



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 29 – Enero 2019 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Libre determinación y consulta como bases de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, por Enrique Francisco Pasillas Pineda.
- 32 *El reto de la ordenación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en un universo digital*, por María del Pilar Zapatero Martín.
- 70 *La protección de los derechos humanos en la justicia penal internacional: el caso particular del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en relación con el derecho consuetudinario y el principio de legalidad*, por Elena Carolina Díaz Galán y Harold Bertot Triana.
- 101 *La promoción del fenómeno religioso y el derecho a la libertad de conciencia en Colombia*, por Sergio Alejandro Fernández Parra.
- 125 *El humanismo poscolonial como crítica del etnonacionalismo*, por Ismael Cortés Gómez.
- 140 *El Estado hegeliano: la auctoritas y la potestas de la época moderna*, por José Morales Fabero.

Participan en este número

Enrique Francisco Pasillas Pineda, Licenciado en Derecho. Máster Oficial en Estudios Jurídicos Avanzados y Derecho Ambiental por la Universidad Internacional de Andalucía (Sede La Rábida). Doctorando en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Granada, (España).

María del Pilar Zapatero Martín, Candidata a Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Elena Carolina Díaz Galán, Profesora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, (España).

Harold Bertot Triana, Profesor de Derecho Internacional Público. Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos de la Universidad de la Habana, (Cuba).

Sergio Alejandro Fernández Parra, Abogado y especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Ismael Cortés Gómez, Doctor de la Cátedra Unesco de Filosofía para la Paz – Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz (Universitat Jaume I - Universitat d'Alacant), (España).

José Morales Fabero, Diplomado en Trabajo Social, Licenciado en Humanidades, Máster en Filosofía Teórica y Práctica por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Candidato a Doctor en Filosofía por la UNED, (España).

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:
universitas.revista@gmail.com

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

Universitas

Director

Rafael de Asís Roig

Subdirector

Ángel Llamas

Secretaria

María Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís Roig | María del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga | Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O. Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L. Serra, L. Lloredo Alix, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

LIBRE DETERMINACIÓN Y CONSULTA COMO BASES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS^δ

FREE DETERMINATION AND CONSULTATION AS A BASIS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE INDIGENOUS PEOPLES IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Enrique Francisco Pasillas Pineda*

RESUMEN: El presente trabajo propone un análisis de los Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas a la luz de los principios internacionales de Libre Determinación y Consulta Previa, como fundantes y presupuestos de los demás Derechos Indígenas. En consecuencia, se analiza el Derecho a la Consulta, que debe ser previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada y con el propósito de obtener el consentimiento; donde todas éstas características son el estándar mínimo a cumplir en cualquier proyecto de desarrollo o extractivo que afecte a pueblos indígenas, por lo que debe explicarse también el extractivismo al interior de los estados-nación y su *modus operandi*, que ha provocado la existencia de zonas y regiones que algunos autores caracterizan como "estados de excepción" o estados de "de no-derecho". El análisis propuesto contrasta las bases mencionadas con algunos casos llevados ante la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya última fase descansa en las sentencias de la Corte IDH.

ABSTRACT: *The present paper proposes an analysis of the Fundamental Rights of the indigenous peoples in the light of the international principles of Free Determination and Prior Consultation, as foundations and budgets of the other Indigenous Rights. Consequently, the Right to Consultation is analyzed, which must be prior, free, informed, in good faith, culturally appropriate and with the purpose of obtaining consent; where all these characteristics are the minimum standard to be met in any development or extractive project that affects indigenous peoples, so the extractivism within the nation-states and its modus operandi, which has caused the existence of zones and regions that some authors characterize as "states of exception" or "non-right" states. The proposed analysis contrasts the mentioned basis with some cases brought before the jurisdiction of the Inter-American Human Rights System, whose last phase rests on the judgments of the Inter-American Court.*

PALABRAS CLAVE: Libre determinación y consulta, Derechos Fundamentales, pueblos indígenas

KEYWORDS: *Free determination and consultation, Fundamental Rights, indigenous peoples*

Fecha de recepción: 04/06/2018

Fecha de aceptación: 28/06/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4508>

^δ Realizado con ayuda de la Asociación Universitaria Internacional de Posgrado (AUIP) en el marco del programa del Doctorado Iberoamericano en Estudios de Paz y Conflictos (AUIP-Universidad de Granada).

* Licenciado en Derecho. Máster Oficial en Estudios Jurídicos Avanzados y Derecho Ambiental. Universidad Internacional de Andalucía. Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada. E-mail: efpasillas@correo.ugr.es

1.- INTRODUCCIÓN

Siendo el tema de los Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas de un interés creciente en el ámbito internacional, se ha ido poniendo de relevancia de modo tal vez muy gradual en los últimos tiempos. Así, la producción normativa y jurisprudencial es relativamente reciente si se la compara con otros asuntos de Derechos Humanos, a pesar de la innegable y profunda deuda histórica de las sociedades iberoamericanas y también otras muchas del mundo, guardan para con los pueblos indígenas. Paradójicamente, el asunto de los derechos de los pueblos indígenas está volviendo a ganar importancia en el contexto de la creciente presión por la tierra y los territorios indígenas,¹ causado por un modelo de “desarrollo” basado en la explotación ilimitada de los recursos naturales que algunos autores han caracterizado como un paso del llamado “consenso de Washington” al “consenso de las *commodities*”² basado en la exportación de bienes primarios a gran escala. Entre ellos, hidrocarburos (gas y petróleo), metales y minerales (cobre, oro, plata, estaño, bauxita, zinc, entre otros), productos alimenticios (maíz, soja y trigo) y biocombustibles. Este modelo, que busca sobre todo el crecimiento del producto interno bruto, se presenta frecuentemente como una oportunidad para las comunidades indígenas marginadas³, pero sus resultados – como lo

¹ Para una explicación sobre tierras y territorios indígenas en el caso mexicano, véase a F.LÓPEZ, *La Tierra no se Vende*, México, 2015. Sumariamente, sostiene dicho autor que uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, inherentes a su calidad de pueblos, es el de la libre determinación, expresado como autonomía. Y como parte esencial de la misma, el control de su territorio y los recursos naturales en ellos existentes. Por eso las referencias a la protección de las tierras indígenas, la conservación y el mejoramiento de su hábitat, así como el acceso y disfrute preferente de los recursos naturales de lugares que habitan y ocupan, debe entenderse en su conjunto como derecho al territorio; más cuando la legislación internacional expresa claramente que el concepto de tierra abarca el de territorio y que éste cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.

² “Utilizamos aquí el concepto de *commodities* en un sentido amplio, como productos indiferenciados cuyos precios se fijan internacionalmente y no requieren tecnología avanzada para su fabricación” (y/o extracción y procesamiento). M. SVAMPA. “Extractivismo en América Latina y el consenso de las *commodities*”, 2013. *El Correo de la Diáspora Latinoamericana*. Recuperado en: <http://www.elcorreo.eu.org/Extractivismo-en-America-Latina-y-el-Consenso-de-los-Commodities?lang=fr>

³ “En el caso concreto de México, no se puede pretender que las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas fueron ‘descubiertas’ recientemente – al contrario, el relato de Bartolomé de las Casas: *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* puede ser considerado como el primer informe sobre violaciones de derechos humanos en América Latina, si no en el mundo. Además, en el contexto mexicano, el descontento de los pueblos indígenas sobre la manera en que los gobernantes les trataron y les tratan todavía, ha sido un factor clave en dos eventos de fundamental importancia histórica, la lucha por la Independencia (1810-21) y la Revolución mexicana 1910-20”. (J. JARAB, *Los Derechos de los Pueblos*

demuestran los indicadores socio-económicos – parecen beneficiar sobre todo al sector empresarial, tanto nacional como transnacional y no a las comunidades indígenas⁴ -que también suelen ser no indígenas-, en las que se asientan territorialmente los proyectos extractivos. De manera que cumpliéndose en 2017 el décimo aniversario de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, bien cabe preguntarse: ¿Por qué se necesitó una Declaración específica para estos grupos de personas, si en el estado nación de tradición occidental y monista somos todos libres e iguales? Hay que decirlo con claridad: es sobre todo, por la pesada y larga herencia de opresión de los pueblos indígenas en gran parte del mundo, herencia de un colonialismo racista y depredador que hasta la fecha se traduce en menosprecio y discriminación por parte de las poblaciones dominantes – y en serias dificultades para las comunidades indígenas tanto a nivel individual como colectivo, para hacer valer los derechos que las constituciones de unos estados nación más o menos democráticos y los instrumentos internacionales más o menos a su alcance, garantizan en teoría para ellos. Así es como la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no fue una nueva Convención, Tratado o Protocolo, razón por la que no fue tampoco objeto de una ratificación formal, y desde una perspectiva del positivismo jurídico bien puede ser visto como “no vinculante”. Sin embargo, hay al menos tres razones fundamentales por las cuales los derechos contenidos en esta Declaración no pueden ser negados, y los pueblos y comunidades indígenas la pueden considerar como una herramienta importante en la defensa de sus Derechos Fundamentales. A saber: todos los derechos contenidos en dicha Declaración son respaldados por otros instrumentos internacionales ya ratificados por muchos estados. Segundo, porque la Declaración citada es legítima, en la medida de haber involucrado en su redacción a una gran cantidad de actores indígenas en muchos países. Tercero, porque es un instrumento con

Indígenas en México, una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas. Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México, Primera edición. 2018. Pág. 9.

⁴ “La precariedad en las condiciones de vida de la población indígena en México ha sido sistemáticamente mayor a la de la población no indígena. Aun en la actualidad, las personas que pertenecen a los pueblos originarios concentran diversos rasgos de desventaja social que las mantienen en una situación de rezago respecto al resto de la población. Muestra de ello es que, de acuerdo con las estimaciones de pobreza elaboradas por el CONEVAL, el porcentaje de población hablante de lengua indígena (HLI) que se encontraba en pobreza en 2012 casi duplicaba al de la población no hablante (76.8 frente a 43.0 por ciento) y el de población en pobreza extrema fue casi cinco veces mayor (38.0 frente a 7.9 por ciento)”. CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL (CONEVAL). *La Pobreza en la población Indígena de México 2012*. Pág. 12. Recuperado en: https://www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/INFORMES_Y_PUBLICACIONES_PDF/POBREZA_POBLACION_INDIGENA_2012.pdf

largo apoyo en la comunidad internacional que fue ratificado por más de 144 países.⁵

2.- LIBRE DETERMINACIÓN

Dice la citada Declaración de la ONU en su artículo 3: "*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*".⁶ Además, los artículos siguientes también hacen referencia al ejercicio de este Derecho, que es importante porque resulta ser la clave para el acceso a todos los demás, desde los económicos, sociales y culturales, hasta los civiles y políticos. Así, la Libre Determinación es el mejor camino posible para que los problemas que enfrentan los pueblos indígenas se resuelvan desde su propia visión. En este contexto, cabe mencionar la institucionalidad que debería sustentar la actuación de las diferentes autoridades públicas para respaldar el Derecho Fundamental a la libre determinación, donde en el terreno de los hechos, se precisa con urgencia de un cambio de paradigma (pasar del asistencialismo y paternalismo con pretensiones explícitas u ocultas de asimilación, al empoderamiento de estos pueblos); donde el cambio indudablemente pasa también por la manera en que las autoridades se interrelacionan con los pueblos y comunidades indígenas.⁷ Dos de los principios rectores de la Declaración de la ONU se traducen en la prohibición de la asimilación forzada y el Derecho a decidir sobre el propio modelo de desarrollo – y esto debería de ser el punto de partida en la relación entre las autoridades y los titulares de Derechos indígenas. Luego, ya en el discurso público, la relación entre autoridades y comunidades indígenas, o el asunto de desarrollo de estas comunidades, sigue frecuentemente identificada únicamente con la consulta o mejor dicho, con el consentimiento. Desde luego que la consulta puede y debe ser una herramienta para asegurar la implementación de los demás Derechos y también que puede ser un instrumento de empoderamiento de las comunidades indígenas.

Por lo demás, habrá de reconocerse también que dicha herramienta tiene sus limitaciones, puesto que a la vez puede ser un instrumento externo de división al interior de los pueblos y

⁵ Aprobada en la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre 2007 con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Además, 6 de los países que inicialmente no apoyaron la Declaración, han revertido su posición después. (J. JARAB, Óp. Cit. Pág. 14)

⁶ *Declaración de la ONU sobre los Derechos de Los Pueblos indígenas*. Asamblea General, 13 de septiembre de 2007. En:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

⁷ Véase al respecto la idea de dialogo intercultural que parte de una realidad multicultural a: E. PASILLAS, "Multiculturalismo y derechos fundamentales en el noroeste de México: El caso de la tribu yaqui", *Estudios Fronterizos*, Vol.19, 2018. Recuperada en: <http://ref.uabc.mx/ojs/index.php/ref/article/view/658>

comunidades indígenas, pues no se puede endosar todos los problemas estructurales, muchas veces de décadas, a un proceso de consulta específico; pero sobre todo: a que existen realidades cada vez más complejas, donde los asuntos que afectan a los pueblos indígenas necesitan respuestas integrales. Entonces, se estima que no es factible ni deseable reducir toda relación entre autoridades y pueblos y comunidades indígenas a la mera consulta, cuando además ésta puede ser vista como un proceso instrumental o utilitario, con el objeto de validar o aprobar lo que ya se decidió, a veces a miles de kilómetros de distancia, desde un esquema “de desarrollo” vertical y autoritario que suele caracterizar a la tecnocracia.⁸ Entonces, hay que insistir en que no se puede obtener el consentimiento – que es el objetivo final de los procesos de consulta – sin que esta sea verdaderamente previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe. Ya esto parece ser un desafío, porque la gran mayoría de consultas realizadas hasta hoy no fueron ni son previas. Además, había fuertes dificultades también con los demás criterios fijados por el estándar internacional de la consulta, a saber: libre, informada, de buena fe, y con el objeto de obtener el consentimiento. Es así como las autoridades tienen que reconocer y abordar también el nivel estructural que persiste y complica el contexto en el cual se desarrollan las consultas, que tiene mucho que ver con las desigualdades de poder político y económico, la secular marginación de las comunidades indígenas, así como la falta de un acceso practicable y cierto al conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, a la poca participación política, las dificultades de acceso a la justicia, así como los riesgos vitales de las y los defensores de derechos indígenas. Las respuestas a estos desafíos no deben venir de arriba hacia abajo, sino que deben construirse desde y con los pueblos y comunidades indígenas, o aún mejor, basadas en sus propuestas y mediante un diálogo intercultural. Además, si se trata del Derecho a decidir sobre su propio modelo de desarrollo, hay que destacar que no solo aplica a los pueblos y comunidades indígenas; sino que es un principio general que ha sido reconocido ampliamente en el sistema internacional y que tiene una metodología específica basada en un “enfoque de derechos humanos en el desarrollo”⁹.

⁸ “...crecimiento típico de la receta neoliberal: gran concentración de riqueza, total dependencia de los precios internacionales de los productos de exportación, autoritarismo creciente ante el conflicto social causado por la extensión de la frontera agrícola y por los megaproyectos. Aumento desordenado de la corrupción, empezando por la élite política de gobierno.” “Es sabido que el neoliberalismo, al agravar las desigualdades sociales y generar privilegios injustos, solo se puede mantener por la vía autoritaria y represiva.” B. SANTOS, “Las venas abiertas de Nicaragua”, *La Jornada*, 7 de julio de 2018.

⁹ Se trata de una metodología que tiene dos principios claves: primero, que en todo los proyectos, los titulares de derechos y los supuestos beneficiarios tienen que ser involucrados en el diseño del proyecto pasando por su implementación hasta su monitoreo y evaluación. Segundo, que en todos los proyectos de desarrollo hay que

Dicho de manera sencilla: en el siglo XXI aprendimos que el desarrollo no se puede reducir a indicadores unidimensionales a nivel país y sobre todo, no en indicadores únicamente económicos como el PIB.¹⁰ Así, los índices de desarrollo humano, que incluyen calidad de acceso a la salud y educación, el medioambiente, alimentación, reflejan de mejor manera la realidad, a diferencia de los indicadores puramente económicos. Finalmente, en esta alusión de actores clave, merece la pena mencionar otro actor fundamental: las empresas. Esto porque en una interpretación estricta de Derechos Humanos basada en las personas como entes físicos individuales como titulares de derechos y obligaciones, no existe un instrumento vinculatorio para las personas jurídicas, pero sin embargo existen los principios rectores de la ONU sobre empresas y Derechos Humanos¹¹ que cada día pueden ser mejor conocidos y aceptados por las empresas, hasta el punto de que son muy pocas las que declaran públicamente que no quieren respetar principios como el de la "debida diligencia", por ejemplo.¹² En suma, es importante destacar que se precisa de un diálogo intercultural que pase por intentar entender y escuchar al

asegurar un enfoque particular a los grupos que están en mayor situación de vulnerabilidad para evitar que los que tradicionalmente han sido marginados se queden fuera de los beneficios o sufran consecuencias negativas (J. JARAB, Op. Cit. Pág.19).

