmunes como el Lupus- al encontrarse la persona en situación irregular.

De lo anterior, queda la duda con respecto a las limitaciones de dicha categoría. Así, enfermedades que pueden condicionar la vida digna de la persona como las enfermedades autoinmunes

54 Amaya, Moreno, Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: *Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*”, 35.

55 La Corte Constitucional estableció que “los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados en razón a la situación de indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva del desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local (...)”. Corte Constitucional Colombiana. T-295 del 24 de julio de 2018, Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

o los trastornos mentales que requieren de atención psiquiátrica fueron negados en la última sentencia mencionada. Si bien las enfermedades reconocidas hasta ahora pueden condicionar en un menor tiempo la vida de la persona en caso de no recibir tratamiento, hay enfermedades excluidas de dicha categoría que igualmente necesitan de un tratamiento para respetar la vida digna de una persona. Por ejemplo, con respecto al Lupus, estudios científicos determinan que genera daños crónicos y aumenta los riesgos de morbilidad, por lo que un tratamiento constante es recomendable, en parte, por la alta cantidad de enfermedades cardiovasculares que puede generar y que condicionan la vida del paciente⁵⁶. Lo mismo sucede con trastornos mentales que requieren de atención y acompañamiento psicológico y psiquiátrico para poder garantizar la vida digna⁵⁷ y la cual no puede estar sujeta a la condición migratoria de la persona sino a su condición humana.

Por lo anterior, consideramos que la categoría de atención a urgencias si bien ha sido importante en el avance hacia la protección del derecho a la salud de los migrantes en situación irregular, excluye y condiciona la vida digna de las personas que sufren de enfermedades crónicas que condicionan el bienestar del paciente.

e. La carga de la valoración médica: Para poder acceder al servicio de salud integral requerido para el cuidado de una enfermedad catastrófica, es necesaria la valoración del médico tratante en urgencias o de un especialista certificando la necesidad del tratamiento. Este puede ser un punto que limita el acceso al servicio por la imposibilidad de acceder a un médico que declare la urgencia del tratamiento. Lo anterior puede suceder por (i) la precariedad de la infraestructura en materia de salud en Venezuela, que puede dificultar el acceso a una valoración médica que permita tener un diagnóstico que determine la urgencia del tratamiento o (ii) una vez en Colombia, acceder a un especialista puede, en algunos casos, considerarse que no hace parte de la atención en urgencias, por lo que acceder a él puede ser complicado o implica un gasto para el migrante que probablemente no podrá asumir.

Ahora, en ningún momento se propone eliminar este requisito, sino facilitar el acceso a éste, aligerando la carga para la población migrante en situación irregular. Lo anterior se puede

56 Caroline Gordon “Long-term complications of systemic lupus erythematosus” *Rheumatology*, Volume 41, Issue 10 (2002): 1095–1100, <https://academic.oup.com/rheumatology/article/41/10/1095/1784099>.

57 La Corte Constitucional ha extendido los límites del derecho a la vida, entendiéndose como la vida digna, es decir, que no basta simplemente con la posibilidad de existir, sino también las condiciones en las que se vive. Así, se deben garantizar “la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución” (Corte Constitucional Colombiana. T-444 del 10 de junio de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

lograr, por ejemplo, incluyendo en el servicio de urgencias la consulta con un especialista para determinar la urgencia del tratamiento.

f. La carga probatoria de falta de medios económicos: Esta es otra de las cargas que debe asumir la población migrante en situación migratoria irregular ya que, para poder beneficiarse de la atención de urgencias, deben demostrar que no pueden asumir el pago de la atención recibida. Lo anterior, se puede ver en la sentencia T-239 de 2017, donde la primera instancia decidió negar la atención en salud no sólo por la situación irregular del accionante sino también porque este no había acreditado la condición de población pobre no asegurada.

La Corte, a pesar de haber reconocido las difíciles condiciones económicas, sociales y políticas en Venezuela, no delimitó esta carga probatoria que, muchas veces, se convierte en una barrera de acceso al sistema de salud. Así, debió haber definido cómo la población migrante puede probar dicha condición porque, de lo contrario, abre la posibilidad a que las EPS y los jueces de instancia nieguen la atención por considerar que la condición económica no fue acreditada.

V. CONCLUSIÓN

Finalmente, es posible concluir que los extranjeros en situación migratoria irregular han tenido, progresivamente, un mayor acceso a la atención en salud. En principio, todos los extranjeros, independientemente de su situación migratoria, pueden recibir atención de urgencias aún si no cuentan con los medios económicos necesarios para cubrir los costos, carga que es asumida por las entidades territoriales. Sin embargo, por causa de la generalidad y la subjetividad del concepto de “urgencia” se sigue presentando una barrera que puede poner en riesgo los derechos de una población vulnerable.

La Corte Constitucional ha reconocido cada vez más casos donde la prestación del servicio de urgencias debe incluir un tratamiento, tal como los tratamientos de enfermedades catastróficas o los controles prenatales y postparto. A pesar de que el desarrollo jurisprudencial tiende a garantizar la atención integral a pacientes que la requieren de manera urgente, existen todavía barreras que ponen en riesgo el derecho a la salud. Por lo tanto, pese a que la población migrante en situación migratoria irregular cuenta con el derecho de ser atendida en centros de salud en casos de emergencia, se ha dificultado mucho la materialización de este derecho. Así, la acción de tutela se ha convertido en un instrumento que ha permitido, en algunos casos, la garantía del derecho a la salud. No obstante, ésta no puede convertirse en un mecanismo para superar las fallas y vacíos de la política migratoria del Estado con respecto al sistema de salud.

Es necesario tener en cuenta que el fenómeno migratorio en cuestión no es temporal especialmente por la profunda crisis humanitaria e institucional en Venezuela. Por lo tanto, el Gobierno debe adelantar una política migratoria ajustada a las necesidades de la población migrante, que reconozca y busque remediar las barreras que impiden el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se deben tomar las medidas necesarias para que la normatividad actual y los avances jurisprudenciales sean de pleno conocimiento en el territorio nacional para garantizar el efectivo acceso a los servicios de salud. Finalmente, el Gobierno debe evaluar sus políticas migratorias pues están obstaculizando y condicionando el acceso integral al sistema de salud.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Marco legal

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

Organización de las Naciones Unidas (ONU) *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, ONU, 1951.

Ley 100 de 1993, 23 de diciembre. Diario Oficial 41.148

Ley 715 de 2001, 21 de diciembre. Diario Oficial 44.654

Ley 1438 de 2011, 19 de enero de 2011. Diario Oficial 47.957

Decreto 1067 de 2015, 26 de mayo. Diario Oficial 49.523

Decreto 780 de 2016, 6 de mayo. Diario Oficial 49.865

Resolución 5797 de 2017, 25 de julio.

Resolución 5269 de 2017, 22 de diciembre.

Decreto 117 de 2020, 28 de enero. Diario Oficial 51.210

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana. T-444 del 10 de junio de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional Colombiana. T-314 del 17 de junio de 2016. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. T-239 del 24 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional Colombiana. T-295 del 24 de julio de 2018. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. SU-677 del 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana, T-705 del 30 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional Colombiana. T-210 del 1 de junio de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. T-348 del 28 de agosto de 2018. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional Colombiana. T-025 del 29 de enero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional Colombiana. T-074 del 25 de febrero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

Corte Constitucional Colombiana. T-178 del 6 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional Colombiana. T-197 del 14 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera

Corte Constitucional Colombiana. T-298 del 28 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional Colombiana. T-565 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Doctrina

Amaya, Juan Manuel, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”. Centro de Estudios en Migración (CEM), n° 01 (2019), <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. Colombia: Banco Mundial, 2018.

“Crisis Humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos.” Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/es/report/2016/10/24/crisis-humanitaria-en-venezuela/la-inadecuada-y-represiva-respuesta-del-gobierno>.

“Frontera Terrestre Colombia-Venezuela”. Cancillería de Colombia, <https://www.cancilleria.gov.co/content/frontera-terrestre-colombia-venezuela>.

Gandini, Luciana, Fernando Lozano y Victoria Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

Gordon, Caroline “Long-term complications of systemic lupus erythematosus” *Rheumatology*, Volume 41, Issue 10 (2002): 1095–1100, <https://academic.oup.com/rheumatology/article/41/10/1095/1784099>.

International Organization for Migrations, “Glossary on Migration”. International Organization for Migrations. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

“La Paradoja del Asilo en Colombia”, Revista Semana, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-paradoja-del--asilo-en-colombia/681042>.

“Migración”. Organización de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>

Organización Internacional para las Migraciones. MC/INF/297. https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf

“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, R4V, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

“Preguntas frecuentes sobre renovación PEP”, Migración Colombia, <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-renovacion-pep>.

“Radiografía de Venezolanos en Colombia: Abril 2020”. Migración Colombia, <https://migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

Ramirez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla “Perfil Migratorio de Colombia”. OIM, <https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Perfil-Migratorio-de-Colombia.pdf>

“Resolución 02/18 - Migración Forzada de Personas Venezolanas”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

“Tendencias Globales Desplazamiento Forzado en 2019”. Acnur, <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.

“Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado”. Migración Colombia, <https://migracioncolombia.gov.co/documentos/comunicaciones/infografias/Todo%20sobre%20Venezuela.pdf>

“World Report 2020 Venezuela”. Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336670>.

JARAMILLO SIERRA, ISABEL CRISTINA, Y LINA FERNANDA BUCHELY IBARRA, EDS. ÉTNOGRAFÍAS BUROCRÁTICAS: UNA NUEVA MIRADA A LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO EN COLOMBIA. 1. ED. COLECCIÓN ESTUDIOS CIJUS. BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA: EDICIONES UNIANDES : UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, FACULTAD DE DERECHO, 2019.

ALEJANDRO LEÓN MARÍN*

RESUMEN

El libro *Etnografías burocráticas: una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia* es una recopilación de investigaciones sobre burocracias basadas en un diálogo entre el derecho y la antropología. En sus capítulos se estudian diferentes ámbitos como la jurisdicción laboral de Cali, la burocracia inmobiliaria en Bogotá, o la interacción entre indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y la Corte Constitucional. En la presente reseña me concentro en identificar los principales aportes de este libro a la literatura sobre antropología jurídica, sintetizar los principales argumentos de los capítulos, y proponer algunos puntos que constituyen una agenda de investigación sumamente fértil. Así, este texto busca resaltar la utilidad metodológica de la etnografía para analizar temas tradicionalmente jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Etnografía, antropología jurídica, burocracia, construcción del estado

* Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes, y estudiante de la Maestría en Derecho (Investigación) de la misma universidad. Correo: a.leon11@uniandes.edu.co - ORCID: 0000-0001-5664-9042

JARAMILLO SIERRA, ISABEL CRISTINA, AND LINA FERNANDA BUCHELY IBARRA, EDS. BUROCRATIC ETHNOGRAPHY: A NEW LOOK AT STATE BUILDING IN COLOMBIA. 1. ED. CIJUS STUDIES COLECTION. BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA: EDICIONES UNIANDES : UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, FACULTAD DE DERECHO, 2019.

ALEJANDRO LEÓN MARÍN*

ABSTRACT

The book *Bureaucratic Ethnographies: A New Look at State Building in Colombia* is a compilation of research on bureaucracies based on a dialogue between law and anthropology. In its chapters different areas are studied, such as the labor jurisdiction of Cali, the real estate bureaucracy in Bogotá, or the interaction between indigenous people of the Sierra Nevada de Santa Marta and the Constitutional Court. In this review, I focus on identifying the main contributions of this book to the literature on legal anthropology, synthesizing the main arguments of the chapters, and proposing some points that constitute a highly fertile research agenda. Thus, this text seeks to highlight the methodological utility of ethnography to analyze issues traditionally conceived as legal domains.

KEY WORDS

Ethnography, legal anthropology, bureaucracy, state-building.

* Lawyer and political scientist from Universidad de los Andes, and LLM student (Investigation) of the same university. E-mail: a.leon11@uniandes.edu.co - ORCID: 0000-0001-5664-9042

INTRODUCCIÓN

El estado⁰¹ y el derecho son dos conceptos tan ambiguos como omnipresentes. No es fácil definir ninguno de los dos a pesar del innegable protagonismo que ambos tienen en nuestras vidas. En particular, el derecho es asociado comúnmente con una serie de reglas que flotan en el aire, que nos acompañan desde que nacemos hasta que morimos. Y si esto es abstracto, ni qué decir del estado, esa palabra que asociamos con nociones etéreas como instituciones, burocracias o jurisdicciones. Así, es claro que la perspectiva jurídica suele enfocarse en discusiones metafísicas como la presencia del estado, el debido proceso o los principios de la función pública. Lo anterior implica que esta perspectiva enfrenta dificultades a la hora de abordar la realidad social. Las subjetividades no son cosa fácil de entender desde el derecho.

Frente a esta limitación de la perspectiva jurídica, una alternativa es la metodología etnográfica que la antropología ha venido cultivando. A partir de una sensibilidad hacia las personas en tanto sujetos observados, la etnografía guía la investigación a través de un enfoque centrado en intenciones, miedos, afinidades y paranoias. En otras palabras, la metodología etnográfica busca desmarcarse del deber ser para develar la realidad que constituye sujetos al tiempo que es constituida por los mismos. Sin embargo, la cuestión interesante aquí es preguntarse qué ocurre cuando esa perspectiva etnográfica dialoga con investigaciones o espacios tradicionalmente jurídicos.

Justamente esta es la intención del libro *Etnografías burocráticas: una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*. Esta compilación, dirigida por Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, presenta nueve capítulos en los que se indaga acerca de la capacidad analítica de la etnografía como herramienta metodológica para el estudio de las burocracias. Mi intención con este texto es reseñar este libro, buscando identificar i) sus aportes más significativos, ii) los argumentos principales de los trabajos compilados, y iii) los puntos que a mi parecer constituyen una agenda de

01 En sintonía con el libro reseñado, en este texto se escribirá la palabra *estado* con minúscula para desmitificar su aproximación desde las ciencias sociales.

trabajo para futuras investigaciones.

II. APORTES DEL LIBRO A LA LITERATURA SOBRE DERECHO Y ANTROPOLOGÍA

El libro comienza con un capítulo introductorio escrito por las compiladoras⁰². Allí, Jaramillo y Buchely presentan una breve introducción a la etnografía como método de investigación social propio de la antropología y su relación con los estudios sobre el estado. A partir de este capítulo es posible identificar los principales aportes del libro a la literatura sobre antropología jurídica, investigación socio-jurídica y estudios burocráticos.

El primer aporte puntual que se identifica en este capítulo es la compatibilidad metodológica de la etnografía con investigaciones jurídicas. La etnografía, conocida como el método propio de la antropología, busca “recuperar las perspectivas de los actores, desnaturalizar los contextos sociales, políticos y económicos que observa, y rescatar la reflexividad del investigador”⁰³. El método etnográfico, entonces, está basado principalmente en la observación de sujetos. Sin embargo, lo interesante de este libro es que se propone una observación a funcionarios del estado, también llamados burócratas. De este modo, la perspectiva antropológica logra matizar cuestiones jurídicas como la presencia del estado y su heterogeneidad, la ambigüedad del derecho, y la consistencia de las burocracias.

Otro aporte importante que este libro ofrece es un mapa de la literatura sobre etnografías jurídicas. Así, en vez de considerar que es un campo nuevo, las compiladoras recuperan trabajos previos y los conectan entre sí para presentar un panorama sobre las etnografías enfocadas en el estado. Este panorama consiste en cinco genealogías: i) constelaciones legales, ii) brecha entre textos y prácticas, iii) análisis burocráticos, iv) prácticas judiciales y burocráticas, y v) estudios de lo no humano (espacios y objetos). A partir de esta cartografía literaria, las compiladoras logran situar las diferentes investigaciones y, en consecuencia, identificar los vacíos que futuros trabajos etnográficos pueden abordar.