¹⁰ Dicho enfoque refleja una nueva postura en la agenda general de Naciones Unidas: la llamada "Agenda 2030" con sus objetivos de desarrollo sostenible, que no es sólo ambiental; porque si bien es importante reducir la tala de bosques y evitar la deforestación masiva o la contaminación del medioambiente y el agua, también tenemos que dar importancia a la sustentabilidad social, cultural y otras. La agenda 2030 también representa un cambio comparado con los llamados "objetivos de desarrollo del milenio", los cuales se enfocaron en mejorar algunos indicadores –sin duda importantes– a nivel de un país entero, con un esquema de países de ingreso medio o países en desarrollo. Pero el nuevo enfoque es mucho más orientado hacia desigualdades dentro de las propias sociedades, con el lema central de "no dejar a nadie atrás", lo que refleja el reconocimiento de que el desarrollo tradicional frecuentemente tuvo efectos positivos en lo macro, pero fortaleció brechas y desigualdades dentro de las sociedades (J. JARAB, Cit. PP.: 19-26).

¹¹ ONU, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Nueva York y Ginebra. 2011. Recuperado en:

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

¹² Además, cabe mencionar el reciente Comentario General número 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que explica que los países, para cumplir con sus deberes de respetar, proteger y promover estos derechos, tienen la obligación de regular el actuar del sector empresarial. (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. Aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 61^{er} período de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017). Recuperado en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

otro. Partiendo de allí, realizar propuestas en común como parte de la construcción de una política de estado transversal, unas relaciones institucionales y un marco jurídico plural. Ciertamente que aparecen muchas dificultades en un diálogo intercultural, pero aun así parece el mejor camino a seguir, pues cualquiera de las otras alternativas disponibles para instituciones políticas y pueblos indígenas, parecen inaceptables en un estado democrático, social y de Derecho.

3.- CONSULTA PREVIA

Es dudoso que los avances en las normas y políticas nacionales e internacionales hayan avanzado al mismo ritmo que las realidades que enfrentan día a día los pueblos indígenas para exigir y garantizar derechos tan importantes como su auto-adscrición, el Derecho a sus territorios, o el Derecho a su cultura y conocimientos ancestrales. Y es ahí donde el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado adquiere especial relevancia, pues si bien no es un derecho sustantivo, sí que es una herramienta que lleva a la implementación de los otros derechos que sí son sustantivos, pues genera un equilibrio en el diálogo y la participación que permite identificar riesgos y generar acuerdos, pero sólo cuando es implementada de forma adecuada. Así, la consulta previa, libre, informada y de buena fe no puede ser tenida como un trámite más para cumplir con una lista, ni tampoco es un mero requisito formal. La consulta representa entonces una oportunidad real de generar confianza entre partes con contextos e intereses diferentes para buscar un escenario en el que todas puedan verse beneficiadas.¹³ Así, el hecho de que los gobiernos de los diferentes estados-nación reconozcan y asuman la obligación de realizar estas consultas es un paso positivo y merece reconocimiento. Sin embargo, aún existen muchos aspectos urgentes para fortalecer el adecuado cumplimiento de este Derecho Fundamental de los pueblos indígenas que resulta además en una clara obligación internacional para los Estados-nación.¹⁴

¹³ Y resulta oportuna, dado el considerable aumento de consultas en todo el mundo, como las que se ha visto obligado a asumir el gobierno mexicano desde la paradigmática aunque inefectiva sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2013, relacionada con el caso de la tribu Yaqui. Véase respecto de éste caso a: E. PASILLAS, Op. cit.

¹⁴ "Nuestra Oficina ha documentado varios procesos de consulta en la república, incluyendo proyectos que afectaron los derechos de las comunidades zapotecas en Oaxaca, de los yaquis en Sonora, de los otomís en el Estado de México y Puebla, o de los mayas en Campeche, entre otros. Algunos de estos casos cuentan con recomendaciones de la CNDH o con sentencias judiciales, incluso de la SCJN. En todos estos procesos, hemos podido documentar ciertos patrones de dificultades relacionadas al dialogo intercultural y los problemas que pueden surgir o exacerbarse si los procesos no son implementados de manera correcta. Sobre todo, hemos observado los efectos de contraproducentes que resultan si la consulta padece de buena fe o tiene como efecto u objetivo dividir a las comunidades

De manera que es necesario evitar que la consulta se usada de mala fe, y que en lugar de abrir espacios de diálogo intercultural, resulte en la fragmentación de las comunidades indígenas y en un aumento de conflictos entre y adentro de ellas. Así, la correcta interpretación y aplicación de los diferentes criterios relacionados a los procesos de consulta es fundamental y los requisitos de que sean previas, libres, informadas, culturalmente adecuada y de buena fe, responden a una lógica que podrá analizarse a detalle en los siguientes apartados.

4.- DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LOS (MEGA) PROYECTOS DE INVERSIÓN

Sería imposible en 2018 hablar del Derecho a la Consulta y a la Libre Determinación de los pueblos indígenas sin explicar un fenómeno que les es consustancial, la denominada "acumulación por desposesión", término acuñado por David Harvey,¹⁵ así como del extractivismo y el nuevo extractivismo. Y al respecto podemos decir primeramente, que es muy sencillo comprobar con un poco de curiosidad que el término "extractivismo" ni siquiera aparece consignando en los diccionarios de lengua española. En el de la Real Academia, por ejemplo (www.rae.es). Entonces, para intentar delimitar el término, podríamos decir de una manera simple que el extractivismo, en este marco general del "sistema-mundo" caracterizado por Wallerstein¹⁶ entre otros autores relevantes, es "una forma de organizar la economía de un país, basada en una alta dependencia de la extracción intensiva (en grandes volúmenes) de recursos naturales con muy bajo procesamiento y valor agregado y destinado para su venta en el exterior (exportación); donde los rasgos principales de esas economías son su alta dependencia de la extracción de recursos naturales, por una parte. Y por otra, la extracción en grandes volúmenes de esos mismos recursos con un bajo procesamiento o escaso valor agregado; donde son extraídos para su venta en el exterior. En otras palabras, el término "extractivismo" proviene básicamente de la palabra "extracción": es decir, que se elimina un recurso natural (minerales, petróleo, agricultura, ganadería, silvicultura, etc.) de su entorno y luego se vende en el mercado, por lo general internacional. El Estado, a través del cobro de tarifas o del denominado "efecto de goteo" hacia abajo, se sirve de este modelo a pesar de que no necesariamente es el actor

indígenas o de exacerbar las divisiones y tensiones internas que ya existen" (J. JARAB, J. Cit. Pág. 26).

¹⁵ D. HARVEY, *El "nuevo" Imperialismo: Acumulación por desposesión*. CLACSO, Buenos Aires. 2005.

¹⁶ I. WALLERSTEIN, "El Multiculturalismo y sus Dilemas", *La Jornada*, 22 de febrero de 2015. Recuperado en:

<http://www.jornada.unam.mx/2015/02/22/opinion/022a1mun>

central en la actividad extractiva. Así, la economía de un país parece ganar, porque el Producto Interno Bruto (PIB) crece gradualmente a medida que los recursos no explotados anteriormente se integran en el proceso económico.¹⁷ Pero en un sentido más amplio, usaremos el término "extractivismo" cuando nos refiramos a aquellas actividades que remueven grandes volúmenes de recursos naturales que no son procesados (o que lo son limitadamente), sobre todo para la exportación. Aunque como se ha mencionado, el extractivismo no se limita solo a los minerales o al petróleo. Hay también extractivismo urbano, agrario, forestal e inclusive pesquero.¹⁸ Entonces, los países del denominado "sur global", estarían atrapados en una lógica perversa conocida en la literatura especializada como "la paradoja de la abundancia" o "la maldición de los recursos naturales". En este contexto, incluso hay quienes han asumido esta condición (casi) como un "fatalismo tropical": Por ejemplo, El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha defendido en varios de sus reportes anuales y estudios técnicos "un determinismo geográfico del desarrollo: los países más ricos en recursos naturales y más cercanos al Ecuador (a la línea ecuatorial) están condenados a ser más atrasados y pobres. (...) Es decir que a juicio del BID, cuanto más rico sea un país en recursos naturales, más lento será su desarrollo y mayores sus desigualdades internas".¹⁹ Dice también Harvey en su libro *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism* (Traducido como: *Diecisiete contradicciones y el fin del Capitalismo*) a propósito del capitalismo que sostiene el modelo extractivo -en el que se fincan los denominados proyectos o mega proyectos de inversión, también llamados de "desarrollo"-; que el capitalismo requiere de crisis constantes para su expansión.²⁰ Son las mismas crisis del sistema-mundo observadas por autores como Wallerstein²¹, Martínez Alier²² o Toledo,²³ donde dichos autores sostienen que "otros mundos" se están construyendo de manera silenciosa y a contracorriente del modelo dominante centro-periferia y norte-sur (V.TOLEDO, Óp. Cit).

¹⁷ S.TREMBLAY y G. HÉBERT, "¿Que es el extractivismo?" Martes 26 de febrero. 2013. Recuperado en:

<http://www.conflictosmineros.net/contenidos/18-internacional/12097-ique-es-extractivismo>.

¹⁸ A. ACOSTA, "Extractivismo y neoextractivismo, dos caras de la misma maldición", 25 de julio. 2012. Recuperado en: ecoportal.net.

¹⁹ E. GUDYNAS, "La ecología política de la crisis global y los límites del capitalismo benévolo", *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, No 36, Quito, enero de 2010.

²⁰ D.HARVEY, *Seventeen contradictions and the end of capitalism*, Oxford University Press. 2015.

²¹ I. WALLERSTEIN, Op.cit.

²² J. MARTÍNEZ "Ecología política del extractivismo y justicia socio-ambiental". *Interdisciplina*, Vol. 3, No.7, UNAM. 2015. Recuperado en:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/52384>

²³ V. TOLEDO, "Las Luchas Territoriales anuncian un cambio civilizatorio", *La Jornada*, 11 de octubre, 2016. Recuperado en:

<http://www.jornada.unam.mx/2016/10/11/opinion/018a1pol>

Así, tal vez sea necesario reconocer que el mundo se enfrenta a una crisis que se ha dado en llamar "civilizatoria" y que, por tanto, se requiere también de una transformación en ese sentido. Ello supone un cuestionamiento radical y profundo de los principales paradigmas de la civilización moderna e industrial: el petróleo, el capitalismo, la ciencia, los partidos políticos, los bancos, las corporaciones multinacionales o la democracia representativa, así como el Derecho o el consumismo, pues como lo interpreta Boaventura de Sousa Santos: "No hay solución moderna a la crisis de la modernidad".²⁴ Vivimos entonces una época caracterizada por la mayor concentración de la riqueza en la historia de la humanidad, donde visto *a priori*, el capital ha terminado por devorar al Estado.²⁵ Así, los límites entre el poder económico y el poder político se han diluido o se han borrado, y se ha vuelto entonces virtualmente imposible, mediante la vía denominada "democrática", lograr los cambios profundos que el mundo requiere con urgencia y que deben superar dos limitantes supremas de la modernidad: la mayor desigualdad social de que se tenga memoria y el mayor desequilibrio ambiental a escala planetaria, donde los ciudadanos y su poder van quedando anulados. La sociedad moderna ha perdido entonces su capacidad de auto transformación y con ello sus mecanismos de autocorrección, en un contexto donde la crisis ambiental amenaza ya la supervivencia humana en el futuro inmediato. Así, la democracia representativa, principal aportación de occidente al mundo, se ha convertido en mera ilusión (V.TOLEDO, Óp. Cit).

Por otra parte, hay que señalar que la idea detrás de los términos "acumulación por desposesión" fue acuñada originariamente por David Harvey en: "*The new imperialism*", traducido al español como: "*El "Nuevo" Imperialismo: Acumulación por Desposesión*"²⁶. Donde Harvey lo expresa claramente desde sus primeras páginas: "*all about oil*", o casi. Después, en tiempos de crisis del capitalismo global y su impacto sobre el precio de las materias primas o *commodities* que exportan casi todos los países de la región Iberoamericana, basados en la exportación de bienes primarios a gran escala:

²⁴ V. TOLEDO. "La Crisis de la Modernidad requiere una transformación civilizatoria". *Memoria, Revista de Crítica Militante*. 2018. Recuperado en: <https://revistamemoria.mx/?p=1239>

²⁵ "El neoliberalismo no es sólo una política económica. No se reduce a un programa de gobierno. El neoliberalismo es una manera de entender el mundo, una ideología en el sentido más fuerte de la palabra, que implica una idea de la sociedad, una idea del derecho, de la educación, de los vínculos humanos, una idea de la justicia y de la naturaleza humana. No es obra de un individuo ni de un pequeño grupo, sino de varias generaciones de filósofos, economistas, sociólogos, juristas..." F. ESCALANTE, *Historia Mínima del Neoliberalismo*, El Colegio de México, México. 2015.

²⁶ D. HARVEY, *El "nuevo" imperialismo: acumulación por desposesión*, *El Nuevo desafío Imperial*, Pantich Leo y Colin Leys (ed.) Merlin Press-CLACSO. Buenos Aires. 2005.

hidrocarburos (gas y petróleo), metales y minerales (cobre, oro, plata, estaño, bauxita, zinc, entre otros), productos alimenticios (maíz, soja y trigo) y biocombustibles (M. SVAMPA, Óp. Cit.). Se puede apreciar que es una de las causas que explican el aceleramiento y agudización del fenómeno extractivo en el sistema-mundo descrito por I. Wallerstein, Toledo, o J. Martínez,²⁷ Dicho lo anterior, es sin embargo pertinente aclarar que hasta donde podemos conocer por el momento, ni el extractivismo ni el capitalismo son en sí mismos modelos económicos, pues aunque discutir la índole precisa del capitalismo²⁸ escapa al marco y pretensiones del presente trabajo, digamos por lo pronto que el extractivismo, al parecer inherente al capitalismo, no parece ser es en sí mismo un modelo, sino un entramado que desde luego comprende a la economía, pero que va más allá de ella, a las leyes y al Derecho, por ejemplo, donde bien podría ser considerado como la "fase más actual" del capitalismo. Por lo tanto, no podemos aislar lo económico del conjunto del "sistema-mundo". Esto importa resaltarlo porque la derrota cultural que implicó la caída del 'socialismo real' parece conducirnos a que en nuestros días la economía y las leyes del mercado lo son todo. Sabemos, claro, que la economía es una parte muy importante del sistema en el que vivimos, aunque el sistema en que vivimos no puede ni debe reducirse solo a su variante económica.²⁹ Por otra parte, el análisis del extractivismo ha sido y sigue siendo hasta hoy parcial e incompleto. Hace 10 o 15 años, cuando se relanzó el tema de las llamadas *commodities* a propósito de la minería en algunos países del sur global; la agricultura en otros, dejamos de lado la comprensión de que el extractivismo también es

²⁷ Se supone entonces que no solo estalla y se extiende la "crisis", sino además se da una utilización capitalista de ella, misma que es protagonizada por las transnacionales y el capital financiero. Por ejemplo, para rebajar el coste global de la fuerza de trabajo mediante las devaluaciones, la inflación o la eliminación evidente o soterrada de los salarios indirectos (jubilaciones, pensiones, indemnizaciones, subsidios, sanidad y educación públicas), donde se requiere de la existencia de gobiernos afines, autoritarios o bien de abiertas dictaduras para imponer a las poblaciones las medidas de "ajuste" necesarias. Hablamos aquí en general de democracias opacas y de gobiernos corruptos, proclives a hacer "el trabajo sucio" que precisan las multinacionales para profundizar el modelo extractivo.

²⁸ Recientemente, Thomas Piketty, profesor de la *Ecole de Economie* de Paris, en su libro *El Capital en el Siglo XXI*, señala que cada nación ha respondido de modo distinto a una ley básica del capitalismo, según la cual el rendimiento del capital suele ser superior a veces por mucho, a la tasa de crecimiento de la economía, lo que puede estimular la concentración de la riqueza y agravar la inequidad. Queda entonces en los estados decidir, colectivamente, se entiende, como influir en esa fuerza polarizante. Por eso propone introducir políticas fiscales de alcance global que moderen la disparidad, como los impuestos a la riqueza y a las herencias, imponer impuestos progresivos sobre el ingreso, y reducción del déficit y la deuda pública, para modernizar un estado que se necesita que sea social, pero en ningún caso desmantelarlo, como se ha venido haciendo durante las últimas décadas.

²⁹ R. ZIBECHI, *Latiendo Resistencia. Mundos Nuevos y Guerras de Despojo*, El Rebozo, Oaxaca, 2015.

un fenómeno global, no solo del sur del sistema-mundo. Urbano, por ejemplo, porque la especulación inmobiliaria urbana es parte integral también del modelo extractivista. Observando las lógicas y consecuencias de la llamada “mega” minería, de la expansión del monocultivo sojero, o la explotación de hidrocarburos no convencionales, se han encontrado rasgos de gran similitud respecto de los efectos y características de la especulación inmobiliaria y la entrega del suelo urbano para la expansión del capital en contextos urbanos.³⁰³¹ Todo lo anterior lo hemos ido comprendiendo progresivamente, viendo los efectos ambientales o en la salud de las poblaciones a nivel de enfermedades crónicas o degenerativas como posibles efectos del modelo.³² Entonces, el extractivismo incluye, como dice Harvey: una “acumulación por desposesión” (es decir, acumulación por despojo o por robo. Pero aún esto es insuficiente, ya que no se reduce a ello). En el caso concreto de Iberoamérica o de México; si se atiende a los más de 300 conflictos socio-ambientales documentados (V.TOLEDO, Óp. Cit.). Coincidente con los hallazgos de Martínez Alier (J. MARTÍNEZ, Op. Cit.) O al informe que un grupo de Organizaciones de la Sociedad Civil en México presentaron el 2016 a una relatoría especial de la ONU que revisa la responsabilidad de las empresas en el respeto a los Derechos Humanos de las personas.³³³⁴

³⁰ Véase por ejemplo a: A.VÁSQUEZ (comp) *Extractivismo urbano, Debates para una construcción Colectiva de Ciudades*, Colección Chico Mendes, Editorial El Colectivo, CEAPI-Fundación Rosa de Luxemburgo, Buenos Aires. 2017.

³¹ “A partir de este análisis, el concepto de extractivismo urbano busca aportar una nueva matriz explicativa que permita atender a las problemáticas y las desigualdades en las ciudades, no como elementos aislados entre sí, sino como resultado de un modelo de desarrollo determinado y planificado. Pensar los contextos urbanos en la clave del extractivismo nos abre la posibilidad de ver fenómenos concretos bajo la lupa del modelo económico-financiero que las sostiene y produce” (VIALE, E. en A.VÁSQUEZ, Op. Cit. Pág. 9).

³² Obesidad, diabetes o cáncer en niveles desconocidos hasta ahora en amplios sectores de la población mundial, así como un dilatado catálogo de enfermedades crónicas y crónico-degenerativas. Por ejemplo, la población de México está en el segundo lugar mundial en obesidad, y en el primero en diabetes melitus según informaciones de la OMS (“Emite la Secretaría de Salud emergencia epidemiológica por diabetes mellitus y obesidad”, <https://www.gob.mx/salud/prensa/emite-la-secretaria-de-salud-emergencia-epidemiologica-por-diabetes-mellitus-y-obesidad>).

³³ Compendio de información presentado por la coalición de organizaciones de la Sociedad Civil al grupo de Trabajo sobre empresas y Derechos Humanos de la ONU. En dicho informe, llamado *México: empresas y derechos humanos*, (2016) se indica que los principales abusos cometidos son la falta de consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada, de debida diligencia y la proliferación de megaproyectos. Empresas trasnacionales y nacionales han quedado evidenciadas ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por violación a los derechos humanos. El listado de más de 60 casos de violaciones a derechos humanos fue presentado por organizaciones no gubernamentales ante un equipo de trabajo del organismo internacional. Las compañías denunciadas son 99: 41 nacionales, 50 extranjeras y 8 del Estado. Entre las involucradas destacan Grupo Higa, Tradeco, Bimbo, Cargill, Monsanto, Grupo Carso y Grupo Bal, Grupo México, Minera Excellon, Petróleos Mexicanos. El documento, elaborado por más de 100 organizaciones

5.- CARACTERÍSTICAS DEL EXTRACTIVISMO

Entonces, es cierto que los conflictos socio-ambientales y las luchas por el territorio que caracterizan Toledo o Martínez Alier³⁵ se multiplicaron en los pasados años por todo el mundo como una reacción popular ante la devastación producida por los megaproyectos extractivos, impulsados por una más o menos clara complicidad (dependiendo del caso en concreto) entre gobiernos corruptos encaramados al Estado, por una parte, y el capital transnacional por la otra. Minería, petróleo, o agroindustria. Pero también turismo, especulación inmobiliaria y urbana, proyectos carreteros, de represas o biotecnológicos.³⁶ Y no solo eso. Sabemos por diversos estudios antropológicos que el territorio es una de las dimensiones individuales donde se reproduce el ser y la memoria biocultural del hombre. Así, la defensa del territorio que hacen muchos pueblos originarios amenazados es una defensa de la vida. Y también es una lucha epistemológica para autores como Santos³⁷ u ontológica, como lo es para Escobar, que coincide en señalar, como los zapatistas, que son luchas por un mundo donde quepan muchos

defensoras de Derechos Humanos (entre ellas Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, Fundar Centro de Análisis e Investigación, Greenpeace México, Oxfam México, Serapaz, Servicios y Asesoría para la Paz, Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), precisa los casos de abuso a derechos humanos relacionados con actividades empresariales como minería (11), cementeras (5), hidrocarburos (9); producción de energía mediante hidroeléctricas y parques eólicos y abusos relacionados con los consumidores (8); construcción de infraestructura (9); agroindustria y forestal (6); maquilas y corredores industriales (4), y otras ramas productivas (8), además de empresas de seguridad privada, exportación ilegal de arma a zonas de conflicto y turismo.

³⁴ Movimientos sociales que son actores relevantes, como los indígenas zapatistas de Chiapas, sostienen que hay guerras de distinta índole en curso en el sistema-mundo, y que en algunos lugares se ve claramente: en Siria o en Irak, por ejemplo, pero también en Asia y África. Son guerras, sostienen, contra los pueblos para apropiarse de los bienes comunes, los más importantes: la energía, el agua y la tierra. En otros lugares, las guerras no son abiertas, sino soterradas, como bien puede ser el patrón de despojo de recursos naturales que sufren los pueblos indígenas de las Américas.

³⁵ UNIVERSITAT AUTONOMA DE BARCELONA UAB. *El EJAtlas alcanza los 2.100 casos de estudio de conflictos socio-ambientales en el mundo, 2017*. El Atlas de Justicia Ambiental (EJAtlas), creado por investigadores del Institut de Ciència i Tecnologia Ambientals de la Universitat Autònoma de Barcelona (ICTA-UAB), cuenta en la actualidad con 2.100 casos de conflictos ecológico-distributivos identificados en distintas partes del mundo. 3 de mayo. 2017. Recuperado en: <http://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-ejatlans-alcanza-los-2-100-casos-de-estudio-de-conflictos-socio-ambientales-en-el-mundo-1345667994339.html?noticiaid=1345724763308>.

³⁶ El caso de la soya transgénica es paradigmático, como describe Vandana Shiva en el libro *Cosecha Robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, 2003.

³⁷ B. SANTOS, *Pensar el Estado y La Sociedad: Desafíos actuales*, CLACSO coediciones, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2009.

mundos, es decir, por un "pluriverso".³⁸ Pero es que además estos conflictos socio-ambientales cimbran el fundamento mismo del Estado-Nación, al introducir de nuevo al debate público el tema de la diversidad de los espacios.³⁹ Así, el fin último de las resistencias territoriales es re-significar los Derechos a la vida, a la autogestión, la autosuficiencia y la autodefensa.⁴⁰ Justamente por eso se atisban en los años que vendrán movimientos autonómicos regionales de matriz indígena y/o territorial en muchos países de Iberoamérica y probablemente también del resto del mundo. De manera que en el futuro tal vez veamos naciones y países basados en la identidad cultural. A esta nueva realidad que llega Toledo la llama: "cambio civilizatorio"⁴¹. Decimos entonces que hay que considerar al extractivismo como una (re) actualización modificada del hecho histórico denominado "colonial". En esta dirección, se apuntan unas características del extractivismo,⁴² que sistematizan diversos aportes: en primer lugar, el extractivismo implica una ocupación del territorio, ya sea a través de los monocultivos, la minería, los hidrocarburos, la agroindustria, la pesca, o la especulación inmobiliaria. En segundo lugar, se establecen relaciones asimétricas entre las grandes empresas, sean nacionales o transnacionales y los Estados y las poblaciones, donde generalmente los estados y gobiernos no toman

³⁸ A. ESCOBAR, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", *Revista de Antropología Social*, 2012, 21 pp. 23-62, 2012. Recuperado en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/viewFile/40049/38479>

³⁹ "Todo país en es menor o mayor medida un complejo mosaico de comarcas, regiones, municipios, merindades, provincias, cada uno con un contenido biocultural e identitario donde los pueblos poseen maneras particulares de pensar y de actuar, que resisten la uniformación en tiempos donde al parecer la modernidad intenta aplastar toda manifestación de alteridad o diferencia. Por ello los Estados-nación son entidades de existencia insostenible" (V.TOLEDO, Op. Cit.).

⁴⁰ Como lo demuestra significativamente en el caso mexicano, el municipio indígena purépecha de Cherán-Keri, en la meseta de Michoacán. Véase al respecto a: P. PÉREZ, "El Gobierno autónomo Indígena de Cherán-K éri, Michoacán, México." *Revista FAIA - Programa Internacional de Investigación en Filosofía Intercultural de la Liberación*. ISSN 2250-6810. Buenos Aires. En: <http://editorialabiertafaia.com/pifilojs/index.php/FAIA/article/view/129>

⁴¹ V.TOLEDO, Op. Cit.

⁴² "En la última década el extractivismo se ha profundizado en prácticamente todos los países de la región, incluyendo y destacándose a la vez los países donde en el mismo tiempo se han encumbrado regímenes progresistas, pretendidamente anti-neoliberales. Las exportaciones de Bolivia, Argentina, Brasil, Venezuela, Perú y Ecuador, entre otros, se concentran en pocos recursos naturales que al cabo del ciclo de precios elevados, cada uno de los países tendrá severos problemas económicos incluyendo la dependencia fiscal a los ingresos de los recursos exportados y el encarecimiento de bienes importados, lo cual es una condición típica de los países mono productores de materias primas. Los problemas económicos, sociales, políticos y ambientales de esta escalada extractivista se multiplican y en muchos casos son de tal envergadura que no pueden ser atendidos por los gobiernos que sólo atinan a reprimir y criminalizar a la oposición social, tildándola de eco-terrorista" (M. GANDARILLAS, (Ed). *Extractivismo, nuevos contextos de dominación y resistencia*. CEDIB. Cochabamba, Bolivia. Pág. 5, 2014).

posiciones imparciales, como se aprecia claramente en muchos de los casos emblemáticos. En tercer lugar, el extractivismo ha generado economías de “enclave”,⁴³ como en el periodo colonial: economías de enclave que son como islas que no derraman riqueza sobre la población, sino que son economías autárquicas o volcadas hacia el exterior. En cuarto lugar, se registran intervenciones políticas de las empresas, en no pocas ocasiones aliadas con los gobiernos para modificar leyes, cooptar actores sociales y políticos, instituciones y Estados por entero. En quinto lugar, el extractivismo es un ataque frontal a la agricultura familiar porque destruye la soberanía alimentaria^{44,45} de los pueblos⁴⁶ al atacar directamente a la

⁴³ En economía, se dice que un “enclave” evoca una actividad económica desligada de los otros sectores productivos. Los enclaves tradicionales generalmente eran enclaves mineros, petroleros, plantaciones tropicales o agro-negocios, productores de materias primas, intensivos en insumos importados para la posterior elaboración y consumo de materias primas en países capitalistas desarrollados. En cambio, en el “nuevo” modelo de enclave presentado, lo que proviene del exterior, modela su territorio de implantación. El concepto de enclave es un modo social de producción, no es aisladamente geográfico ni económico, sino económico, geográfico y social a la vez, mantiene plena actualidad pero necesita ser adaptado” (D. CADEMARTORI. *Inversión extranjera en el desarrollo de la región minera de Antofagasta (Chile): historia y perspectivas*, Edición electrónica gratuita. Pp. 21-23. 2010. Texto completo en: www.eumed.net/libros/2010b/677/)

⁴⁴ “Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico y económico a suficientes alimentos, inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos, a fin de llevar una vida activa y sana”. Esta definición le otorga una mayor fuerza a la índole multidimensional de la seguridad alimentaria e incluye “la disponibilidad de alimentos, el acceso a los alimentos, la utilización biológica de los alimentos y la estabilidad [de los otros tres elementos a lo largo del tiempo]” (FAO, 2006). La FAO había reafirmado también que “un entorno político, social y económico pacífico, estable y propicio, constituye la base fundamental que permitirá a los Estados atribuir la debida prioridad a la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza. La democracia, la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, inclusive el derecho al desarrollo, y la participación plena y equitativa de hombres y mujeres son indispensables, a fin de alcanzar la seguridad alimentaria sostenible para todos” (FAO, 1996). De acuerdo con *The Six Pillars of Food Sovereignty, developed at Nyéléni, 2007 (Food Secure Canada, 2012)*, la soberanía alimentaria descansa sobre seis pilares: 1. Se centra en alimentos para los pueblos: a) Pone la necesidad de alimentación de las personas en el centro de las políticas. b) Insiste en que la comida es algo más que una mercancía. 2. Pone en valor a los proveedores de alimentos: a) Apoya modos de vida sostenibles. b) Respeta el trabajo de todos los proveedores de alimentos. 3. Localiza los sistemas alimentarios: a) Reduce la distancia entre proveedores y consumidores de alimentos. b) Rechaza el dumping y la asistencia alimentaria inapropiada. c) Resiste la dependencia de corporaciones remotas e irresponsables. 4. Sitúa el control a nivel local: a) Lugares de control están en manos de proveedores locales de alimentos. b) Reconoce la necesidad de habitar y compartir territorios. c) Rechaza la privatización de los recursos naturales. 5. Promueve el conocimiento y las habilidades: a) Se basa en los conocimientos tradicionales. b) Utiliza la investigación para apoyar y transmitir este conocimiento a generaciones futuras. c) Rechaza las tecnologías que atentan contra los sistemas alimentarios locales. 6. Es compatible con la naturaleza: a) Maximiza las contribuciones de los

agricultura familiar.⁴⁷ La sexta característica es la militarización de los territorios. Y por último, entendemos que el extractivismo es un actor total y no solo económico, porque elige o hace elegir a los parlamentos, presidentes, gobernadores o alcaldes que más le

ecosistemas. b) mejora la capacidad de recuperación. c) Rechaza el uso intensivo de energías de monocultivo industrializado y demás métodos destructivos". G. GORDILLO, *Seguridad y Soberanía alimentarias. Documento base para discusión*. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, (FAO). 2013. Recuperado en: <http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>

⁴⁵ Por ejemplo, se sabe que México es uno de los países que mayor dependencia alimentaria tienen por lo que compran al exterior: "México es el séptimo mercado de alimentos en el mundo con un estimado de 903 mil millones de pesos al año, pero 18.3 por ciento de la población se encuentra en algún grado de carencia alimentaria y 16 por ciento está en situación de riesgo alimentario permanente." (CONEVAL, 2013); cuando paradójicamente es al mismo tiempo uno de los países con una potente agroindustria de monocultivos de exportación. Véase por ejemplo a González: "análisis de las implicaciones que ha tenido el desarrollo de la producción intensiva de frutas y hortalizas en México para el mercado mundial sobre la degradación ambiental y el deterioro de la salud de los trabajadores y de los habitantes de las áreas de cultivo. Mi tesis es que para entender en su complejidad la "insustentabilidad" de esta agricultura es necesario analizarla en la totalidad de las relaciones que establecen los actores sociales que participan en la producción, la distribución y el consumo de estas mercancías; esto es, en la cadena global de ellas." H. GONZÁLEZ, "Las redes transnacionales y las cadenas globales de mercancías: la agricultura de exportación en México", *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM* [En línea], 2|2001, Publicado el 13 enero 2006, consultado el 19 mayo 2018. URL: <http://journals.openedition.org/alhim/613>

⁴⁶ "La epidemia de sobrepeso y obesidad que asola al país es consecuencia del modelo de dependencia alimentaria, abandono del campo y entrega de las decisiones de política pública en materia de agricultura y alimentación a las llamadas "fuerzas del mercado", al "libre mercado" y, en los hechos, a los intereses externos y a los monopolios. A lo largo de tres décadas de dependencia alimentaria se ha desmantelado la capacidad del país para producir sus propios alimentos, a favor de las importaciones y de las corporaciones agroalimentarias nacionales y extranjeras, provocando una competencia desleal a los productores nacionales, una caída en la rentabilidad y un crecimiento sostenido en la pobreza, migración, deterioro del entorno natural, carestía, hambre, desnutrición, obesidad y sobrepeso. Nuestro país sufre una condición de inseguridad y vulnerabilidad alimentaria sin precedentes, que compromete seriamente la soberanía nacional y afecta gravemente nuestros derechos y la salud alimentaria de la gran mayoría de la población nacional. Importamos más del 40% de los alimentos que consumimos en el país. De no cambiar la tendencia observada desde 1982 a la fecha, de acuerdo con el Departamento de Agricultura de Estados Unidos, para el 2030 el 80% de los alimentos vendrán del exterior". Soberanía y Seguridad Alimentaria. Alianza por la Salud Alimentaria, en: <http://alianzasalud.org.mx/seguridad-alimentaria/>

⁴⁷ "En Argentina, por ejemplo, donde se ha podido medir el efecto de este fenómeno, se ha creado el colectivo "Médicos de Pueblos Fumigados", que han hecho investigaciones en La Pampa y han detectado que en los pueblos rodeados de sojales fumigados, los índices de cáncer son cuatro a siete veces superiores a la media nacional. En Yucatán, los mayas han comprobado que los cultivos transgénicos de Soja o soya afectan gravemente el ciclo vital de las abejas que producen la miel de la cual las comunidades viven" ⁴⁷ R. ZIBECHI, *Latiendo Resistencia. Mundos Nuevos y Guerras de Despojo*, El Rebozo, Oaxaca. 2015.

interesan. Es así como La empresa extractiva no es un actor solo económico, sino que es un actor político, social, cultural y por supuesto, también económico.⁴⁸ De modo que el extractivismo va de la mano de lo que el filósofo italiano Giorgio Agamben, denomina "Estado de excepción permanente".⁴⁹ La hipótesis central de Agamben es que "la declaración del estado de excepción ha sido sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica habitual de gobierno...o paradigma constitutivo del orden jurídico. El cual ya desde la Primera Guerra Mundial habría sustituido la excepcionalidad de la situación militar por la económica. Donde dicho estado de excepción constituye una tierra de nadie entre el Derecho público y el hecho político y entre el orden jurídico y la vida".⁵⁰ Entonces, allí donde se instala el modelo extractivo, las leyes y las protecciones legales a las poblaciones desaparecen. Así se aprecia claramente que dicho "Estado de excepción permanente" descrito por Agamben es parte integral del modelo extractivo.⁵¹ De manera que es necesario establecer posibles nexos y vínculos entre el "modelo" extractivo y algunas "anomalías" que se dan en los gobiernos tanto de la región Iberoamericana como de otros lugares del mundo.⁵²⁵³ Dicho de otro modo, ¿por qué los gobiernos actúan casi de la misma manera que las empresas transnacionales? ¿Por qué con demasiada frecuencia vulneran instituciones públicas o pasan por encima de ellas? es evidente entonces que estamos frente a lo que podríamos llamar una "cultura política" extractiva, que se ha ido infiltrando en todos los aspectos de las sociedades y los gobiernos. Más aún: ¿Qué relación hay entre el modelo extractivo y la gran expansión moderna del consumismo? Tal parece entonces que estamos ante una práctica

⁴⁸ R. ZIBECCHI, Op. Cit.