Un tercer aporte de este libro es la relevancia del diálogo que se produce entre el derecho y la antropología para comprender la producción del derecho desde las burocracias. Los diferentes capítulos estudian la materialización de políticas públicas a partir de las perspectivas y rutinas de los funcionarios que están a cargo de su ejecución. De esta forma, las investigaciones compiladas demuestran la capacidad que tiene la interdisciplinariedad para analizar el funcionamiento cotidiano del aparato

02 Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, «La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 9-33, <https://doi.org/10.15425/2017.210>.

03 *Ibid.*, 13.

estatal. Además, este diálogo entre disciplinas supone aportes tanto para el derecho como para la antropología. Por un lado, en el campo jurídico contribuye a analizar y determinar el alcance del derecho en la vida social. Por otra parte, en el campo antropológico refuerza el reconocimiento de la etnografía como herramienta para dar cuenta de la plasticidad normativa.

II. SÍNTESIS DEL LIBRO: CONTRAPUNTEO ENTRE ANTROPOLOGÍA Y DERECHO

El capítulo introductorio del libro propone que esta compilación está organizada en tres partes: i) las dinámicas que implica “hacerse funcionario”, ii) los trámites irracionales de la información, y iii) la resistencia en y a las burocracias. Sin embargo, quisiera plantear aquí una organización ligeramente distinta. Creo que un esfuerzo importante del libro consiste en la reivindicación del diálogo entre el derecho y la antropología. Por lo tanto, a continuación exploraré los contenidos principales de esta compilación desde el contrapunteo que las compiladoras proponen entre ambas disciplinas. En este sentido, dividiré el libro en cuatro partes: i) burocracias judiciales, ii) burocracias de acceso a la información, iii) tecnologías de gobierno, y iv) resistencias desde la periferia. Estructurar la reseña del libro de esta manera me permite ilustrar el delicado balance que las compiladoras lograron entre derecho y antropología. Así, cada una de estas cuatro partes tiene un capítulo construido desde una formación antropológica y otro proveniente de una formación jurídica.

A. BUROCRACIAS JUDICIALES

La primera parte del libro está enfocada en estudiar las dinámicas que forman a las personas que entran a trabajar en la rama judicial como burócratas judiciales. Los dos capítulos que componen esta parte de la compilación tienen en común su estudio de casos en Cali. Además, ambas investigadoras son profesoras en la Universidad Icesi. Sin embargo, sus formaciones profesionales difieren, ya que una es antropóloga y la otra es abogada. Con esto en mente, ambas investigaciones buscan poner a prueba la narrativa racional weberiana de las burocracias como máquinas apegadas a la norma y a los argumentos lógicos.

El segundo capítulo del libro fue escrito por Diana Marcela Solano Gómez, profesora del Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi⁰⁴. Esta investigación está dedicada a las personas que asisten de lunes a viernes al Palacio de Justicia de Cali. Solano enfoca su estudio de caso en la jurisdicción laboral del Distrito Judicial de Cali y pone a prueba la utilidad del modelo racional weberiano

04 Diana Marcela Solano Gómez, «La autoridad puesta en duda. El cambio social en la jurisdicción laboral en Cali», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 37-69, <https://doi.org/10.15425/2017.211>.

de burocracia para explicar sus observaciones. Para llevar a cabo este ejercicio, Solano realizó una observación participante todas las mañanas de los miércoles durante seis meses.

Antes de analizar sus notas de campo, Solano presenta un contexto sobre el nuevo derecho al debido proceso de la Constitución de 1991 y señala que la constitucionalización del derecho procesal ha generado una transformación profunda en el campo jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional ha gozado de un protagonismo significativo en la modificación del contenido y símbolos que legitimaban una visión procesal más tradicional. Así, la autora propone que este cambio normativo en el campo jurídico generó una tensión entre una mirada constitucional sensible y una perspectiva ritualista apegada a la norma.

Esta tensión se ha materializado en una rivalidad entre funcionarios de la jurisdicción laboral de Cali. Por un lado están aquellas personas con conocimientos de filosofía del derecho, doctrina constitucional, y derecho internacional del trabajo, más afines a visiones vanguardistas e innovadoras del oficio jurídico. Por otra parte aparecen los funcionarios más tradicionales apegados a la exégesis, el legalismo, y la aplicación acrítica de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tal es la distancia entre visiones jurídicas que en los equipos de trabajo de los despachos observados se identifican a las personas según su afinidad a la Corte Constitucional o a la Corte Suprema de Justicia. Esta “ruptura entre lo nuevo y lo clásico” a partir de formaciones profesionales y afinidades personales permite evidenciar que la jurisdicción laboral de Cali se aleja del relato racional weberiano de las burocracias.

El tercer capítulo fue desarrollado por la antropóloga Claudia Jimena Abello Castiblanco⁰⁵. Abello realiza una etnografía en un juzgado civil del circuito de Cali al que denomina Juzgado 16 para mantener el anonimato de los sujetos observados⁰⁶. El método etnográfico se emplea aquí para comprender las interacciones cotidianas, rutinas y narrativas de los funcionarios del Juzgado 16 Civil del Circuito de Cali a través de una experiencia laboral en el despacho durante junio y julio de 2013. A partir de su trabajo de campo, Abello argumenta que la observación etnográfica permite evidenciar vínculos por fuera del modelo racional weberiano de burocracia en este despacho.

Esta crítica a la idea weberiana de burocracia se plantea a partir de tres etapas de la formación de burócratas judiciales: acceso, aprendizaje, e interacciones. En cuanto al primero, Abello afirma que tanto el acceso al campo jurídico como el acceso al equipo del despacho observado no están regi-

05 Claudia Jimena Abello Castiblanco, «La ñaña del juez: una etnografía de la burocracia judicial caleña», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 73-95, <https://doi.org/10.15425/2017.212>.

06 Solamente existen 15 juzgados de esta naturaleza en el Distrito Judicial de Cali.

dos por decisiones racionales sino por accidentes, relaciones familiares y necesidades contingentes. Respecto al aprendizaje, los funcionarios coinciden en que el oficio burocrático “se aprende por medio de la experiencia y con la ayuda de los colegas”⁰⁷. Finalmente, las interacciones entre funcionarios se desarrollan en el *backstage* del despacho⁰⁸. Allí son constantes las preocupaciones por la estabilidad laboral y la relación con el juez. En este sentido, los rumores sobre lambonería, asociados principalmente con mujeres, abundan en la cotidianidad del despacho. Como le dijo Dalia a la entrevistadora, “todos quieren ser ‘la ñaña del juez’ (...) es decir la(el) preferida(o)”⁰⁹.

Los capítulos 2 y 3 del libro permiten evidenciar la complementariedad entre antropología y derecho. Ambos se enfocan en burocracias judiciales de Cali. Sin embargo, su forma de analizar las observaciones parte de lugares diferentes. Solano, de formación jurídica, se enfoca en demostrar la irracionalidad burocrática a partir de las rivalidades entre funcionarios afines a la Corte Constitucional y funcionarios leales a la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, las categorías irracionales son eminentemente jurídicas, como es el caso del debido proceso, la mirada constitucional o la jurisprudencia. Por otro lado, Abello demuestra la irracionalidad de los funcionarios del Juzgado 16 desde aproximaciones más antropológicas como las relaciones familiares, los chismes de pasillo o las jerarquías laborales. Más allá de preferir una u otra perspectiva, lo interesante es ver que ambas llegan a un mismo punto: las burocracias judiciales forman funcionarios a partir de dinámicas irracionales.

B. BUROCRACIAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La segunda parte del libro aborda la administración burocrática de la información pública y la angustia que esto supone para los funcionarios. Ambos capítulos están enfocados en la complejidad que implica acceder a la información *pública* del estado en Bogotá. De este modo, las dos investigaciones abordan las dificultades que enfrentan los usuarios al momento de intentar relacionarse con el estado para obtener soluciones a sus conflictos o inquietudes.

En el cuarto capítulo, el antropólogo urbano Federico Pérez Fernández estudia la narrativa que tienen los burócratas inmobiliarios en Bogotá sobre su propio oficio¹⁰. Pérez realiza una etnografía en la que observa a distintas categorías de expertos y burócratas inmobiliarios, tales como funcionarios de la

07 Abello Castiblanco, «La ñaña del juez», 86.

08 Erving Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*. (Woodstock, N.Y.: Overlook Press, 1973).

09 Abello Castiblanco, «La ñaña del juez», 90.

10 Federico Pérez Fernández, «Excavando paisajes legales: la arqueología jurídica y la política de la materialidad burocrática en Bogotá, Colombia», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 99-128, <https://doi.org/10.15425/2017.213>.

Dirección de Norma Urbana (Secretaría de Planeación de Bogotá), curadores urbanos, y abogados especializados en derecho urbano e inmobiliario. Según estos burócratas, el caótico ordenamiento jurídico bogotano puede entenderse como una topografía compleja que requiere de habilidades arqueológicas para aplicar transparentemente la ley sobre espacio público. En este sentido, la puesta en escena de la burocracia inmobiliaria en Bogotá consiste en representarse como excavadores en busca de fundamentos jurídicos que develen la respuesta correcta sobre sus proyectos de construcción.

Las entrevistas con distintos burócratas exponen las diferentes perspectivas sobre la topografía jurídica bogotana. Javier, un arquitecto que se ha movido por el sector público, considera que la arqueología jurídica se ha empleado para delimitar jurisdicciones y establecer una autoridad legal. Rafael, otro arquitecto que se ha dedicado por treinta años a trabajar en la Secretaría de Planeación, se refirió a la arqueología jurídica como “una ciencia exacta que podía descubrir los significados correctos”¹¹. Sin embargo, José, un curador urbano jubilado, considera que la idea de topografías jurídicas demasiado complejas es una invención de los constructores y sus asesores. En este sentido, José propone que los constructores afirman que algo es demasiado complicado cuando la norma no les permite hacer lo que quieren.

Con esto en mente, Pérez considera que esta burocracia, a partir de la metáfora de la arqueología jurídica, promueve una imagen de un paisaje jurídico ambiguo e inestable para “reclamar autoridad, evadir responsabilidades y disputar la experticia de otros”¹². En este sentido, Pérez identifica un fetichismo jurídico frente a los documentos jurídicos a partir de su reificación. Según el autor, la reificación burocrática es una “práctica a través de la cual las formas legales y los artefactos son investidos de poder para convertirse en fetiches que animan la vida social”¹³. A partir de allí, Pérez critica la proyección de la agencia sobre artefactos burocráticos y emplea la etnografía como estrategia para subvertirla.

Por otra parte, el capítulo sexto es una propuesta colaborativa entre Gabriela Recalde y Gloria Abadía, ambas abogadas de profesión¹⁴. Esta investigación aborda la cotidianidad de Sonia y Leandro, dos funcionarios del Centro de Recepción de Información (CRI) de la Casa de Justicia de Ciudad Bolívar. Las Casas de Justicia son espacios en los que se ofrecen mecanismos de atención ciudadana para

11 Ibid, 118.

12 Ibid, 127.

13 Ibid, 105.

14 Gabriela Recalde Castañeda y Gloria Marcela Abadía Cubillos, «Un día en la Casa de Justicia: atención en violencia doméstica y la banalización del estado a través de la justicia», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 149-72, <https://doi.org/10.15425/2017.215>.

acceder a la jurisdicción estatal. De esta manera, la ciudadanía de Ciudad Bolívar evita desplazarse hasta el centro de Bogotá para interactuar con las diferentes entidades públicas. En este contexto, los funcionarios del CRI se encargan de direccionar a los usuarios por las distintas oficinas de la Casa según la naturaleza de su caso.

Recalde y Abadía realizan visitas a la Casa de Justicia de Ciudad Bolívar para observar la rutina laboral de Sonia y Leandro. A partir de este ejercicio, las investigadoras evidencian las prácticas que estos funcionarios han desarrollado para enfrentar la excesiva demanda de personas que acude a la Casa a pesar de la escasez de recursos humanos y logísticos. En particular, estos *burócratas del nivel de la calle*¹⁵ intentan dar soluciones basadas en consejos, reprobaciones o salidas ingeniosas. Por ejemplo, Sonia les explica pacientemente a los usuarios cómo decir las cosas para que les hagan caso en las instituciones a las que los remite. Esta conducta creativa surge de lo que Lipsky considera una constante dualidad: estos funcionarios deben mantenerse responsables frente a las necesidades de los clientes-usuarios al tiempo que deben implementar con seriedad las políticas y leyes¹⁶.

El manejo de la información es una de las tareas más características de las burocracias. Lo interesante de contrastar estos dos capítulos es evidenciar lo versátil que puede resultar la información para la cotidianidad de las burocracias. Por un lado, la burocracia inmobiliaria utiliza la complejidad de la información como discurso para legitimar su experticia en el campo. De otra parte, los funcionarios de la Casa de Justicia de Ciudad Bolívar perciben el caos y la confusión como fuente de su excesiva carga laboral. Tal es el desorden y la ilegibilidad del sistema que se requieren dos funcionarios para *direccionar* los casos al interior de la Casa. Sin embargo, Sonia y Leandro resignifican su trabajo al ofrecer respuestas y consejos (irracionales desde la perspectiva weberiana) a los usuarios. Antropología y derecho se retroalimentan, entonces, acerca de las complejidades del manejo de la información.

C. TECNOLOGÍAS DE GOBIERNO

La tercera parte del libro se centra en las tecnologías de gobierno que las burocracias han desarrollado para aumentar su eficiencia y legitimar su existencia. Los dos capítulos que abordan esta temática estudian la preocupación de las burocracias por encontrar estrategias que mejoren sus prácticas desde una perspectiva tecnocrática. Además, ambos capítulos abordan la implementación de políticas públicas nacionales, como lo son el programa Familias en Acción y la Ley de Víctimas. Sin embargo, la implementación de Familias en Acción se estudia con un grupo de beneficiarias en Bogotá, mientras que la Ley de Víctimas se analiza principalmente con funcionarios públicos de Cali.

15 Michael Lipsky, *Street Level Bureaucracy Dilemmas of the Individual in Public Services*, 1980.

16 *Ibíd.*

En el capítulo quinto, el antropólogo Pablo Jaramillo analiza el lenguaje de la innovación tecnológica que atraviesa a Más Familias en Acción (MFA), un programa de transferencias condicionadas en efectivo¹⁷. En este sentido, el capítulo estudia los diferentes artefactos tecnológicos que el programa ha incorporado en los últimos años – indicadores de inscripción, registro electrónico o pago a través de celulares – y el efecto que han tenido en la población beneficiaria. En específico, Jaramillo y su equipo de investigadores observaron la interacción de un grupo de mujeres beneficiarias de MFA con el estado.

La idea central de este capítulo es que las tecnologías de gobierno adoptadas por el programa MFA permiten comprender una transformación profunda de la burocracia asistencial hacia un modelo más tecnocrático. La tecnocracia es presentada por Jaramillo como la dominación político-administrativa de una élite que dice poder optimizar los recursos y preservar la estabilidad del sistema a partir de un modelo técnico-analítico, hegemónico y excluyente¹⁸. En este sentido, el sistema de calificación con indicadores o las transferencias a través de celulares genera relaciones menos directas entre funcionarios y usuarios. Es interesante observar la diferencia de lecturas de esta separación física a través de la automatización y la utilización de teléfonos celulares. Las mujeres beneficiarias lo perciben como un aumento en la distancia con el estado, mientras que los funcionarios lo entienden como una mayor penetración del programa en espacios cotidianos. Así las cosas, las presiones tecnocráticas que enfrenta la burocracia, caracterizadas por una mayor separación física entre usuario y funcionario, parecen buscar una mayor eficiencia para fortalecer la “racionalidad weberiana”.