⁴⁹ G. AGAMBEN, "El Estado de excepción es hoy la norma", *El País*, 3 de febrero de 2004. http://elpais.com/diario/2004/02/03/cultura/1075762801_850215.html

⁵⁰ G. AGAMBEN, 2003. *Estado de Excepción, Homo Sacer, II, I*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, Argentina.

⁵¹ Quizá la particularidad y la paradoja de Iberoamérica en los últimos 10 o 15 años sea que este modelo extractivo, caracterizado por la "acumulación por despojo", ha sido encabezada en muchos casos por gobiernos de corte "progresista". Dicha particularidad, consistente en que el modelo extractivo lo encabecen los gobiernos progresistas ha sido un *shock* para los pueblos oprimidos de Iberoamérica porque no lo esperaban y porque vino acompañado de un discurso descolonizador como el *Sumaj Qamaña*, "el Buen Vivir", que en no pocos casos ha hecho lo mismo que antes, en lo que bien podríamos caracterizar como un pluralismo instrumental.

⁵² Por ejemplo, ¿qué relación hay entre extractivismo y corrupción? ¿No actúan también los llamados "gobiernos progresistas" al modo extractivo? Y dado que alguna evidencia empírica señala que la cultura extractiva ha sido asumida en todos los escalones de los aparatos estatales. ¿Qué relación hay entonces entre instituciones débiles y vulneradas, regresiones autoritarias que se creían superadas y el modelo extractivo?

⁵³ Para una visión desde El Ecuador, véase a SAGAL y HERNÁNDEZ, "Geopolítica del neoextractivismo: espacialidad estatal y clasificación de la resistencia en el sureste de Ecuador". 2016.

“nueva” del capitalismo en su etapa “financierista”, donde el extractivismo es parte destacada, pues combina ésta expansión exponencial del consumismo, con una masa de jóvenes y adultos que no tienen empleo, o tienen uno de ínfima calidad, donde parece que incluso el extractivismo promueve este tipo de empleo.⁵⁴

En suma, no parece haber alternativas al extractivismo en tanto la única salida posible sea la exportación de *commodities* para la industria extranjera. Se sigue entonces que el extractivismo es algo que no solo sucede en las minas a cielo abierto o en los cultivos de soya transgénica, sino que estamos permeados del extractivismo. Finalmente, habrá que apuntar brevemente que no se sale del extractivismo sin crisis, que puede pasar por la reconfiguración del estado-nación actual.⁵⁵ Así pues hace falta indagar sobre el papel que jugará el Derecho en dicha posible reconfiguración del Estado-nación. Reflexionar y discutir colectivamente porque el extractivismo ha infiltrado universidades, *think tanks*, partidos y sindicatos. Más aún: hoy tal parece que en muchos lugares del mundo tener un cargo

⁵⁴ Así también por ejemplo, los bonos, las “bolsas familia” o las políticas sociales asistencialistas, vienen a tapan los agujeros que el modelo extractivo implanta. En el modelo fabril los trabajadores y sus familias llegaban de las áreas rurales, comenzaban como peones a trabajar en la industria o en la construcción y a lo largo de una vida terminaban como obreros calificados y sus hijos en sus estudios secundarios y en la universidad. Era un modelo de integración y naturalmente estar en la fábrica o en el trabajo daba Derecho a la vivienda, a la educación y a la salud. Hoy en día desaparecieron todos esos Derechos y solamente hay “beneficios” que no son constitucionales. Parece ser el caso del Brasil contemporáneo, pero desde luego que no es el único. Políticas sociales como el “Plan Bolsa Familia”, que llegaba en tiempos del “lulismo” (del Presidente Lula da Silva) a 50 millones de brasileños, no era producto de una ley, sino es un beneficio que le daba el gobierno a las familias. Un beneficio tramposo, porque se ingresa en el banco todos los meses y por tener esa cuenta también se puede tener tarjeta de crédito. Entonces, las familias compran y consumen, y los gobiernos fomentan eso. Y al cabo del ciclo político del PT (Partido de los Trabajadores), esas familias estaban endeudadas, tanto que el 48% de los ingresos de las familias brasileñas eran para pagar deudas ¿Qué compraban?: televisor de plasma, motos, coches, lo que sea, estaban endeudados y no habían modificado su situación. Seguían siendo vendedores ambulantes o trabajadores precarios, pero metidos al sistema financiero y con créditos al consumo que los endeudan en condiciones muy desventajosas por años (R. ZIBECCHI, op cit.).

⁵⁵ Silvia Rivera Cusicanqui, socióloga, historiadora y activista política en las comunidades quechua y Aymara, explica que “el Estado-Nación es una camisa de fuerza para los movimientos indígenas”. Es más, sostiene: “el Estado-Nación es una camisa de fuerza para las luchas sociales” (S. RIVERA, “Etnicidad estratégica, nación y neo colonialismo en América Latina”, *Revista Alternativa* No 5. Primer semestre. 2016. Recuperado en: <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/alternativa/article/viewFile/9444/pdf>. Sostiene dicha autora que es necesario que repensemos al Estado como horizonte emancipatorio, donde reflexionar y discutir colectivamente porque, si algo nos hace falta hoy es debatir, y vaya si el extractivismo ha infiltrado universidades, partidos y sindicatos, donde hoy parece que tener un cargo público, es tener las manos libres para ‘extraer’, puesto que la corrupción es parte importante del modelo extractivo.

público, es tener las manos libres para 'extraer', puesto que la corrupción es parte muy importante del modelo extractivo.⁵⁶

Expuesto lo anterior, y para empezar a llamar a las cosas por su nombre, sería pertinente preguntarnos si los proyectos denominados "de desarrollo"⁵⁷ son ciertamente tales, porque se tiende a dar por sentado que los denominados "mega proyectos" de inversión traerán en automático el desarrollo a las regiones donde se implantan y que son expresiones individuales o aisladas, casuísticas, aunque cierta evidencia como la recogida por el *Atlas de Justicia Ambiental* de Martínez Alier en la Universidad Autónoma de Barcelona puede demostrar que no necesariamente es así. De manera que los proyectos de inversión suelen insertarse en una lógica del modelo económico y político dominante en el contexto de un sistema de apropiación privada, donde el discurso imperante preconiza que se conseguiría progreso y bienestar de manera lineal, donde dominan ideas como "productividad", "crecimiento", "competitividad" o "progreso" como los imaginarios ideales del desarrollo. Por eso en Iberoamérica y cada vez más en otras regiones del mundo, la expansión del poder privado es muy agresiva, pues los estados no limitan, sino que por el contrario, promueven y respaldan e incluso se asocian con los grandes proyectos de inversión privados.⁵⁸ México es también en eso un desafortunado caso paradigmático,⁵⁹ pues es uno de los países que ha firmado más Tratados de libre comercio en el mundo, así que las transnacionales llegan a invertir con un marco

⁵⁶ Por ejemplo, las mediciones sobre la percepción de la corrupción que realiza anualmente *Transparency International* o Transparencia Internacional, sitúan a México en el último lugar de los 34 países de la OCDE, es decir, como el más corrupto de 34. Por su parte, el Informe del *Latinobarómetro* 2016, visible en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>, concluye que: "Sin guerras, América Latina acusa violencia, corrupción y la desigualdad como los fenómenos más potentes que retienen a la democracia".

⁵⁷ "Un proyecto de desarrollo es un "proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional, para la creación o mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad de la misma, la explotación a gran escala de los recursos naturales, incluidos los recursos del subsuelo, y la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares". R. STAVENHAGEN, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 21 de enero de 2003, párrafo 6. En: S.G. RUIZ, "Consulta y Consentimiento: Caso Saramaka vs. Surinam". IIJ-UNAM. 2014.

⁵⁸ "Todos los extractivismos sudamericanos ocurren bajo regímenes políticos formalmente democráticos. Pero para imponer esos proyectos es necesario redefinir la democracia". Diálogo con Eduardo Gudynas en Radio Universidad Chile, en: <http://radio.uchile.cl/.../eduardo-gudynas-los-gobiernos-sud.../>

⁵⁹ México ha celebrado 12 Tratados de Libre Comercio con 46 países, 32 Acuerdos para la "Protección Recíproca de Inversiones" con 33 países y 9 Acuerdos de Alcance limitado. Secretaría de Economía, <http://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico>.

jurídico creado *ad-hoc* para su protección, tal es el caso concreto de las multinacionales mineras, por ejemplo.⁶⁰ Y sin embargo, esto no ha repercutido, desde 1994 en el desarrollo nacional, siendo dicha fecha en que se firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con Estados Unidos de América y Canadá, si se atiende al hecho de que más del 50% de la población mexicana vive aún en 2018 bajo la línea de pobreza según las propias estimaciones oficiales.⁶¹ Entonces, hace por lo menos 30 años se gestó el cambio del modelo de acumulación y el control y extracción de recursos naturales, lo que nos demuestra ese citado paso del llamado "Consenso de Washington" al "consenso de las *commodities*", que es el papel claramente asignado en el sistema-mundo a los países del sur global. Los países del norte desplazan la obtención de estos insumos (*commodities*) necesarios para su proceso industrial a los países del sur, así como también los costos ambientales y sociales del extractivismo. Pero tal vez debiéramos llamarle mejor "neo-extractivismo", pues se produce ahora no solo una explotación, sino una sobre-explotación de los recursos naturales al tiempo que las multinacionales se expanden hacia nuevos territorios. De modo que los privados foráneos y locales no se contentan ya con participar ampliamente en la minería y el petróleo, sino que abarcan ahora la explotación forestal, las concesiones de aguas y saneamiento, la construcción y explotación de carreteras, los agro-negocios de monocultivo, la mega inversión turística, los parques eólicos (vendidos al público como energía verde), la urbanización descontrolada, o las grandes represas; todos proyectos financiados por la gran banca internacional. Es así entonces que la expansión del modelo extractivo dominante tiende a reproducir el capital y a reinvertir el excedente, que son en suma grandes proyectos, "mega-proyectos de desarrollo" exógenos, que no resuelven ni preguntan sobre los problemas de las sociedades allá donde se implantan. De allí que sea tan difícil frenarlos aunque sean altamente nocivos y contaminantes y a pesar de que en muchos casos no cuentan con la anuencia de los pueblos y comunidades afectadas, especialmente cuando éstas son indígenas, en lo que también es calificado por algunos especialistas como un "racismo ambiental".⁶² A esto debemos

⁶⁰ En México las empresas mineras de capital extranjero y también nacional, tienen concesiones que equivalen ya al 20% del territorio del país, con un marco jurídico reformado y especialmente diseñado para facilitar su implantación a costes de operación muy bajos.

⁶¹ Según CONEVAL (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social) en México hay 53.2 millones de mexicanos con ingreso inferior a "la línea de bienestar".

⁶² La definición del concepto es enunciada por Michael K. Dorsey: "...mayor presencia de residuos contaminantes en lugares habitados por minorías no blancas; la preferencia de las industrias por desechar sus residuos cerca a estas comunidades; y la acción discriminatoria del estado al ser más estricto en cuanto a sanciones y reparaciones cuando la contaminación se produce en comunidades

añadir la intensidad temporal y territorial de las “tomas” del espacio y el territorio, pues sin banca internacional y Estado que los respalden, no hay mega-negocios posibles. Es entonces el propio Estado el que facilita el aterrizaje de estos “mega” proyectos, donde los impactos producidos desatan grandes transformaciones sociales que en muchas regiones pueden ser irreversibles, pues son dinámicas exógenas a las comunidades y a sus diferentes y diversas vocaciones, con decisiones a menudo tomadas a miles de kilómetros del teatro real de las inversiones y del asiento físico de las comunidades locales. Las decisiones de inversión en megaproyectos son generalmente vinculadas a las ideas de la demanda, tecnocráticas y centralistas y por tanto, esencialmente autoritarias. Esa es la lógica imperante y el *modus operandi* de privados y gobiernos.⁶³ Todo esto implica un serio riesgo para la propia existencia de los pueblos indígenas y de su cultura, pues se acaba con el medio ambiente sano⁶⁴, con los recursos naturales y con ello, con las lenguas originarias y la diversidad cultural de una sociedad en aras de un progreso nada claro hasta la fecha. Así es como los pueblos indígenas han desarrollado modelos alternativos de vida, por lo que siendo México un país mega-diverso en lo étnico y en lo biológico,⁶⁵ los recursos naturales hoy en disputa también tendrán que ser muy diversos. En estos casos, todos los Derechos Fundamentales protegidos por el Derecho internacional quedan vulnerados de una u otra manera. Por esos son importantes precedentes como la sentencia en el caso *Awás Tingi vs Nicaragua*, pues da al territorio una dimensión antes no concedida en lo concerniente a la supervivencia de los pueblos indígenas basada en el territorio. En esa constante tensión entre poblaciones indígenas, territorios y apropiación privada, La Corte IDH ha sentenciado, en el caso *Yake Axa*⁶⁶ por ejemplo, que en algunos casos puede ser necesario que la sociedad, a través de un Estado observante de los

blancas que en comunidad negras, hispanas o judías”, M. K. DORSEY, “Race, Poverty and Environment”, 22 *Legal Stud. F.* 501 (1998), recuperado en: heinonline.org

⁶³ Cuando se trata de hablar de trasvase ilegal de agua entre cuencas, la construcción de represas y de decisiones autoritarias que vulneran claramente los principios de libre determinación y consulta previa que afectan a colectivos humanos e indígenas, el caso de la tribu Yaqui de Sonora, en el noroeste de México, es paradigmático porque refleja claramente el razonamiento ideológico que subyace en el extractivismo: “¿Qué puede saber y que puede decir un puñado de indios sobre lo que los técnicos y expertos patrocinados por empresas y gobiernos locales y foráneos ya decidieron de antemano a miles de kilómetros de distancia?”

⁶⁴ En el caso mexicano, el Derecho al Medio Ambiente sano está elevado también a la categoría de Derecho Fundamental según el artículo 4º Constitucional vigente.

⁶⁵ Según información oficial en México existen 66-68 grupos étnicos originarios, que hablan más de 360 variantes lingüísticas; mientras que la diversidad biológica de México está considerada entre las primeras cinco del mundo; por lo que no es casual que el fenómeno extractivista se recrudezca en todo el territorio.

⁶⁶ Es una sentencia de la Corte IDH de 2005 contra el estado paraguay, véase: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas, restrinja cierto tipo de propiedad del alcance de los privados.

6.- CONSULTA Y CONSENTIMIENTO

Aún a pesar del entorno económico, político y social descritos, los procesos de consulta a los pueblos indígenas son, se insiste, una obligación internacional de los Estados y no una facultad potestativa, ello de acuerdo con las disposiciones del Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y Tribales y la Declaración de la ONU sobre Pueblos indígenas de 2007. Sin embargo, estos procesos afrontan limitaciones frecuentes, como la falta de claridad conceptual y consensos sobre quiénes y cómo ostentan la representación de los pueblos indígenas; ante los cuales, los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) han hecho informes temáticos y vistas *in loco*, o bien emitido sentencias tanto para evaluar situaciones en particular como para contribuir a la garantía de esos Derechos individuales y colectivos indígenas con base en estándares internacionales. Dicha situación afecta solo en Iberoamérica a 642 pueblos indígenas y a entre 30 y 50 millones de habitantes⁶⁷ que siguen siendo objeto de discriminación cotidiana debido a sus diferencias étnicas y culturales, pese a los recientes reconocimientos constitucionales del carácter multicultural de la mayor parte de los estados Iberoamericanos, que son en su mayoría de reciente data. No obstante, persiste una evidente brecha en la implementación de estos Derechos que no refleja cabalmente los avances a nivel legal y jurisprudencial. Entonces, hay que tener cuidado con pensar que con el marco vigente del Derecho Internacional, con la existencia del Convenio 169 de la OIT o con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y su análoga americana de 2017, los problemas quedaron resueltos de una vez y para siempre.⁶⁸ Evidentemente que el marco internacional expuesto es un avance y también es mejor que nada, pero lejos está de ser la panacea, porque tal parece a la luz de la casuística imperante que llega a los foros internacionales, que el Derecho a la consulta parece ideado no para los pueblos indígenas a los que pretende proteger, sino para que los Estados y las empresas justifiquen haber reunido ciertos requisitos previos a su apropiación y explotación-extracción de territorios y regiones enteras. Así, por ejemplo, consulta no es igual a veto, pues los pueblos indígenas no pueden vetar un proyecto "de desarrollo". Esto se aprecia de modo claro en el sonado caso de Belo

⁶⁷ ONU-DH, Indigenous peoples: www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/

⁶⁸ Véase al respecto a: B.CLAVERO, "El difícil Reto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas". 2016. Recuperado en: <http://www.bartolomeclavero.net/?p=713>

Monte en Brasil,⁶⁹ y es por eso que la interpretación evolutiva del artículo 19 del convenio 169 OIT, introduce la idea de un consentimiento que sea previo, libre, informado, de buena fe y culturalmente adecuado. La Corte IDH sostiene, como se explica en los casos expuestos más adelante, que se debe obtener el consentimiento de forma obligatoria, sobre todo cuando hay desplazamiento, cuando se entierran residuos peligrosos o cuando el plan de desarrollo a ejecutar afecta a la tierra y a los territorios. Se deja sentado así que hay un vínculo indisoluble entre consulta y consentimiento que no siempre se consigue en la práctica gubernamental. Y en los peores casos ni siquiera se intenta, como queda de manifiesto, por ejemplo, en el caso Yaqui en México,⁷⁰ y que desde luego no es el único, sino que forma parte de un claro patrón extractivo en los términos que se ha venido explicando. Entonces, se concluye de lo expuesto que el Derecho Fundamental de los pueblos originario en el caso de los denominados "mega proyectos", es a la Consulta Previa e informada en términos del convenio 189 de la OIT, suscrito en 1989. Pero no cualquier consulta, sino una que satisfaga los siguientes requisitos:

a) Consulta a los pueblos originarios a través de sus métodos y Autoridades Tradicionales.

b) Consulta con el fin de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento informado del pueblo originario.

Del mismo modo, el artículo 16.2 habla del traslado de sus territorios solo con el consentimiento expreso del pueblo afectado. La Declaración de la ONU de 2007 lo establece, así como estatuye la cooperación de buena fe por parte del Estado para obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos originarios. Si los proyectos de desarrollo afectan territorio y tierras del pueblo originario, entonces deberá recabarse antes de la realización del proyecto el consentimiento previo. Así mismo, el artículo 29.2 dispone que los Estados adoptarán medidas para evitar riesgos a la integridad o salud de los miembros de los pueblos originarios. Dice la Sentencia de la Corte en un precedente fundamental derivado del caso *Saramaka versus Surinam*,⁷¹ que la consulta no puede ser entendida como un acto, sino que consiste en varios, como por ejemplo, en dar aviso temprano de la intención del proyecto a la comunidad para darle tiempo a deliberar. Entonces, tenemos que el consentimiento debe ser libre, informado y previo para ser válido. Y

⁶⁹ Véase por ejemplo a: L. M. UHARTE, "El Megaproyecto Hidroeléctrico de Belo Monte en Brasil: Impactos Múltiples". *Revista de Antropología Experimental* nº 16, Texto7: 91-107. 2016. Universidad de Jaén, España. Recuperado en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/viewFile/2640/2501>

⁷⁰ E. PASILLAS, Op. Cit.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

también, que no cualquier consulta, hecha de cualquier modo, es válida. Esta interpretación constituye un salto cuantitativo en relación con los requisitos formales de la consulta. Así también, la Corte IDH ha establecido que el Derecho a la Identidad es un Derecho Fundamental, de modo que en una sociedad multicultural, plural y democrática, el Estado debe garantizar a los pueblos originarios que su Derecho a la Consulta Previa, libre informada, de Buena Fe, y con objeto de obtener su consentimiento sea cabalmente respetado.⁷²

7.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA INDÍGENA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se instituyó en 1969 como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³ (capítulo VII de la parte II), pero entró en funciones hasta 18 de julio de 1978, debido a que hasta entonces se reunió el número de países establecido por el instrumento para el inicio de su vigencia, fallando su primer caso en hasta 1988. Desde ese momento, se produjo el proceso de establecimiento de una estructura judicial que tiene como misión principal hacer eficaces los Derechos Humanos en el continente. Así, la Corte IDH tiene dos funciones específicas en el sistema regional de Derechos Humanos: primero, una función jurisdiccional, a través de la cual evalúa la responsabilidad de los Estados respecto a situaciones que sean planteadas como infracciones a la Convención Americana de Derechos Humanos. La otra función es la Consultiva, la cual ejerce según lo dispuesto en el artículo 64 (1).⁷⁴ Luego, hay que apuntar

⁷² Recientemente, hay avances en este sentido en las Cortes Supremas de algunos países de Iberoamérica. Guatemala, por ejemplo, en el caso: Consejo de Principales de Trapichito, Sumal Chiquito y Nuevo Amanecer Nebaj (septiembre de 2015). También en Chile en 2014, con el proyecto de El Morro y el Parque Eólico de Chiloé. El 7 de octubre de 2014, La Corte Suprema de Chile revocó un fallo de la Corte de Apelación de Copiapó que rechazó un recurso de las comunidades indígenas afectadas por un mega proyecto minero de la empresa *Gold Corp* canadiense. El Máximo Tribunal ordenó un proceso de Consulta de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT. En el caso de Chiloé, La Corte revocó la aprobación ambiental de un parque eólico de la multinacional sueca Econopower, que no consultó previamente a la Comunidad indígena Antolafaqué. También en Argentina, en 2014, como los casos de Chubut y El Chaco. La Corte Suprema anuló la sentencia de un tribunal de Chubut y lo instó a aplicar El Derecho indígena en una disputa territorial entre una comunidad mapuche y un privado. La Corte remarcó así la vigencia de del Convenio 169 de la OIT, norma que se entiende que es *supra legal* y que protege a los pueblos originarios.

⁷³ O Pacto de San José. San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁷⁴ "Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete a los órganos enumerados en el capítulo X de la

que aunque la Convención Americana de Derechos Humanos tiene como referente fundamental lo que denomina la persona humana entendida como el sujeto individualmente considerado,⁷⁵ la Corte IDH ha expresado que ésta no es la única que tiene Derechos Humanos, sino que existen realidades étnicas como las de los pueblos indígenas, que son titulares de derechos específicos. Entonces, en el contexto descrito, para la Corte Interamericana los pueblos indígenas son estructuras socioculturales que poseen derechos como colectivos de orden político, económico, cultural y territorial que deben ser garantizados y respetados por los Estados.⁷⁶ Entonces, como se verá en los casos expuestos, es la propia lucha de los pueblos indígenas contra la asimilación y la integración a la sociedad blanca o mestiza mayoritaria la que marca la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que, en ausencia previa de un texto específico, ha venido fortaleciendo los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos (la Convención) para hacer posible el goce efectivo de los Derechos Humanos en condiciones de una igualdad que debe ser real y no solo formal.⁷⁷ Así, desde el punto de vista de la jurisprudencia del Sistema interamericano de Derechos Humanos, hay algunos casos paradigmáticos relacionados con los Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas en lo que parece ser un patrón continental que tienen que ver con el Derecho a la Consulta en los llamados “proyectos de desarrollo” o “mega proyectos de desarrollo” de los que ya se ha explicado su caracterización general, cuya idea central es ilustrar la jurisprudencia fijada y aplicada por la Corte en algunos de los casos sometidos a su jurisdicción por los propios pueblos indígenas del continente, ante una tendencia repetida prácticamente

Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, 1969. artículo 64, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos.

⁷⁵ “Toda persona tiene derecho a...”. Sin embargo, los pueblos indígenas han reivindicado con ahínco ante los organismos internacionales y los Estados que son sujetos colectivos portadores de derechos y no asociaciones de personas o un colectivo de personas, como lo quiere decimonónicamente el Estado-nación de corte liberal.

⁷⁶ J.D. CASTRILLÓN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. pp. 143-204, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/10.pdf> .Consultado el 22 de abril de 2017.

⁷⁷ Adicionalmente a lo anterior, en Iberoamérica durante el tiempo de funcionamiento de la Corte IDH se han dado diversos procesos de reforma constitucional en países como: Nicaragua, 1985; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1995 y Ecuador, 1998. Además de la reforma constitucional en Argentina en 1994, la Constitución Bolivariana en Venezuela en el 2000 y la reforma mexicana de 2001. En todas ellas los pueblos indígenas ya fueron reconocidos como sujetos específicos de derechos (CASTRILLÓN, Óp. Cit. Pág.149).

en todos los países con poblaciones indígenas, donde se violan al incumplir de uno u otro modo la normativa internacional que los protege de un modo específico. Sin duda destaca con su actuación la Corte IDH, pues sentó las bases de un método de interpretación universal de muy largo alcance en el marco de su función consultiva [OC-1/1982]. En materia contenciosa, la jurisprudencia interamericana está marcada por la apertura hacia fuentes externas al sistema con fines de interpretación de la Convención. Así, el universalismo jurídico del juez interamericano tiene fundamentos convencionales precisos: el artículo 1-1 consagra la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos convencionales, el artículo 2 establece el deber estatal de adecuar el derecho interno y el artículo 29 prohíbe expresamente una interpretación restrictiva de los derechos convencionales estableciendo la superioridad del principio *pro homine*⁷⁸ (*pro personae* o *favor libertatis*)⁷⁹. Para futuro papel de trabajo queda exponer los temas jurisprudenciales más destacados en algunas decisiones paradigmáticas y su significado para el surgimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, haciendo énfasis en las razones por las cuales los casos presentados muestran el contexto global en el que se desenvuelven actualmente las reivindicaciones indígenas en el continente; quedando de manifiesto que los hechos evaluados en cada una de las decisiones de la Corte IDH destacan la interacción de los pueblos indígenas con los Estados-nación y también con los diferentes actores económicos locales, nacionales y transnacionales.

8.- REFERENCIAS

⁷⁸ El principio *pro persona* o *pro personae* parece haber sido definido por primera vez por el juez Rodolfo E. Piza Escalante en uno de sus votos adjuntos a una decisión de la Corte IDH. En dicha ocasión, el juez Piza afirmó que el principio *pro persona* es [Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio *pro persona*] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento es la excepción. Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36 (X. MEDELLÍN, *Principio pro Persona 1*. Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (cdhdf) México. 2013.

⁷⁹ Para una explicación amplia del método universal de interpretación aplicado a los pueblos indígenas y tribales, por la Corte IDH véase a R. ESTUPIÑAN-SILVA, “Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos.” 2014.

A. ESCOBAR, "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso", *Revista de Antropología Social*, 2012, 21 pp. 23-62, 2012. Recuperado en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/viewFile/40049/38479>

A. VÁSQUEZ (comp) *Extractivismo urbano, Debates para una construcción Colectiva de Ciudades*, Colección Chico Mendes, Editorial El Colectivo, CEAPI-Fundación Rosa de Luxemburgo, Buenos Aires. 2017.

AAVV. 2016. *México: Empresas y Derechos Humanos*. Visita a México del Grupo de Trabajo sobre Empresas y DDHH. Compendio de información que presentan la Coalición de Organizaciones de la Sociedad Civil al Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU. 29 de agosto. Recuperado en: <http://www.prodesc.org.mx/index.php/es/2014-04-21-22-18-02/relacionados/592-mexico-empresas-y-derechos-humanos>

A. ACOSTA, "Extractivismo y neoextractivismo, dos caras de la misma maldición", 25 de julio. 2012. Recuperado en: ecoportal.net.

B. CLAVERO, "El difícil reto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas". 2016. Recuperado en: <http://www.bartolomeclavero.net/?p=713>

B. SANTOS, *Pensar el Estado y La Sociedad: Desafíos actuales*, CLACSO coediciones, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2009.

B. SANTOS, "Las venas abiertas de Nicaragua", *La Jornada*, 7 de julio de 2018.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL (CONEVAL). *La Pobreza en la población Indígena de México* 2012. Recuperado en:

https://www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/INFORMES_Y_PUBLICACIONES_PDF/POBREZA_POBLACION_INDIGENA_2012.pdf

D. CADEMARTORI. *Inversión extranjera en el desarrollo de la región minera de Antofagasta (Chile): historia y perspectivas*, Edición electrónica gratuita. Pp. 21-23. 2010. Texto completo en: www.eumed.net/libros/2010b/677/

E. PASILLAS, "Multiculturalismo y derechos fundamentales en el noroeste de México: El caso de la tribu yaqui", *Estudios Fronterizos*, Vol.19, 2018. Recuperado en:

<http://ref.uabc.mx/ojs/index.php/ref/article/view/658>

F. ESCALANTE, *Historia Mínima del Neoliberalismo*, El Colegio de México, México. 2015.

F. LÓPEZ. *¡La tierra no se vende!, Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas de México*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos indígenas, Tosepan, Instituto Mexicano de Desarrollo Comunitario, y Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano, México. 2015.

G. AGAMBEN, "El Estado de excepción es hoy la norma", *El País*, 3 de febrero de 2004.

http://elpais.com/diario/2004/02/03/cultura/1075762801_850215.html

G. AGAMBEN, *Estado de Excepción, Homo Sacer, II, I*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, Argentina. 2003.

G. GORDILLO, *Seguridad y Soberanía alimentarias. Documento base para discusión*. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, (FAO). 2013. Recuperado en: <http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf>

E. GUDYNAS, "La ecología política de la crisis global y los límites del capitalismo benévolo", *Iconos, Revista de Ciencias Sociales*, No 36, Quito, enero de 2010.

H. GONZÁLEZ, "Las redes transnacionales y las cadenas globales de mercancías: la agricultura de exportación en México", *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM* [En línea], 2|2001, Publicado el 13 enero 2006, consultado el 19 mayo 2018. URL: <http://journals.openedition.org/alhim/613>

I. WALLERSTEIN, "El Multiculturalismo y sus Dilemas", *La Jornada*, 22 de febrero. 2015. Recuperado en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/02/22/opinion/022a1mun>

J. CASTRILLÓN, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. pp. 143-204, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/10.pdf>

J. JARAB, en *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en México, una mirada desde el Sistema de Naciones Unidas*. Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México, Primera edición. Pág. 9. 2018.

L. UHARTE, "El Megaproyecto Hidroeléctrico de Belo Monte en Brasil: Impactos Múltiples". *Revista de Antropología Experimental* n° 16, Texto7: 91-107. 2016. Universidad de Jaén, España. Recuperado en:

<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/viewFile/2640/2501>

M. GANDARILLAS, (Ed). *Extractivismo, nuevos contextos de dominación y resistencia*. CEDIB. Cochabamba, Bolivia. 2014.

M. DORSEY, "Race, Poverty and Environment", *22 Legal Stud. F.* 501.1998. Recuperado en: heinonline.org

M. SVAMPA, "Extractivismo en América Latina y el consenso de las commodities", *El Correo de la Diáspora Latinoamericana*. 2013. Recuperado en: <http://www.elcorreo.eu.org/Extractivismo-en-America-Latina-y-el-Consenso-de-los-Commodities?lang=fr>

MARTÍNEZ, J. "Ecología política del extractivismo y justicia socio- ambiental". *Interdisciplina*, Vol. 3, No.7, UNAM. 2015. Recuperado en:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/52384>

ONU. *Declaración de la ONU sobre los Derechos de Los Pueblos indígenas*. Asamblea General, 13 de septiembre de 2007. En:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

ONU-HR, Indigenous peoples:

www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/

ONU. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. Aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 61^{er} período de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017). Recuperado en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11

P. PÉREZ, "El Gobierno autónomo Indígena de Cherán-Kéri, Michoacán, México." *Revista FAIA - Programa Internacional de Investigación en Filosofía Intercultural de la Liberación*. ISSN 2250-6810. Buenos Aires. En:

<http://editorialabiertafaia.com/pifilojs/index.php/FAIA/article/view/129>

R. ESTUPIÑAN-SILVA, "Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". *Anuario mexicano de derecho internacional*, 14, 581-616. 2014. Recuperado de:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-

R. STAVENHAGEN, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 21 de enero de 2003, párrafo 6. En: S.G. RUIZ, "Consulta y Consentimiento: Caso Saramaka vs. Surinam". IIJ-UNAM. 2014.

R. ZIBECCHI, *Latiendo Resistencia. Mundos Nuevos y Guerras de Despojo*, El Rebozo, Oaxaca, 2015.

S. RIVERA, "Etnicidad estratégica, nación y neo colonialismo en América Latina", *Revista Alternativa* No 5. Primer semestre. 2016. Recuperado en:

<http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/alternativa/article/viewFile/9444/pdf>

L. SAGAL y HERNÁNDEZ H. "Geopolítica del neoextractivismo: espacialidad estatal y clasificación de la resistencia en el sureste de Ecuador", *Pacarina del Sur, Revista de Pensamiento Crítico Latinoamericano*, 20 de noviembre de 2016

<http://www.pacarinadelsur.com/home/abordajes-y-contiendas/1175-geopolitica-del-neoextractivismo-espacialidad-estatal-y-clasificacion-de-la-resistencia-en-el-sureste-de-ecuador>

T. PIKETTY, *El Capital en el Siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México. 2015.

TREMBLAY S. Y HÉBERT G. "¿Que es el extractivismo?" Martes 26 de febrero. 2013. Recuperado en: <http://www.conflictosmineros.net/contenidos/18-internacional/12097-ique-es-extractivismo>.