El capítulo noveno del libro se enfoca en la imprevista construcción burocrática del proyecto de paz en Colombia¹⁹. Su autora es Lina Fernanda Buchely Ibarra, abogada y profesora de derecho de la Universidad Icesi, quien se concentra en la administración de indicadores como herramienta de estabilización de una narrativa del conflicto armado en Colombia. Para llevar a cabo su investigación, la autora recurre a la observación de la recepción de víctimas en Cali. En esta línea, la investigadora desarrolla entrevistas semiestructuradas con víctimas, funcionarios de la oficina de atención munici-

17 Pablo Jaramillo Salazar, «Tecnologías de la asistencia: poder y encantamiento en Más Familias en Acción (Colombia)», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 131-46, <https://doi.org/10.15425/2017.214>.

18 Miguel Ángel Centeno y Leandro Wolfson, «Redefiniendo la tecnocracia», *Desarrollo Económico* 37, n.º 146 (julio de 1997): 215, <https://doi.org/10.2307/3467196>.

19 Lina Fernanda Buchely Ibarra, «Laberintos y despojos: análisis del proceso de implementación de la ley de víctimas y restitución de tierras desde una perspectiva multiescalar de las burocracias estatales», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 253-77, <https://doi.org/10.15425/2017.218>.

pal, líderes de organizaciones de víctimas, funcionarios de la Contraloría y la Unidad de Restitución de Tierras, e incluso con un experto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Buchely organiza sus conclusiones en una división por escalas de la burocracia dedicada a la atención a las víctimas. La primera escala consiste en la “tecnocracia de la paz”, ubicada principalmente en Bogotá. Esta burocracia académica se centra en el despojo de la tierra como principal problema en Colombia. A partir de este enfoque se consolida un lenguaje centrado en conceptos como reparación, restitución y garantías de no repetición. La segunda escala se refiere a las entidades encargadas de construir los indicadores de rendimiento basados en los lineamientos de la tecnocracia de la paz: la Contraloría General de la República y la Unidad de Restitución de Tierras. Aquí es importante aclarar que Buchely presenta los indicadores como “una herramienta de gobernanza que produce la realidad al mismo tiempo que la regula”²⁰ desde la perspectiva de los *Science and Technology Studies* (STS). De esta manera, las dos primeras escalas construyen una serie de indicadores de rendimiento centrados en la atención a víctimas desde una perspectiva de reparación asociada con la tierra.

Finalmente, la tercera escala es la que más le interesa a la investigadora: las burocracias de base. A través de la metodología etnográfica, Buchely logra captar las críticas que los burócratas de base de Cali hacen a los indicadores diseñados por la tecnocracia de la paz. En últimas, las críticas se fundamentan en una narrativa diferente del conflicto. Para la burocracia de base, encargada de atender día a día a las víctimas, el conflicto no está en el campo sino en la ciudad; la reparación no pasa por la tierra sino por garantizar necesidades básicas para vivir; los sujetos de reparación no son víctimas sino pobres. Así, los indicadores, en tanto tecnologías de gobierno, son una herramienta para legitimar una visión particular del conflicto armado en Colombia y no, como se muestran públicamente, meros instrumentos de gestión pública eficiente, neutral y objetiva.

La gestión pública ha logrado construir nuevas categorías a partir del neoliberalismo. Tal es el caso de nueva gerencia pública, en la cual el burócrata es un medio para hacer felices a los clientes a partir de la eficiencia, la tercerización y la desestatalización de lo público²¹. Desde esta perspectiva neoliberal, la gobernanza ha estado acompañada por la incursión de nuevas tecnologías, como es el caso de indicadores y programas estatales automatizados. En este sentido, ambos capítulos evidencian la disrupción que generan estas nuevas tecnologías en la relación de la ciudadanía con el aparato estatal. En el caso de Jaramillo, su investigación presenta la separación física cada vez mayor entre funcionarios y beneficiarias de MFA a partir de una búsqueda por una mayor objetividad y racionalidad del sistema.

20 Ibíd, 257.

21 Jaramillo Sierra y Buchely Ibarra, «La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo», 15.

Por otro lado, Buchely presenta los indicadores como espacio de lucha de las burocracias callejeras por desafiar la visión hegemónica del conflicto armado construida por la tecnocracia bogotana.

D. RESISTENCIAS DESDE LA PERIFERIA

Finalmente, la cuarta parte del libro gira en torno a los esfuerzos de resistencia desde la periferia hacia el centro. Colombia es un país significativamente centralizado a nivel administrativo. La burocracia, entonces, materializa dicha centralización desde una jerarquía fuertemente marcada de las instituciones centrales, ubicadas en Bogotá, sobre las entidades regionales y locales. Los últimos dos capítulos abordan dicha tensión entre centro y periferia en clave de resistencia. En este sentido, ambos textos buscan entender los espacios burocráticos en los que se desarrolla una confrontación con el poder central en Colombia.

El séptimo capítulo del libro estudia la aplicación local de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) como una negociación entre los funcionarios de base de la Personería Municipal de Cali y los ciudadanos que quieren ser reconocidos como víctimas del conflicto²². Allí, Gabriela Recalde, autora también del sexto capítulo, realiza una observación participante y la complementa con entrevistas semiestructuradas a funcionarios de la Personería. Así, la investigadora logró presenciar más de ochenta declaraciones, una audiencia pública de rendición de cuentas, almuerzos del equipo de trabajo y oraciones como terapia psicosocial.

A partir de esta experiencia, Recalde identifica la tensión que perciben los funcionarios de base con la Unidad de Víctimas como superior jerárquico lejano. Los funcionarios de base consideran que la Unidad de Víctimas es para “víctimas virtuales”, ya que nunca experimenta el contacto con víctimas reales que ellos atienden constantemente. Además, los funcionarios de base, encargados de caracterizar al declarante y recibirle su declaración, consideran que tienen más información para determinar quién es víctima del conflicto que la Subdirección de Registro de la Unidad de Víctimas. Sin embargo, el andamiaje burocrático establece que ellos sólo están encargados de diligenciar el Formulario Único de Declaración y enviarlo a la Subdirección junto con la declaración para que sea esta dependencia la que decida si registra o no a la persona como víctima en el Registro Único de Víctimas.

Frente a esta situación, los funcionarios de base desafían a la Unidad de Víctimas al enviarles declara-

22 Gabriela Recalde Castañeda, «En lo que esté a mi alcance les ayudo». Los funcionarios de base y las víctimas en el proceso de declaración para la inscripción en el Registro Único de Víctimas del conflicto armado.», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 173-216, <https://doi.org/10.15425/2017.216>.

ciones de personas que podrían no ser víctimas directas del conflicto, pero que tienen necesidades básicas insatisfechas. De esta manera, las víctimas sienten mayor afinidad por ciertos funcionarios que les ofrecen una forma de acceder a la asistencia que el estado no ha brindado o ha brindado de forma insuficiente. Sin embargo, la dificultad de este ejercicio de resistencia está en la estigmatización de las víctimas como sujetos dependientes y en la imposición de cargas laborales excesivas a los funcionarios que cuentan con pocos recursos.

El capítulo octavo de la compilación fue escrito por la antropóloga Silvana Pellegrino²³. La investigadora analiza la forma en que se cumple el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional sobre protección a pueblos indígenas en riesgo por el conflicto armado. Para realizar este análisis, Pellegrino realiza una observación participante a partir de una posición privilegiada: una pasantía en la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y, después, una colaboración con el pueblo Wiwa en la Sierra Nevada de Santa Marta. Lo anterior lo complementa con una entrevista semiestructurada al magistrado auxiliar que elaboró el Auto 004 de 2009, con el fin de comprender sus expectativas. De esta manera, Pellegrino logra triangular las perspectivas que rodean este documento: la autoridad que lo emitió, la entidad que recibió ordenes, y las comunidades que se busca proteger.