UNIVERSITAT AUTONOMA DE BARCELONA (UAB). *El EJAtlas alcanza los 2.100 casos de estudio de conflictos socio-ambientales en el mundo, 2017*. 3 de mayo. 2017. Recuperado en: <http://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-ejatlas-alcanza-los-2-100-casos-de-estudio-de-conflictos-socio-ambientales-en-el-mundo-1345667994339.html?noticiaid=1345724763308>.

V. SHIVA, *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*, Buenos Aires, Paidós. 2003.

V. TOLEDO. "La Crisis de la Modernidad requiere una transformación civilizatoria". *Memoria, Revista de Crítica Militante*. 2018. Recuperado en: <https://revistamemoria.mx/?p=1239>

EL RETO DE LA ORDENACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN UN UNIVERSO DIGITAL

A REGULATORY CHALLENGE TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF THE PERSONAL DATA PROTECTION IN A DIGITAL UNIVERSE

María del Pilar Zapatero Martín*

RESUMEN: En la era de las tecnologías digitales, el Derecho se enfrenta al objetivo de afrontar la protección de los datos personales en un universo global donde las fronteras se diluyen y el principio de territorialidad ha dejado de tener aplicación. Este trabajo pretende plantear el reto que supone, para el ordenamiento jurídico español, la adaptación a la nueva regulación europea en esta materia.

ABSTRACT: At the digital's technologies age, Law faces with the aim to address the personal data protection in a global universe where blurring the borders, and the territoriality principle *has ceased to be applied*. This paper aims to *pose the challenge that supposes, to the Spanish legal system, the adaptation to the new European Union regulation on this matter*.

PALABRAS CLAVE: universo digital, protección de datos personales, reglamento europeo, constitución española, conflictos de competencia

KEYWORDS: *digital universe, personal data protection, european regulation, spanish constitution, competence's conflicts*

Fecha de recepción: 02/07/2018

Fecha de aceptación: 10/10/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4509>

* Candidata a Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, España. E-mail: mpilarzmr@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

El vertiginoso desarrollo de las tecnologías está conformando una nueva realidad social, en la que la concepción de los parámetros tradicionales de espacio y tiempo se transforma, dando paso a un divergente paradigma en el que la geografía se expande y la inmediatez cobra especial relevancia.

La información, se ha convertido en uno de los principales activos sobre los que se sustenta esta nueva realidad digital, fluyendo en un mundo sin fronteras. En este marco, el continuo tratamiento de los datos personales, que llegan incluso a adquirir un gran valor económico, pone en riesgo los más elevados valores de la dignidad humana.

Esta situación se agrava debido a la heterogénea y, en ocasiones, nula regulación en los diferentes países, por lo que resulta de vital importancia encaminarse hacia una homogeneización normativa de la protección de los datos personales, lo que supone uno de los grandes desafíos jurídicos para un «Derecho analógico» que debe afrontar retos digitales globales.

En el presente trabajo se abordarán todas estas cuestiones, comenzando por ofrecer una visión general del universo digital y de los elementos que configuran la evolución de la sociedad del conocimiento.

A continuación se contemplarán los riesgos que este acelerado avance de las tecnologías supone para la salvaguardia del derecho a la protección de los datos personales y las medidas adoptadas por la Unión Europea en esta materia. Se hará especial referencia al nuevo Reglamento General de Protección de Datos¹, ofreciendo una somera panorámica acerca de las trascendentales novedades introducidas por el mismo.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, la adaptación a esta normativa europea ha llevado a la tramitación de una nueva ley orgánica de protección de datos. El carácter meramente complementario de dicha ley probablemente suscitará importantes controversias, ya que por primera vez los aspectos esenciales de un derecho fundamental, consagrado constitucionalmente, serán regulados por un reglamento europeo.

Esto puede desvirtuar el sentido de las leyes orgánicas, reabriendo el debate sobre el principio de primacía del Derecho europeo, del que se ofrecerá una sucinta exposición.

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea n^o 119 de 14 de mayo de 2016.

Por último se plantearán los potenciales conflictos de competencias que al respecto se pueden originar entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia europeo.

2.- UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL ESCENARIO DIGITAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO

La globalización, como proceso no uniforme, contradictorio y complejo que afecta a la concepción clásica de la democracia², sustentada en los cambios tecnológicos, ha contribuido a impulsar el crecimiento económico y a aumentar la calidad de vida a nivel mundial, «los asuntos locales se hacen mundiales y los asuntos mundiales se hacen locales»³.

El nuevo escenario conlleva incertidumbres que penetran también en la esfera jurídica y la soberanía nacional es cada vez más un concepto en fase de redefinición⁴.

No obstante también ha generado desafíos, según reconocen los Líderes del G20, que abogan por la transformación digital como motor del crecimiento global⁵.

Pérez Luño asevera que la revolución tecnológica está produciendo unos cambios que implican una remodelación de la imagen del hombre en el universo, de modo que el reto social y cultural de nuestro tiempo reside en luchar contra todas las «entropías» que mediatizan, distorsionan o pugnan por establecer un control o un monopolio de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC)⁶.

En opinión de Piñar Mañas, como expresión y resultado del avance tecnológico, se da paso a la sociedad de la información, que está removiendo los cimientos de las formas tradicionales de participación. La llamada revolución tecnológica no solo aporta innovación, sino que es capaz por sí misma de generar conocimiento y esta influencia se refleja en todo el sistema jurídico⁷.

² J.M. GOIG MARTÍNEZ, "La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia", en *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 111 a 149.

³ Comisión Europea, "Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización", COM (2017)240 final, Bruselas, 10 de mayo de 2017.

⁴ A. DE JULIOS-CAMPUZANO, "La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización", en VV.AA., *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2007, pp. 79 a 111.

⁵ Vid. Declaración de los Líderes del G20, en VVAA "Creando un mundo interconectado", Hamburgo, 7 y 8 de julio de 2017.

⁶ A.E. PÉREZ LUÑO, *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*, Ed. Fundesco, Madrid 1987, pp. 21 y 51.

⁷ J.L. PIÑAR MAÑAS, "Revolución tecnológica y nueva Administración", en VV.AA., *Administración electrónica y ciudadanos*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 27 a 29.

Una de las conclusiones de la trascendente «Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información⁸», fue que las tecnologías de la información y la comunicación, «están haciendo posible que una población cada vez más numerosa a nivel mundial participe en la ampliación y el intercambio de las bases del conocimiento humano»⁹.

Las TIC han tenido una enorme influencia sobre nuestro modo de vida. Rafael de Asís habla de una «ética de las informaciones» que se ocupa, entre otros, de problemas como la privacidad, la brecha digital, el gobierno en la red o la protección de datos. Este campo ha incidido en el discurso de los derechos humanos, dando lugar a nuevos derechos como la «autodeterminación informativa»¹⁰.

Como se pone de manifiesto en los últimos informes del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en adelante ONTSI), el sector de las Tecnologías de la Información en 2016 ha experimentado una evolución positiva, que implica un cambio de mentalidad y una nueva concepción del conocimiento¹¹. En este contexto, Internet¹² continúa con su progresión meteórica posicionándose como uno de los agentes dinamizadores de la economía mundial¹³.

2.1.- La era de Internet

Hemos entrado en una nueva era que ofrece grandes posibilidades y en la que una de las cuestiones esenciales debe ser la gestión de Internet, que se ha convertido en un recurso global

⁸ La Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) se desarrolló en dos fases. La primera fase tuvo lugar en Ginebra, del 10 al 12 de diciembre de 2003 y la segunda en Túnez, del 16 al 18 de noviembre de 2005.

⁹ Compromiso de Túnez, diciembre 2005, pág. 11.

¹⁰ R. DE ASÍS ROIG, "Algunos de los retos del constitucionalismo del siglo XXI: especial atención a los derechos humanos", en VV.AA., *Los Retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 418.

¹¹ Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, *"Estudio de Uso y Actitudes de Consumo de Contenidos Digitales"*, julio 2017, p. 6; *"Informe anual del sector de las TIC y de los contenidos en España 2017"*, de 20 de diciembre de 2017, pp. 26 y 118.

¹² Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Edición del Tricentenario), Internet se define como "Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación". Permite a millones de personas comunicarse unas con otras en el "cibespacio" y acceder a inmensas cantidades de información procedente de todo el mundo.

Internet nace como un proyecto inicialmente militar en 1969 (ARPANET) y de una red creada en el entorno científico (NSFNET) y en los años 80, del pasado siglo, diversas redes informáticas con la misma tecnología se unen creando la llamada red de redes llegando al gran público.

¹³ Como datos representativos de la tremenda evolución del sector de las tecnologías, el informe indica que los servicios TIC superaron en 2016 la barrera de los 80.000 millones de euros logrando una cifra de negocio de 84.661 millones de euros, un 7,3% más que en 2015.

disponible para el público¹⁴, en el mayor instrumento de cambio social que nunca ha sido creado¹⁵.

Como indica Pérez Luño, Internet es una realidad ambivalente que se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de comunicación a escala planetaria, sin embargo también ha hecho surgir graves motivos de inquietud debido a que la red ha sido utilizada como vehículo de contenidos nocivos e ilícitos¹⁶.

La gobernanza de Internet, entendida como «desarrollo y aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en el desempeño de sus respectivos papeles, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que dan forma a la evolución y a la utilización de Internet», es un elemento esencial de una Sociedad de la Información, centrada en la persona y orientada al desarrollo¹⁷.

Para la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), la gestión internacional de Internet debe ser multilateral, transparente, democrática y hacerse con la plena participación de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, las comunidades académica y técnica y las organizaciones internacionales¹⁸. Asimismo se reconoce la importancia del Foro para la Gobernanza de Internet, como tribuna que posibilite el diálogo entre múltiples interesados¹⁹.

Internet constituye un entorno complejo, heterogéneo y cambiante²⁰, que tiene una naturaleza multidisciplinar²¹, cuyo punto

¹⁴ Documentos finales de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, diciembre 2005, Compromiso de Ginebra, págs. 48 y 67.

¹⁵ VVAA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA (Coordinador Jorge Pérez), "La gobernanza en Internet", Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 2008, pág. 122.

¹⁶ A.E. PÉREZ LUÑO, "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías", en *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 31.

¹⁷ Documentos finales de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, diciembre 2005, Compromiso de Túnez, pp. 31 y 34.

¹⁸ Vid. Resolución 68/167, sobre "El derecho a la privacidad en la era digital", aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), el 18 de diciembre de 2013.

¹⁹ Vid. Resolución 68/198, sobre "Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo", aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 2013. En el mismo sentido, cabe resaltar las siguientes resoluciones de la Asamblea General: 53/70, de 4 de diciembre de 1998, 54/49, de 1 de diciembre de 1999, 55/28, de 20 de noviembre de 2000, 56/19, de 29 de noviembre de 2001, 57/53, de 22 de noviembre de 2002, 58/32, de 8 de diciembre de 2003, 59/61, de 3 de diciembre de 2004, 60/45, de 8 de diciembre de 2005, 61/54, de 6 de diciembre de 2006, 62/17, de 5 de diciembre de 2007, 63/37, de 2 de diciembre de 2008, 64/25, de 2 de diciembre de 2009, 65/41, de 8 de diciembre de 2010, 66/24, de 2 de diciembre de 2011, 67/27, de 3 de diciembre de 2012, y 68/243, de 27 de diciembre de 2013.

²⁰ Vid. Foro de la Gobernanza de Internet en España (IGF Spain), "La gobernanza de Internet en España", informe 2015, pp. 14, 27 y 44.

más delicado es la supervisión y control de su estructura. Su funcionamiento, en el que no tienen cabida los modelos tradicionales de autoridad, escapa a la soberanía de cada país, apareciendo un vacío legal sobre la normativa de aplicación²², por ello resulta fundamental la armonización del marco jurídico a nivel global.

La Comisión Europea ha defendido un enfoque de Internet como un espacio de responsabilidades cívicas, un único recurso no fragmentado regido por múltiples partes, que genere confianza y facilite una gobernanza transparente. Apoya el establecimiento de una serie de principios internacionales coherentes sobre la gobernanza de Internet, respetuosos con los derechos humanos y los valores democráticos²³.

La expansión del uso de Internet llegó con la creación del primer navegador, World Wide Web (en adelante Web), que desarrolló Tim Berners-Lee en los años noventa del pasado siglo.

La implementación de la Web²⁴, permite a los usuarios buscar y recuperar información, contenida en una inmensa cantidad de documentos, almacenados en ordenadores remotos de todo el mundo.

En palabras de Berners-Lee, la Web se diseñó «como un medio más potente de colaboración entre personas, un espacio de la información como algo a lo que todo el mundo tuviera acceso inmediato e intuitivo y no sólo para navegar, sino para crear». Su sueño consistió en hacer de la Web «un lugar en el que el deseo de un ser humano y el razonamiento de una máquina coexistan en una mezcla ideal y potente»²⁵.

Este es uno de los avances más importantes de la nueva era, hasta el punto, como reconoce el propio Berners-Lee, de que «Internet y el Web nos han sacado del espacio bidimensional, destruyendo un sentido geográfico de identidad [...] ahora la medida no son las distancias físicas, ni siquiera las zonas horarias, sino los clics»²⁶.

²¹ El organismo privado internacional encargado de su gestión es ICANN (Internet Corporation for Assign de Names and Numbers) y adscrito a él se encuentra IANA (Internet Assigned Numbers Authority).

²² VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, "La gobernanza en Internet", cit. pp. 25 y 199.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "La política y la gobernanza de Internet", COM (2014) 72 final, de 12 de febrero de 2014. Este enfoque de la Comisión se resume mediante el acrónimo COMPACT.

²⁴ World Wide Web, es el proyecto desarrollado por Tim Berners-Lee, en base al lenguaje de marcado de hipertexto, que permite que todos los enlaces se hagan a cualquier información en cualquier lugar.

²⁵ T. BERNERS-LEE, *Tejiendo la red*, Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid 2000, (traducción Mónica Rubio Fernández), p. 145.

²⁶ *Ibidem*, p. 186.

La era planetaria en la que nos encontramos ha hecho que todas las sociedades sean interdependientes²⁷. Los referentes espaciales y temporales parecen haberse diluido, modificando la concepción de la propia existencia humana y de las relaciones jurídicas.

La globalización ha generado nuevas interacciones que colisionan con los esquemas clásicos de validez y vigencia territorial de las normas jurídicas y el derecho resulta incapaz para dar respuesta adecuada a fenómenos que escapan al control inmediato y directo por el derecho estatal. Esto acarrea problemas de gran calado, como los conflictos en torno a cuál ha de ser la legislación aplicable en supuestos de alcance transfronterizo²⁸.

Piñar Mañas hace referencia al nuevo concepto de «desterritorialización», relativo a la desvinculación producida entre un sujeto o elemento y el territorio, como consecuencia de que las tecnologías de la información no están sometidas a limitación espacial o territorial alguna²⁹.

Actualmente nos encontramos ante lo que se ha denominado la «Web 2.0» o «Web colaborativa», donde Internet pasa a transformarse en «un espacio virtual retroalimentado, en el que los usuarios son los que crean una gran base de datos cualitativos y cuantitativos, propios y ajenos»³⁰.

2.2.- Nuevos retos: Cloud Computing, Internet de las Cosas, Big Data y Drones

La evolución de la red global, hacia la «computación en la nube»³¹ o «Cloud Computing», supone un considerable incremento de capacidad informática, casi ilimitada, en todas partes y para cualquier persona³². Esto ha hecho posible la existencia de sistemas que ofrecen recursos de procesamiento y almacenamiento de datos bajo demanda y la creación de bases de datos de alta escalabilidad³³.

²⁷ M. CERUTI.; E. MORIN, *Nuestra Europa*, Ed. Paidós, Barcelona 2013, p.60.

²⁸ A. DE JULIOS CAMPUZANO, *La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización*, cit., pp. 91 a 95.

²⁹ J.L. PIÑAR MAÑAS, *Revolución Tecnológica y nueva Administración*, cit., p. 31.

³⁰ P. ORTIZ LOPEZ, "Redes Sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", en VV.AA., *Derecho y redes sociales*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 23.

³¹ El Cloud Computing, podría definirse como un sistema de almacenamiento, tratamiento y utilización de datos en ordenadores a distancia a los que se tiene acceso remoto a través de Internet.

³² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Liberar el potencial de la computación en la nube en Europa", COM (2012) 529 final, Bruselas 27 de septiembre de 2012.

³³ VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Ciberseguridad, la protección de la información en un mundo digital*, Ed. Ariel, S.A., Barcelona 2016, pág. 47.

La computación en la nube, permite superar el criterio geográfico en el tratamiento y almacenamiento de datos y abre una nueva posibilidad para la prestación de servicios con una capacidad y rapidez extraordinarias, pero a la vez con unos riesgos y carencias normativas difíciles de predecir³⁴.