Este capítulo toca un elemento central de la literatura: la agencia de los objetos. El Auto 004, entendido como un documento, genera a su vez la creación de otros dos documentos: el informe elaborado por el Gobierno para la Corte y el documento de diagnóstico presentado por los indígenas wiwa. No obstante, el magistrado auxiliar que ideó el Auto no anticipó su plasticidad interpretativa. Por un lado, el Gobierno recurrió a la estrategia de “ocultar mostrando”²⁴ para convencer a la Corte que había cumplido sus ordenes a partir de bloques de derechos y cifras de gasto público. Por el otro, los indígenas aprovecharon para visibilizar sus demandas históricas frente al estado colombiano, corriendo el riesgo de quitar el foco del incumplimiento puntual de las ordenes de la Corte. Así, el Auto 004 actúa como un mediador en la distribución de recursos y creación de identidades por parte del derecho.

Esta última parte del libro es una muestra clara de la burocracia como campo de disputa por el poder. Los dos capítulos mencionados exponen ejercicios de resistencia desde la periferia hacia el centro. Sin embargo, la diferencia entre ambos reside en que un ejercicio de resistencia se desarrolla *desde* la burocracia misma y otro se construye *fuera* de la institucionalidad. El texto de Recalde evidencia una tensión entre burocracias de base en Cali y la tecnocracia para la paz de Bogotá. En este sentido,

23 Silvana Valentina Pellegrino Velásquez, «El papel de la respuesta y la respuesta como papel: etnografía al papeleo de una orden judicial», en *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. (Ediciones Uniandes, 2019), 217-50, <https://doi.org/10.15425/2017.217>.

24 *Ibíd.*, 230.

los funcionarios de la Personería de Cali tienen una narrativa de protectores frente a la población caleña que acude a ellos en busca de asistencia. En contraste, la investigación de Pellegrino muestra la resistencia indígena frente al incumplimiento de las ordenes de la Corte Constitucional por parte del Gobierno. Finalmente, es interesante notar que la perspectiva antropológica aborda la resistencia desde afuera, mientras que la jurídica se concentra en el adentro institucional.

III. DISCUSIÓN SOBRE TRAYECTORIAS DE INVESTIGACIÓN

Para terminar esta reseña, quisiera ahora enfocarme en cuatro puntos que considero que fueron abordados en el libro de manera exploratoria. Algunos de ellos tienen un desarrollo más extenso que otros en esta compilación. No obstante, creo que estos cuatro temas invitan a involucrarse en una llamativa interacción académica. En este sentido, creo que el libro permite evidenciar una agenda de investigación para futuros ejercicios académicos tanto desde la antropología como desde el derecho.

A. DISCRECIONALIDAD

El primer asunto que se encuentra en la mayoría de los capítulos es una mención a la discrecionalidad que tienen (o construyen) los funcionarios burocráticos en su cotidianidad laboral. En el ámbito de los funcionarios públicos, la discrecionalidad ha sido considerada “como un espacio o ámbito de decisión no regulado o sólo parcialmente regulado por el derecho, que el ordenamiento, y en concreto el legislador, ha otorgado a la administración”²⁵. Con esto en mente, la discrecionalidad podría entenderse como un recurso que tienen las burocracias para ejercer sus funciones. Esta concepción de burocracia implica problematizar la visión sacralizada del principio de legalidad desde una perspectiva liberal y, por el contrario, explorar la maleabilidad de las normas en la cotidianidad del estado²⁶.

Una de las virtudes del libro es su sensibilidad por los razonamientos o motivaciones de los funcionarios en el ejercicio cotidiano de sus funciones. Este interés por las intenciones o preocupaciones burocráticas permite abordar la discrecionalidad como un margen de actuación. Por ejemplo, en el capítulo sexto (Casa de Justicia de Ciudad Bolívar), Abadía y Recalde catalogan como discrecional el hecho de que Sonia active su red de contactos burocráticos para ayudar a que las usuarias reciban una atención más pronta y efectiva. Del mismo modo, en el capítulo séptimo (“En lo que esté a mi alcance les ayudo”), Recalde afirma que el proceso de producción de identidad víctima-funcionario está mediado por la discrecionalidad burocrática. Un tercer ejemplo está en el capítulo octavo (El

25 Reynaldo Mora Mora, «El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública», *Justicia juris* 8, n.º 1 (22 de agosto de 2014): 92, <https://doi.org/10.15665/rj.v8i1.255>.

26 Lina Fernanda Buchely Ibarra, *Activismo burocrático: la construcción cotidiana del principio de legalidad*, Primera edición, Colección Estudios CIJUS (Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, 2015).

papel de la respuesta), en el que Pellegrino propone la existencia de una discrecionalidad burocrática en el uso de números. Al dejar de mostrar algunas cifras, las entidades públicas ocultan la agencia de sus funcionarios en la presentación de los resultados de su gestión.

Aunque considero como positiva esta aproximación del libro a la discrecionalidad burocrática, creo que este concepto merece un lugar más central en próximas investigaciones. El interés por la construcción del estado está acompañado por un acercamiento a los sujetos que están encargados de dicha tarea: los funcionarios. Sin embargo, creo que la discrecionalidad permite entender las limitaciones que el principio de legalidad les impone y las formas creativas que estas personas elaboran para eludirlo o, al menos, matizarlo. Además, creo que profundizar en esta línea permite romper con la dicotomía teoría-práctica, la cual ha ignorado la construcción dialógica entre regulación y aplicación de la ley. Así, la discrecionalidad resulta útil analíticamente en tanto reconoce los límites formales de la función pública y las modificaciones que construyen los funcionarios desde su agencia.

Los estudios sobre la discrecionalidad burocrática tienen una importante agenda de investigación todavía pendiente por elaborar. Los trabajos de investigación en dicha línea pueden fomentar diálogos productivos con los estudios socio-jurídicos, los cuales podrían nutrirse de una mayor atención a las trayectorias e historias de vida de los sujetos que interactúan con la legalidad. De esta manera, la conexión entre discrecionalidad y funcionarios públicos puede dar luces a las revitalizadas preguntas sobre la construcción del estado en Colombia y la eficacia simbólica del derecho en la realidad social²⁷.

B. ESCENARIOS JUDICIALES NO CONSTITUCIONALIZADOS

El segundo punto que quisiera resaltar es el vacío que existe en la literatura frente a escenarios judiciales opacados por la constitucionalización de años recientes. Es innegable el protagonismo que ha tenido la Corte Constitucional en la promoción de una profunda transformación socio-jurídica en Colombia a través de mecanismos como la acción de tutela o el control abstracto de constitucionalidad. Tal ha sido la magnitud de esta transformación que actualmente se habla incluso de la constitucionalización del derecho privado²⁸ y del derecho administrativo²⁹. No obstante, la atención que se le ha prestado a esta constitucionalización de ciertos escenarios ha dejado de lado otros foros judiciales, como es el

27 Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, 1. ed, Colección de derecho (Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Uniandes : Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1993).

28 Juan Jacobo Calderón Villegas, *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Tercera edición, Biblioteca jurídica uniandina (Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario : Universidad de los Andes : Temis, 2017).

29 Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, eds., *La constitucionalización del derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Primera edición (Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014).

caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la justicia penal militar.