Uno de los peligros más importantes es la pérdida de control en el uso de las infraestructuras de la nube, que puede afectar notablemente a la seguridad³⁵. El despliegue a gran escala de los servicios de computación en la nube puede provocar riesgos para la protección de datos, especialmente la falta de dominio sobre el tratamiento de los mismos³⁶.

El Internet de las Cosas³⁷ (en adelante IoC), «llegó para quedarse»³⁸. Este concepto se refiere a "una infraestructura en la que miles de millones de sensores incorporados a dispositivos comunes y cotidianos registran, someten a tratamiento, almacenan y transfieren datos y, al estar asociados a identificadores únicos, interactúan con otros dispositivos o sistemas haciendo uso de sus capacidades de conexión en red"³⁹.

Resulta cada vez más frecuente que los dispositivos estén conectados a Internet, en ocasiones sin que los usuarios se percaten de ello, lo que puede llevar a revelar detalles íntimos sobre su comportamiento y acciones.

La previsión para el año 2020 es que existan 25.000 millones de objetos conectados a Internet, con un posible incremento exponencial en los próximos años, lo que posibilitará una mayor interacción con el entorno, dando lugar a los denominados "ambientes inteligentes" o "Smart"⁴⁰.

³⁴ J.L. PIÑAR MAÑAS, *Revolución Tecnológica y nueva Administración*, cit., p. 34.

³⁵ VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Ciberseguridad*, cit. p. 48.

³⁶ Dictamen 05/2012, WP 196, sobre la computación en nube, adoptado el 1 de julio de 2012 por el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29. Este Grupo de Trabajo, creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, es un organismo de la Unión Europea, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

³⁷ Se trata de objetos de la vida cotidiana (electrodomésticos, vehículos, viviendas, incluso cepillos dentales), conectados a través de Internet, no de modo aislado sino en entornos que son capaces de entender situaciones y de adaptarse a ellas, generando continuamente datos y, lo más importante, compartiendo esos datos.

³⁸ 36ª Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad, "Declaración Mauricio, sobre Internet de las Cosas", Balaclava, 14 de octubre de 2014.

³⁹ Dictamen 8/2014, WP 223, sobre la evolución reciente de Internet de los objetos, adoptado el 16 de septiembre de 2014 por el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29.

⁴⁰ VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Ciberseguridad*, cit. pp. 51-52.

Las aplicaciones pueden recoger grandes cantidades de datos a partir de los dispositivos y procesarlos para proporcionar servicios innovadores al usuario final⁴¹.

Para evitar consecuencias nocivas, sobre todo en lo que privacidad se refiere, es preciso implementar de modo proactivo la llamada "privacidad desde el diseño", dotando de seguridad a la comunicación de datos efectuada por los dispositivos conectados, limitando su almacenamiento para evitar la identificación de los individuos⁴².

El aumento de la capacidad informática, conlleva la posibilidad de almacenamiento masivo de datos, es lo que se denomina «Big Data⁴³», que implica una nueva forma de ver la información, revelando aquella que antes era difícil de extraer o que estaba oculta y, en gran medida, implica la reutilización de dicha información, cuyo valor puede estar ligado a su capacidad para hacer predicciones acerca de acciones o eventos futuros⁴⁴.

El almacenamiento y tratamiento de enormes cantidades de datos supone un riesgo para la seguridad, debido a los posibles robos o filtraciones de información que pueden tener importantes repercusiones en todos los ámbitos.

A esto cabe añadir que, al tratarse de una tecnología nueva, el desconocimiento por parte de las organizaciones que lo aplican, puede incrementar la vulnerabilidad⁴⁵.

Resulta preciso tener en consideración que la digitalización se encuentra aún en su fase inicial de transformación, los robots, la inteligencia artificial, la impresión 3D, entre otras innovaciones, revolucionarán nuestra manera de producir, trabajar, desplazarnos y consumir⁴⁶.

Por otra parte, el uso emergente de «Drones⁴⁷ civiles», equipados con sofisticadas tecnologías que pueden emplearse para captar imágenes de personas identificadas o identificables, podría

⁴¹ Dictamen 02/2013, WP 202, sobre las aplicaciones de los dispositivos inteligentes, adoptado el 27 de febrero de 2013, por el Grupo de Protección de Datos del Artículo 29.

⁴² Ibidem. Pág. 53.

⁴³ Big data, es un término referido al almacenamiento de ingentes cantidades de datos o conjuntos de datos, estructurados o no, cuya importancia no radica en su volumen sino en las posibilidades que conlleva su tratamiento que persigue encontrar patrones repetitivos, lo que no es posible realizar mediante aplicaciones tradicionales.

⁴⁴ 36ª Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad, Resolución sobre Big Data, Balaclava, 14 de octubre de 2014.

⁴⁵ VVAA. FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Ciberseguridad*, cit. pp.49-50.

⁴⁶ Comisión Europea, "Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización", COM (2017)240 final, Bruselas, 10 de mayo de 2017.

⁴⁷ Dron es una aeronave pilotada por control remoto.

tener un efecto inhibitorio en el comportamiento de los ciudadanos, al convertirse en encubiertos sistemas de vigilancia⁴⁸.

2.3.- Los potenciales riesgos de las tecnologías digitales

Pese a los importantes beneficios que pueden aportar las tecnologías de la información, no se puede ignorar que también suponen múltiples riesgos para los derechos y libertades de las personas⁴⁹.

A medida que las innovaciones tecnológicas se van implantando en el mundo físico, los “ciberriesgos” se incrementan. Los ciberataques se han convertido en una alternativa real a las herramientas convencionales de inteligencia, especialmente por su bajo coste y al importante volumen de información que puede ser obtenido por esta vía.

Estas amenazas pueden llegar a afectar a casi la mitad del planeta, ya que en el año 2016 el número de usuarios de Internet se elevaba a más de tres mil millones y medio de personas⁵⁰.

Stefano Rodotá afirmó que «la Web puede considerarse como una gigantesca mina de datos personales, gracias a los cuales ha nacido una sociedad de vigilancia y clasificación»⁵¹. Esta cuestión no es baladí, ya que las consecuencias de esa potencial sociedad de vigilancia podrían llegar a ser tan perniciosas que se corra el riesgo de caminar hacia la «distopía orwelliana»⁵².

Para este autor, nuestra identidad individual y social está confiada a algoritmos que diseñan las modalidades de funcionamiento de amplias áreas de nuestras organizaciones sociales. La construcción de perfiles individuales, familiares y de grupo, constituye una jaula aún más represora que la de los status, «la autodeterminación se hace irrelevante frente a la identidad asignada mediante procedimientos automáticos. La nueva abstracción produce un vaciamiento de lo humano»⁵³.

⁴⁸ C. PAUNER CHULVI, “El uso emergente de Drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 95, UNED, enero-abril 2016, pp. 83-116.

⁴⁹ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, “Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet”, en VV.AA., *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 83.

⁵⁰ Centro Criptológico Nacional, informe “Ciberamenazas y Tendencias Edición 2017”, junio de 2017.

⁵¹ S. RODOTÁ, “Derecho y nuevo orden mundial” (traducción Emilssen González), en *Revista derecho privado*, Nº 9, 2005, p. 19.

⁵² G. ORWELL, “1984”, Ed. Destino, Barcelona 1957. Esta magistral novela refleja, como crítica a los totalitarismos, una sociedad dominada por un “Gran Hermano”, en la que la “Policía del Pensamiento” controla de forma asfixiante la privacidad de los ciudadanos.

⁵³ S. RODOTÁ, *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid 2014, pp. 311 y 364

En opinión de A. Garriga, «la sociedad de control ha venido para quedarse», a través de nuestro rastro digital se obtienen multitud de datos que combinados permiten extraer perfiles que informan acerca de los que somos y lo que hacemos. Al haber desaparecido las barreras tradicionales para el análisis de grandes conjuntos de datos, éstos se han convertido en la materia prima, en una nueva fuente de inmenso valor económico y social⁵⁴.

En la Estrategia de Seguridad Nacional española de 2017, se reconoce que “el proceso de revolución tecnológica está llamado a transformar las sociedades y modos de vida” y se contemplan los nuevos desafíos que comporta la hiperconectividad, infiriendo que “las amenazas del espacio digital adquieren una dimensión global que va más allá de la tecnologías.

En los últimos tiempos, las acciones negativas en el ámbito de la ciberseguridad han aumentado notablemente en número, alcance y sofisticación”⁵⁵.

Respecto a los riesgos y amenazas reales y potenciales en relación con la seguridad de la información, la Asamblea General de la ONU, exhorta a los Estados miembros a seguir promoviendo su examen a nivel multilateral, de modo compatible con la necesidad de preservar la libre circulación de la información⁵⁶.

En el ámbito europeo, la Comisión reconoce que un mundo más interconectado brindará nuevas oportunidades, pero acarreará mayores amenazas y se plantea la cuestión de saber si Europa puede llegar a un acuerdo sobre el camino a seguir para gestionar eficazmente la transformación tecnológica, ya que “una Europa que sepa a dónde quiere ir también puede ayudar al mundo a alcanzar un lugar mejor en beneficio de todos”⁵⁷.

3.- LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL UNIVERSO DIGITAL

La privacidad opera en el mundo de las redes como un catalizador que contribuye a salvaguardar las libertades, su garantía constituye un elemento capital para la construcción del presente y

⁵⁴ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2016, pp. 27, 29, 46 y 63.

⁵⁵ Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017, Capítulo IV “Amenazas y desafíos para la seguridad nacional”, BOE Núm. 309, de 21 de diciembre de 2017.

⁵⁶ Vid Resoluciones 68/243 y 69/28, sobre “Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional”, aprobadas respectivamente por la Asamblea General de la ONU, el 27 de diciembre de 2013 y 2 de diciembre de 2014.

⁵⁷ Comisión Europea, “Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización”, COM (2017)240 final, Bruselas, 10 de mayo de 2017, p. 29.

futuro de Internet. Un aspecto primordial a tener en cuenta es que las tecnologías emergentes pueden generar importantes riesgos para el derecho a la vida privada⁵⁸.

Existe una gran inquietud, a nivel internacional, acerca de la necesidad de fomentar un mayor diálogo sobre la protección de la privacidad a la luz de la evolución tecnológica, como se pone de manifiesto en la "Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información⁵⁹", celebrada en Ginebra en 2014, así como en distintas resoluciones de la Asamblea General de la ONU⁶⁰.

Cabe destacar que, por parte de las Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, se adoptó la denominada "Declaración de Madrid"⁶¹, una trascendente propuesta para la redacción de estándares internacionales encaminados a la protección de la privacidad en relación con el tratamiento de datos.

Esta propuesta ofrece un conjunto de principios, derechos, obligaciones y procedimientos que cualquier sistema jurídico de protección de datos y privacidad debe esforzarse por alcanzar, con objeto de lograr un enfoque más uniforme a nivel internacional y pretendiendo instituir un primer paso, hacia la elaboración de un instrumento internacional vinculante.

Con posterioridad, la Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, destaca que la introducción y desarrollo de innovadores productos, dispositivos o servicios telemáticos, que en muchas ocasiones incluyen la recolección y tratamiento de datos personales, conducen a nuevos desafíos.

Por ese motivo, la Conferencia resuelve continuar fomentando los esfuerzos para lograr una cooperación aún más eficaz en materia de aplicación transfronteriza de la legislación en los casos apropiados⁶².

⁵⁸ VV.AA. Documento del "Foro de la Gobernanza de Internet en España (IGF Spain)", junio 2015, pp. 95 y 114.

⁵⁹ Declaración de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, relativa a la aplicación de los resultados de la CMSI y la correspondiente perspectiva para la CMSI después de 2025" celebrada en Ginebra del 9 al 13 de junio de 2014.

⁶⁰ Vid. por todas las siguientes Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, relativas al derecho a la privacidad en la era digital: Resolución 68/167, aprobada el 18 de diciembre de 2013; Resolución 68/198, aprobada el 20 de diciembre de 2013; Resolución 68/243, aprobada el 27 de diciembre de 2013; Resolución 69/28, aprobada el 2 de diciembre de 2014; Resolución 70/2015, aprobada el 16 de diciembre de 2015.

⁶¹ Resolución adoptada en la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, celebrada el 5 de noviembre de 2009 en Madrid.

⁶² 39ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, Hong Kong, 25-29 de septiembre de 2017.

En la misma línea, a través de la "Declaración de Cancún"⁶³, representantes ministeriales de más de treinta países y de la Unión Europea, se comprometen a promover la gestión del riesgo de seguridad digital y la protección de la privacidad al más alto grado decisorio, y a establecer estrategias de protección de datos al máximo nivel de gobierno, que incorporen una sociedad en su conjunto, propiciando el desarrollo de mecanismos internacionales que fomenten la privacidad efectiva y la protección de datos entre jurisdicciones.

Como magistralmente asevera Stefano Rodotà, «si queremos vencer el desafío de la globalización, debemos tener la fuerza intelectual para comprender que se nos pide una fuerte renovación de instrumentos jurídicos, la capacidad de trabajar sobre principios más que sobre detalles, el cuidado de lo universal en un mundo que no puede perder la diversidad»⁶⁴.

4.- LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA ENCAMINADAS A UNA PROTECCIÓN DE DATOS GLOBAL

En el «Libro Blanco para el futuro de Europa⁶⁵», se deja claro que la Unión Europea es un proyecto único en el que se han combinado las prioridades nacionales, siendo capaces de aprovechar las fortalezas y riquezas únicas de sus naciones para lograr avances sin precedentes.

La protección de los datos personales se consagra en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁶, en los siguientes términos: "1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente".

La evolución tecnológica y la globalización han lanzado nuevos retos en materia de protección de los datos personales, sobre todo en lo que a transferencias transfronterizas se refiere.

La Comisión se propone promover principios universales en lo que respecta al tratamiento de datos a escala mundial, lo que

⁶³ Declaración Ministerial sobre la economía digital: innovación, crecimiento y prosperidad social, adoptada en Cancún (México), en fechas 21-23 de junio de 2016.

⁶⁴ S. RODOTÀ, *Derecho y nuevo orden mundial* cit., p. 19.

⁶⁵ Vid. Comunicación de la Comisión Europea, sobre "Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025", COM (2017) 2025, de 1 de marzo de 2017.

⁶⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 18 de diciembre de 2000.

requiere la elaboración de normas jurídicas y técnicas de alto nivel en esta materia, reforzando su cooperación, a tal efecto, con los terceros países y organizaciones internacionales como la OCDE, el Consejo de Europa, las Naciones Unidas, y otras organizaciones regionales. Concluye que un nivel elevado y uniforme de protección de datos en la UE será la mejor manera de promover la normativa a escala mundial⁶⁷.

Por su parte, el Parlamento Europeo, considera importante que se promueva un diálogo continuo y que se trabaje en pro de un consenso más sólido entre la Unión y sus Estados miembros a fin de fomentar y proteger la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales⁶⁸.

El marco jurídico de la Unión Europea en materia de protección de datos ha servido con frecuencia de ejemplo a terceros países, por ello, la Comisión, reconociendo que la protección de datos es una cuestión de dignidad humana, insiste en que «seguirá participando activamente en diálogos, tanto bilaterales como multilaterales, al objeto de fomentar la convergencia mediante la elaboración de normas de protección de datos personales estrictas y compatibles entre sí a escala mundial.

Ello contribuirá a mejorar la eficacia de la protección de los derechos de las personas físicas, al tiempo reducirá los obstáculos a la circulación transfronteriza de datos⁶⁹».

En sintonía con esta declaración, hace hincapié en la adhesión de terceros países al Convenio nº 108⁷⁰ del Consejo de Europa, como único instrumento multilateral vinculante en materia de protección de datos.

Paralelamente, el Consejo⁷¹ y la Comisión⁷² mantienen su compromiso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de

⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea", COM (2010) 609 final, de 4 de noviembre de 2010.

⁶⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2015/2254INL).

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, "Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado", COM (2017) 7 final, de 10 de enero de 2017, pág. 13.

⁷⁰ Convenio Nº 108, del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para "La protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal", ratificado por más de 50 países, inclusive de África y Sudamérica.

⁷¹ Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en 2016", Bruselas, 28 de julio de 2017.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Informe de 2016 sobre la

Derechos Humanos⁷³, que reforzará la coherencia de la protección de los derechos fundamentales, y especialmente de los contemplados en su artículo 8 relativos al respeto a la vida privada y familiar.

Con vistas a ese objetivo de lograr una convergencia de los principios de protección de datos a escala internacional, la Unión Europea se ha encaminado hacia un nuevo paradigma en este ámbito, abordando una importante reforma legislativa, con la promulgación, como pilar fundamental de la misma, del Reglamento General de Protección de Datos⁷⁴ (en adelante RGPD), así como de varias Directivas⁷⁵.

5.- PRINCIPALES NOVEDADES INCORPORADAS POR EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

La Comisión considera que el RGPD refuerza y moderniza las normas existentes y, al ser un solo instrumento jurídico, establece un conjunto de normas único, de manera que las personas tengan la misma protección independientemente de dónde se encuentren dentro de la Unión Europea⁷⁶.

El RGPD, al tratar de establecer una regulación coherente y homogénea, pretende paliar el problema que surge de la distinta interpretación que se realiza no solo de la legislación sobre protección de datos, sino también de la diversidad que genera la aplicación de la

aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” COM (2017) 239 final, de 18 de mayo de 2017.