La primera parte del libro aborda las dinámicas que forman funcionarios en las burocracias judiciales de Cali. Este problema de investigación me resulta particularmente sugestivo debido al cambio de foco hacia despachos judiciales distintos a las altas cortes situadas en Bogotá. Sin embargo, ambos están enfocados en la jurisdicción ordinaria y abordan constantemente los asuntos de constitucionalización del derecho. Tal es el caso del segundo capítulo (La autoridad puesta en duda), en donde Solano expone la rivalidad entre quienes se identifican con la constitucionalización del debido proceso que ha propuesto la Corte Constitucional y quienes defienden la visión tradicional del derecho procesal anclada en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El tercer capítulo (La “Ñaña” del Juez) también estudia las burocracias judiciales pero desde una visión más antropológica de los equipos de trabajo y su cotidianidad. No obstante, este trabajo estudia un despacho de la jurisdicción ordinaria (la cual incluye los asuntos laborales) al igual que el segundo capítulo.

La inclusión de estos dos capítulos dedicados a las burocracias judiciales es un aporte significativo de la compilación tanto al campo jurídico como al antropológico. Sin embargo, no hay que desconocer que la jurisdicción ordinaria, al igual que la jurisdicción constitucional, han sido las protagonistas de la mayoría de estudios y debates académicos. Lo anterior implica que existe un vacío sustancial en el estudio de escenarios judiciales que han sido opacados por la constitucionalización del derecho. Un ejemplo puntual es el Consejo de Estado, tribunal superior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A pesar de que se han presentado fenómenos como el choque de trenes entre el Consejo y la Corte Constitucional, la relevancia del primero en estudios socio-jurídicos ha sido significativamente menor que la de la segunda. Incluso podría profundizarse este argumento al pensar en la poca relevancia académica que tienen las jurisdicciones especiales que operan en Colombia.

Es indiscutible que el interés por las decisiones judiciales ha aumentado en tiempos recientes. No es sorpresa, entonces, el auge que ha tenido la judicialización de la política como fenómeno analítico. Paradójicamente, los estudios jurídicos no han participado como se esperaría en esta literatura. Los estudios sobre políticas judiciales, también conocidos como *judicial politics*, han sido impulsados principalmente por las ciencias sociales, con un protagonismo importante de la ciencia política³⁰. Así las cosas, los trabajos de investigación que estudien escenarios judiciales más diversos podrán participar en un diálogo interdisciplinar que, además de incluir al derecho y a la antropología, podría vincular a otras ciencias sociales como la ciencia política. También podría pensarse en un diálogo entre metodologías, teniendo en cuenta la importancia de los métodos cuantitativos de investigación para los estudios de *judicial politics*, en contraste con la naturaleza cualitativa de la etnografía y los

30 Lee Epstein y Jack Knight, *The choices justices make* (Washington, D.C: CQ Press, 1998).

acercamientos socio-jurídicos más comunes.

C. SUJETOS DE ESTUDIO CON PODER

El tercer tema que considero como parte de esa agenda de investigación es la consolidación de los funcionarios con poder como sujetos de estudio etnográfico. En el capítulo introductorio de la compilación, Jaramillo y Buchely mencionan como “movida analítica concreta” de la antropología del estado el interés por la figura del burócrata en tanto poderoso y extraño³¹. Al respecto, las autoras sugieren que lo novedoso de interesarse por el burócrata es su inconsistencia con la otredad, asociada con sujetos vulnerables, subalternos o indios (entendido como caricatura del centro de estudio y reflexión antropológica). En ese sentido, la antropología, acostumbrada a formar investigadores desde el centro para investigar la periferia, encontró una novedosa agenda en el estudio de sujetos con poder.

Si bien es cierto que este libro está dedicado a presentar etnografías burocráticas, en las que se estudia a funcionarios con poder, considero que esta “movida analítica” puede profundizarse aún más. En la compilación se puede evidenciar el interés por acceder a funcionarios con poder en lugares como tribunales judiciales³², organismos de control³³, ministerios³⁴ y entidades para la atención a víctimas³⁵. En particular, Solano hace un esfuerzo por acceder a magistrados y magistrados auxiliares de la jurisdicción laboral de Cali. Lo anterior no es fácil si se tiene en cuenta que continúan en una carrera burocrática por escalar y acceder a puestos más altos en la jerarquía judicial. No obstante, esta aproximación al ejercicio del poder desde la burocracia apenas ha abordado la superficie del estado.

Ahora bien, acceder a contextos de poder supone una serie de obstáculos metodológicos importantes desde la perspectiva etnográfica. La realización de una etnografía depende del consentimiento del sujeto observado, quien termina compartiendo con el etnógrafo su cotidianidad y su percepción de la misma. En este sentido, la idea de realizar una etnografía con sujetos poderosos es particularmente complicada en cuanto al acceso a dicha cotidianidad. Por ejemplo, convencer a una senadora, a un general o a una ministra de presenciar su rutina de trabajo es ciertamente improbable, a no ser que se cuente con una relación previa. Por lo tanto, creo que esta es una dificultad metodológica que se presenta como un reto sugestivo para futuros estudios antropológicos y jurídicos frente a la con-

31 Jaramillo Sierra y Buchely Ibarra, «La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo», 14.

32 Solano Gómez, «La autoridad puesta en duda. El cambio social en la jurisdicción laboral en Cali».

33 Buchely Ibarra, «Laberintos y despojos».

34 Pellegrino Velásquez, «El papel de la respuesta y la respuesta como papel».

35 Recalde Castañeda, «En lo que esté a mi alcance les ayudo». Los funcionarios de base y las víctimas en el proceso de declaración para la inscripción en el Registro Único de Víctimas del conflicto armado».

strucción del estado. Así como los funcionarios identifican los límites del principio de legalidad y encuentran alternativas creativas para matizarlo, las investigaciones etnográficas también deberían estar en capacidad de proponer formas de superar la confidencialidad y el secretismo de quienes ostentan grandes cantidades de poder en Colombia.

Un vacío importante en la literatura colombiana es el estudio etnográfico del ejercicio subjetivo del poder desde la función pública. En línea con el punto de la discrecionalidad, el ejercicio del poder suele ocultar la agencia de las personas que ejercen cargos públicos. Si consideramos el derecho como una herramienta de mantenimiento del *statu quo*, la producción jurídica se devela entonces como una actividad que permite la concentración de poder. En este sentido, los estudios sobre derecho y sociedad podrían nutrirse de investigaciones sobre sujetos con poder desde una perspectiva etnográfica. Podría tratarse de una renovación de perspectivas críticas impulsadas por un interés en quienes mantienen el *statu quo* desde la institucionalidad jurídica a partir de sus decisiones cotidianas.

D. DESNATURALIZAR LA REALIDAD: ¿CRÍTICA O LEGITIMACIÓN?

Para terminar, quisiera mencionar un último asunto que me dejó una sensación ambigua al leer este libro. Según Jaramillo y Buchely, “[l]a etnografía, entonces, es una buena herramienta para desnaturalizar la realidad que el derecho construye como unívoca, objetiva y neutral”³⁶. De esta manera, como el mismo título del capítulo introductorio sugiere, la etnografía se presenta como una herramienta crítica para el estudio del derecho. No obstante, hilando esta idea con la sección anterior dedicada al estudio de sujetos con poder, la capacidad crítica de la etnografía es un asunto que todavía no termino de asimilar.

La compilación presenta diferentes capítulos en los que se utiliza la metodología etnográfica para analizar la construcción cotidiana del estado en Colombia. Uno de los textos que más enfatiza su orientación crítica es el capítulo octavo (El papel de la respuesta). Allí, Pellegrino aprovecha su observación participante en el Ministerio del Interior para evidenciar la estrategia que aplican los funcionarios al desconocer las ordenes de la Corte Constitucional a través de la estrategia de “ocultar mostrando”. Otro texto que asume una posición crítica es el capítulo cuarto (Excavando paisajes legales). Pérez argumenta que la narrativa de la arqueología jurídica es una reificación de los documentos jurídicos para investirlos de poder y convertirlos en fétiches. Sin embargo, los demás capítulos, a pesar de retratar situaciones asociadas a poblaciones vulnerables o grupos históricamente discriminados, no profundizan en una perspectiva crítica sobre relaciones de poder. En cambio, se centran en la perspectiva de los sujetos observados, cuidándose de emitir juicios de valor que afecten su observación.

³⁶ Jaramillo Sierra y Buchely Ibarra, «La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo», 14.

Esta sensación agridulce me recordó una reflexión de Bruno Latour sobre la metodología etnográfica. En el prefacio de la traducción al inglés de su libro “La fábrica del derecho”, Latour aborda una de las críticas más fuertes que le hicieron a su etnografía del Consejo de Estado francés. Según Latour, los críticos sociales del derecho consideraron que su retrato del Consejo de Estado era demasiado favorable, por no decir complaciente³⁷. Al respecto, Latour responde que, en efecto, su libro es libre de crítica. Su justificación es que la comprensión de este “elusivo pasaje de la ley” requería un enfoque metodológico como este. Así las cosas, la etnografía pareciera estar condicionada al deseo de retratar una realidad desde una perspectiva subjetiva. De esta forma, no me queda clara la línea entre desnaturalizar la realidad y legitimarla. Creo, entonces, que hace falta explorar experiencias previas de la etnografía como metodología para criticar la sociedad contemporánea³⁸.

La crítica del derecho ha sido una agenda sumamente fértil en la investigación socio-jurídica. La influencia de los Critical Legal Studies (CLS) todavía es palpable en diferentes contextos latinoamericanos y Colombia no es la excepción. Sin embargo, considero que una línea de investigación crítica a partir de la antropología jurídica es una tarea todavía pendiente en la academia. La proliferación de estudios que abordan el análisis distributivo del derecho o su eficacia simbólica siguen siendo tremendamente relevantes. No obstante, creo que incluir en la mezcla una dosis de métodos cualitativos de investigación, como es el caso de la etnografía, podrían generar una dinamización de esta perspectiva. A fin de cuentas, entender las dinámicas que mantienen el *statu quo* a partir del ordenamiento jurídico requiere tener en cuenta a aquellas personas que día a día construyen el estado en Colombia.

IV. CONCLUSIONES

El libro *Etnografías burocráticas: una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia* es una compilación de investigaciones refrescante tanto para la antropología como para el derecho. Entre sus aportes está la demostración de la utilidad metodológica de la etnografía, el panorama de la literatura sobre etnografías jurídicas, y la importancia del diálogo interdisciplinar entre el derecho y la antropología. Además, los nueve capítulos son aportes que pretenden empezar a llenar un vacío en los estudios sobre burocracias en Colombia.

Sentarse a leer este libro, además de ser enriquecedor académicamente, es bastante entretenido. Los capítulos abordan temas muy diversos que suelen ser poco conocidos. La lectura permite sentir el

37 Bruno Latour, *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat* (Cambridge, UK ; Malden, MA: Polity, 2010), xi.

38 D. Soyini Madison, *Critical ethnography: method, ethics, and performance*, Third Edition (Los Angeles: SAGE, 2020).

caos normativo de la construcción en Bogotá y después transportarse a la Sierra Nevada de Santa Marta con los indígenas wiwa. Los capítulos también logran retratar visualmente espacios, como la congestionada sala de espera de la Casa de Justicia de Ciudad Bolívar, el despacho del Juzgado 16 Civil Municipal de Cali repleto de expedientes, o el edificio de cinco pisos con paredes verdes decoloradas por el sol que alberga la Territorial Valle para Atención a Víctimas. Además, lo que más me sorprendió es la capacidad de los textos para transmitir las emociones que sienten los burócratas al hacer su trabajo. La lectura del libro permite sentir la envidia de los funcionarios del Juzgado 16 Civil Municipal de Cali al reconocer que Elizabeth es la “favorita” del Juez, la impotencia de Sonia al intentar darles soluciones a los usuarios en Ciudad Bolívar o la esperanza de los indígenas wiwa al redactar su documento diagnóstico para presentarle a la Corte Constitucional.

Más allá de la utilidad metodológica que supone combinar la antropología con el derecho, creo que el aporte principal del libro reside en su pretensión cartográfica. La diversidad de los capítulos le ofrece al lector una serie de guías metodológicas y sustanciales para desarrollar una investigación. Asimismo, las compiladoras se encargan de completar este ejercicio con un mapa de cinco genealogías sobre etnografías jurídicas que presentan como espacios por explorar. Lo que más me gustó de esta lectura fue sentir lo interesante, entretenido y valioso que resulta el ejercicio de hacer una etnografía. En otras palabras, lo que sentí al terminar de leer este libro fue un impulso por pensar, diseñar y realizar una etnografía burocrática.

BIBLIOGRAFÍA

Abello Castiblanco, Claudia Jimena. «La ñaña del juez: una etnografía de la burocracia judicial caleña». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 73-95. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.^a ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.212>.

Buchely Ibarra, Lina Fernanda. *Activismo burocrático: la construcción cotidiana del principio de legalidad*. Primera edición. Colección Estudios CIJUS. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes, 2015.

———. «Laberintos y despojos: análisis del proceso de implementación de la ley de víctimas y restitución de tierras desde una perspectiva multiescalar de las burocracias estatales». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 253-77. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.^a ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.218>.

Calderón Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Tercera edición. Biblioteca jurídica uniandina. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario : Universidad de los Andes : Temis, 2017.

Centeno, Miguel Ángel, y Leandro Wolfson. «Redefiniendo la tecnocracia». *Desarrollo Económico* 37, n.º 146 (julio de 1997): 215. <https://doi.org/10.2307/3467196>.

Epstein, Lee, y Jack Knight. *The choices justices make*. Washington, D.C: CQ Press, 1998.

García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. 1. ed. Colección de derecho. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Uniandes : Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1993.

Goffman, Erving. *The Presentation of Self in Everyday Life*. Woodstock, N.Y.: Overlook Press, 1973.

Jaramillo Salazar, Pablo. «Tecnologías de la asistencia: poder y encantamiento en Más Familias en Acción (Colombia)». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 131-46. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.214>.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, y Lina Fernanda Buchely Ibarra, eds. *Etnografías burocráticas: una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*. 1. ed. Colección Estudios Cijus. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Uniandes : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2019.

———. «La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 9-33. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.210>.

Latour, Bruno. *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge, UK ; Malden, MA: Polity, 2010.

Lipsky, Michael. *Street Level Bureaucracy Dilemmas of the Individual in Public Services*, 1980.

Madison, D. Soyini. *Critical ethnography: method, ethics, and performance*. Third Edition. Los Angeles: SAGE, 2020.

Montaña Plata, Alberto, y Andrés Fernando Ospina Garzón, eds. *La constitucionalización del derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Mora Mora, Reynaldo. «El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública». *Justicia juris* 8, n.º 1 (22 de agosto de 2014): 92. <https://doi.org/10.15665/rj.v8i1.255>.

Pellegrino Velásquez, Silvana Valentina. «El papel de la respuesta y la respuesta como papel: etnografía al papeleo de una orden judicial». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 217-50. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.217>.

Pérez Fernández, Federico. «Excavando paisajes legales: la arqueología jurídica y la política de la materialidad burocrática en Bogotá, Colombia». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 99-128. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.213>.

Recalde Castañeda, Gabriela. «“En lo que esté a mi alcance les ayudo”. Los funcionarios de base y las víctimas en el proceso de declaración para la inscripción en el Registro Único de Víctimas del conflicto armado.» En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 173-216. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.216>.

Recalde Castañeda, Gabriela, y Gloria Marcela Abadía Cubillos. «Un día en la Casa de Justicia: atención en violencia doméstica y la banalización del estado a través de la justicia». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 149-72. editado por Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.ª ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.215>.

Solano Gómez, Diana Marcela. «La autoridad puesta en duda. El cambio social en la jurisdicción laboral en Cali». En *Etnografías Burocráticas- Una nueva mirada a la construcción del estado en Colombia*, de Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Lina Fernanda Buchely Ibarra, 37-69. editado por

Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1.^a ed. Ediciones Uniandes, 2019. <https://doi.org/10.15425/2017.211>.