⁷³ Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por los Gobiernos miembros del Consejo de Europa, en Roma el 4 de noviembre de 1950. El artículo 6.2 del Tratado de Lisboa, preceptúa la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, sin embargo hasta la fecha no se ha producido, entre otros motivos por el Dictamen 2/2013 de Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, que sostiene la incompatibilidad de dicho Convenio con los Tratados Constitutivos.

⁷⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea nº 119 de 14 de mayo de 2016.

⁷⁵ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea nº 119 de 14 de mayo de 2016.

Directiva (UE) 2016/1148, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea nº 194, de 19 de julio de 2016.

⁷⁶ COM (2017) 239 final, de 18 de mayo de 2017, cit.

misma por los tribunales de los Estados miembros y de las respectivas autoridades de control⁷⁷.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos⁷⁸ (en adelante SEPD), asevera que la adopción del RGPD representó el esfuerzo más ambicioso del legislador de la Unión Europea para proteger los derechos fundamentales de las personas en la era digital⁷⁹.

Considera que ha llegado la hora de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas en la sociedad de la información del futuro y el RGPD afectará potencialmente, durante los próximos decenios, a todas las personas de la Unión Europea, a todas las organizaciones de la Unión que tratan datos personales y a las organizaciones externas que tratan datos referidos a personas de la Unión.

Dado que la Unión Europea es objeto de atenta observación por parte de los países que están estableciendo o revisando sus marcos jurídicos, cabe prever que las decisiones que adopte tengan repercusiones dentro y fuera de Europa⁸⁰.

El SEPD concluye que «en una época en que la protección de los datos y la legislación sobre privacidad proliferan en todo el mundo, la normativa de la Unión debería ser una plataforma para ampliar la construcción de puentes hacia otras zonas del mundo, lo que permitiría aumentar el diálogo y la cooperación con todos los países que se enfrentan al mismo desafío digital⁸¹».

El RGPD, de aplicación en todos los Estados miembros de la Unión Europea, desde el 25 de mayo de 2018, mantiene la mayoría de los principios de la Directiva 95/46/CE⁸², sin embargo, introduce cambios sustanciales en el modelo de protección de datos, incorporando novedades significativas, como el principio de accountability (responsabilidad proactiva), principios de privacidad

⁷⁷ L. REBOLLO DELGADO; M.M. SERRANO PÉREZ, *Manual de protección de datos*, Editorial Dykinson, S.L., 2ª edición, Madrid 2017, p. 295.

⁷⁸ El Supervisor Europeo de Protección de datos es la autoridad de supervisión independiente encargada de que las instituciones, órganos, oficinas y agencias cumplan la legislación en materia de protección de datos durante el tratamiento de datos personales.

⁷⁹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, C 164/2, Diario Oficial de la Unión Europea, 24 de mayo de 2017.

⁸⁰ Dictamen 3/2015 del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre "La gran oportunidad de Europa", de 25 de julio de 2015.

⁸¹ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el cumplimiento efectivo de la legislación en la economía digital (2016/C 463/09), de 13 de diciembre de 2016.

⁸² Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo, del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° 1.281, de 23 de noviembre de 1995.

desde el diseño, el análisis de riesgos, la figura del Delegado de protección de datos, el fortalecimiento de los códigos de conducta, la exigencia de llevar un registro de las actividades del tratamiento, la regulación de las medidas de seguridad y fortalecimiento del sistema sancionador⁸³.

El propósito de este Reglamento es, entre otros, el de contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como al progreso económico y social y al bienestar de las personas físicas⁸⁴.

De los preceptos del RGPD, se desprende un doble objetivo: por una parte, la preservación de los derechos fundamentales mediante la protección de datos de carácter personal, garantizando un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas; por otra, la libre circulación de datos dentro de la Unión Europea, sin que en ningún caso pueda suponer una disminución del nivel de protección.

Para Piñar Mañas, el Reglamento ya no sólo pretende que los tratamientos de datos no violen los derechos fundamentales y en particular el derecho a la intimidad, sino que parte de la base de que el simple hecho de tratar datos personales puede violar el derecho a la protección de datos de carácter personal⁸⁵.

El RGPD refuerza las condiciones de prestación del consentimiento por parte del interesado, eliminando la posibilidad del consentimiento tácito o presunto y estableciendo la obligatoriedad de que se preste para fines específicos⁸⁶, con una amplia mención a las condiciones que deberá cumplir para su validez⁸⁷. En cuanto al consentimiento de los menores, fija la edad mínima de 16 años,

⁸³ J.L. PIÑAR MAÑAS, "Hacia un nuevo modelo de protección de datos", en VV.AA. *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, S.A., Madrid 2016, p. 16.

⁸⁴ Reglamento (UE) 2016/679, cit., Considerando 2

⁸⁵ J.L. PIÑAR MAÑAS, "Hacia un nuevo modelo de protección de datos", cit. p. 56

⁸⁶ Reglamento (UE) 2016/679, cit. Considerando (32)

⁸⁷ *Ibidem*. Artículo 7 "Condiciones para el consentimiento 1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento. 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo. 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato".

aunque deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros establezcan por ley otra edad, en ningún caso inferior a 13 años⁸⁸.

En opinión de B. Adsuara, «habría que empezar a hablar de Libertad de Datos. El término consentimiento tiene un matiz pasivo o reactivo ante la acción de otro (el responsable del tratamiento), cuando actualmente el titular o interesado puede tener un rol proactivo y autorizar *motu proprio* el tratamiento e incluso la explotación económica de sus datos, como así ocurre con las obras en Propiedad Intelectual. Convendría hablar mejor de Libertad o Autodeterminación de los Datos»⁸⁹.

El Reglamento regula ampliamente el tratamiento de las categorías especiales de datos personales, entre los que se encuentran los relativos a la libertad de conciencia⁹⁰.

Los «Considerandos», a pesar de no ser vinculantes, suponen un importante elemento de interpretación de los preceptos del Reglamento, quedando patente la especial relevancia de que se dota a este tipo de datos personales.

En ellos se sientan principios capitales, como que el tratamiento de datos debe estar concebido para servir a la humanidad, respetando los derechos fundamentales y libertades como las de pensamiento, conciencia o religión⁹¹.

Otorgan una especial protección a los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles, dado que por el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales⁹².

Se expresa la necesidad de autorización de determinadas excepciones a la prohibición siempre que se den las garantías apropiadas, cuando sea en interés público⁹³. Una gran novedad es la incorporación en esta categoría de los datos genéticos y biométricos⁹⁴.

Respecto al tratamiento de categorías especiales de datos sin consentimiento del interesado, se contempla tal posibilidad, siempre que sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con medidas específicas para proteger los derechos y libertades de las personas físicas⁹⁵.

Especial trascendencia reviste la mención a los riesgos que, para los derechos y libertades de las personas físicas, puede ocasionar el

⁸⁸ Ibidem. Artículo 8.

⁸⁹ B. ADSUARA VARELA, "El consentimiento", en VV.AA., *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, S.A., Madrid 2016, pp. 168-169.

⁹⁰ Vid. artículo 16 de la Constitución Española de 1978.

⁹¹ Reglamento (UE) 2016/679, cit., Considerando (4).

⁹² Ibidem. Considerando (51).

⁹³ Ibidem. Considerando (52).

⁹⁴ Ibidem. Considerando (53).

⁹⁵ Ibidem. Considerando (54).

tratamiento de datos dando lugar a problemas de discriminación en determinados casos en que los datos tratados revelen, entre otras, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas⁹⁶.

Uno de los principios que cobra relevancia es el de transparencia de la información, al exigir que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, utilizando un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño⁹⁷.

Otra de las novedades más destacables es la mención expresa al «derecho al olvido», relacionado con el derecho a la supresión de datos personales cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados, cuando el interesado retire su consentimiento o se oponga al tratamiento, cuando los datos hayan sido tratados ilícitamente o deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal, contemplando determinadas excepciones⁹⁸.

El principio de accountability o responsabilidad proactiva, supondrá un importante cambio en el papel desempeñado por los responsables y encargados del tratamiento de datos. En adelante deberán aplicar la protección de datos desde el diseño y por defecto, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento, como durante dicho tratamiento⁹⁹.

Igualmente tendrán obligación de llevar un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad¹⁰⁰ y de notificar las posibles violaciones de seguridad de los datos personales a la autoridad de control y en su caso a los interesados¹⁰¹.

Cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, deberá realizarse previamente una evaluación del impacto de las operaciones de dicho tratamiento¹⁰².

Una figura que pasa a ocupar un papel relevante es el Delegado de protección de datos, que será designado, cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en tratamientos de datos a gran escala o se traten categorías especiales de datos personales. Su nombramiento se llevará a cabo atendiendo a sus cualidades profesionales, en particular a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de

⁹⁶ Ibidem. Considerando (75).

⁹⁷ Reglamento (UE) 2016/679, cit. Considerando (58) y arts. 12 a 14.

⁹⁸ Ibidem. Artículo 17 RGPD.

⁹⁹ Ibidem. Art. 25.

¹⁰⁰ Ibidem. Art. 30.

¹⁰¹ Ibidem. Arts 33 y 34.

¹⁰² Ibidem. Art. 35.

datos y no recibirá ninguna instrucción respecto al desempeño de sus funciones¹⁰³.

Especial atención requieren las transferencias internacionales de datos personales, que se regulan de modo muy extenso en el Reglamento, ya que el aumento de flujos transfronterizos plantea nuevos retos e inquietudes¹⁰⁴.

La Comisión evaluará si un determinado tercer país, al que afecten dichos flujos, respeta el Estado de Derecho, el acceso a la justicia y las normas y criterios internacionales en materia de Derechos humanos¹⁰⁵. En el supuesto de considerar que un tercer país u organización internacional ya no garantiza un nivel de protección de datos adecuado, se prohibirá la transferencia de datos personales¹⁰⁶.

Sobre este punto, Piñar Mañas concluye que existen ciertos aspectos que merecerían una mayor atención en el RGPD, como la definición misma de la transferencia internacional. Considera que adquieren notable protagonismo las garantías adecuadas, y muy especialmente las normas corporativas vinculantes¹⁰⁷.

A fin de garantizar la aplicación coherente del RGPD, se refuerzan las competencias de las autoridades de control en los Estados miembros¹⁰⁸. Como mecanismo de coherencia para la cooperación entre las autoridades de control, se crea el Comité Europeo de Protección de Datos, dotado de personalidad jurídica, que sustituirá al Grupo de protección creado por la Directiva 95/46/CE (el denominado Grupo del Artículo 29), y contará con una secretaría a cargo del Supervisor Europeo de Protección de Datos¹⁰⁹.

Por último, pero no menos importante, se endurece de modo extraordinario el régimen sancionador, estableciéndose frente a las infracciones contempladas en el RGPD, la imposición de multas administrativas de una elevada cuantía, pudiendo llegar hasta veinte millones de euros o, tratándose de una empresa, el cuatro por ciento del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior¹¹⁰.

6.- IMPLEMENTACIÓN DEL RGPD EN ESPAÑA: EL NUEVO PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS

¹⁰³ Ibidem. Arts. 37 a 39.

¹⁰⁴ Ibidem. Considerando (101) y arts. 44 a 50.

¹⁰⁵ Ibidem. Considerando (104).

¹⁰⁶ Ibidem. Considerando (107).

¹⁰⁷ J.L. PIÑAR MAÑAS, "Las transferencias internacionales en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", en VV.AA., *Los Retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 2098.

¹⁰⁸ RGPD, cit. Considerandos (117) a (134) y arts. 51 a 67.

¹⁰⁹ Ibidem. Considerandos (135) a (140) y arts. 68 a 76.

¹¹⁰ Ibidem. Arts. 83 y 84.

Los Estados miembros se encuentran obligados a integrar la normativa de la Unión Europea en sus respectivos ordenamientos jurídicos. En el caso de los Reglamentos, a pesar de su eficacia directa¹¹¹, pueden existir normas internas de desarrollo. En nuestro país, la adaptación a las prescripciones del RGPD ha llevado a la elaboración de una nueva ley orgánica que sustituya a la actual, encontrándose en tramitación el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal¹¹² (en adelante PLOPD). En la «Memoria de análisis de impacto normativo¹¹³» del citado proyecto de ley orgánica se plantea la necesidad de adaptación al RGPD, para evitar contradicciones con la normativa interna e introducir mejoras concretas en el ordenamiento jurídico español tanto en la normativa general como en las normas sectoriales en materia de protección de datos.

Como se indica en dicho proyecto¹¹⁴, su objeto es adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD, clarificando y completando sus disposiciones, dentro de los márgenes de habilitación que él mismo establece, y depurando el ordenamiento nacional, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

Entre sus novedades más reseñables, cabe destacar la regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, existiendo la posibilidad de que sus herederos y, cumpliendo determinadas condiciones, el albacea testamentario, puedan solicitar acceso a dichos datos, así como su rectificación o supresión, salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley¹¹⁵.

Particular atención merece la nueva regulación del consentimiento del afectado¹¹⁶, que excluye expresamente lo que se conocía como «consentimiento tácito» y fija en trece años la edad a partir de la cual los menores pueden prestar su consentimiento.

En relación a las categorías de datos especialmente protegidos, se mantiene la prohibición de llevar a cabo tratamientos con la única finalidad de almacenar información referida a estas categorías de datos, contemplando de forma expresa que “el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento

¹¹¹ Artículo 288, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (Versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* n° C 326 de 26/10/2012)

¹¹² Texto del proyecto elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, en su condición de órgano consultivo superior del Ministerio de Justicia. Remitido a las Cortes Generales por acuerdo adoptado en Consejo de Ministros el 10 de noviembre de 2017.

¹¹³ Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal, Ministerio de Justicia, 10 de noviembre de 2017.

¹¹⁴ Proyecto LOPD, cit. Exposición de Motivos y artículo 1.

¹¹⁵ *Ibidem*. Artículo 3.

¹¹⁶ *Ibidem*. Artículos 6 y 7.

de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”¹¹⁷.

Respecto al principio de transparencia acerca del tratamiento, se contempla la denominada «información por capas», ya aceptada en ámbitos como el de la videovigilancia o la instalación de dispositivos de almacenamiento masivo de datos, facilitando en un primer momento la información básica y derivando de forma sencilla a la restante información¹¹⁸.

Se recogen disposiciones aplicables a tratamientos concretos¹¹⁹, que en ningún caso suponen un *numerus clausus*, incorporando una serie de supuestos como el tratamiento de datos de contacto y de empresarios individuales, sistemas de información crediticia, tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles, tratamientos con fines de vídeo vigilancia, sistemas de exclusión publicitaria, sistemas de información de denuncias en el sector privado, tratamiento de datos en el ámbito de la función estadística pública, tratamiento de datos con fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públicas y tratamiento de datos relativos a infracciones y sanciones administrativas.

Se regula ampliamente el régimen de funcionamiento y las potestades de la Agencia Española de Protección de Datos¹²⁰, con referencia a las Autoridades autonómicas¹²¹.

Por último, partiendo de que el régimen sancionador establecido en el RGPD ofrece un amplio margen de apreciación, se describen las conductas típicas, estableciendo distinción entre infracciones muy graves, graves y leves, con enumeración, a modo de ejemplo, de algunas conductas constitutivas de actos sancionables. Igualmente, se regulan los supuestos de interrupción de la prescripción.

7.- POSIBLES CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como consecuencia de que el RGPD pasa a ser la norma principal para la regulación de la protección de los datos personales en la Unión Europea, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se van a ver irremediamente afectados por la aplicación de dicha normativa.

En nuestro país, el efecto más inmediato y significativo de la implantación del RGPD, como recoge el Dictamen del Consejo de

¹¹⁷ Ibidem. Artículo 10.

¹¹⁸ Ibidem. Exposición de Motivos y artículo 11.

¹¹⁹ Ibidem. Artículos 19 a 27.

¹²⁰ Ibidem. Artículos 44 a 56.

¹²¹ Ibidem. Artículos 57 a 59.

Estado sobre el anteproyecto de LOPD, consistirá en que «un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución Española va a ser directa y principalmente regulado en una norma europea, con un papel únicamente de desarrollo o complemento de las normas nacionales.

Ello implica también un traslado parcial del canon constitucional de protección del derecho fundamental, que, en cuanto se refiere a actividades regidas por el Derecho de la Unión Europea, deberá regirse por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, y por la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Unión»¹²².

En el mismo sentido, el Informe del Consejo General de Poder Judicial (en adelante CGPJ)¹²³, sobre dicho anteproyecto, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, señala que «a la ley orgánica prevista en el artículo 81.1. CE corresponde el desarrollo directo del derecho fundamental, la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas [...] cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional»¹²⁴.

En su Informe complementario¹²⁵, el CGPJ contempla que la interpretación estricta del alcance de la reserva de ley orgánica respecto al desarrollo de los derechos fundamentales, a fin de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas, constituye doctrina constitucional consolidada¹²⁶.

Igualmente, el Informe resalta que «queda claro que la materia del RGPD se proyecta sobre el ámbito propio del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.4 CE. Ciertamente, por imperativo del principio de autonomía del derecho europeo no procede establecer

¹²² Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, de 28 de octubre de 2017, pág. 29.

¹²³ Acuerdo adoptado en Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el “Informe sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, de 26 de julio de 2017, pág. 7.

¹²⁴ Vid. por todas: SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 16; 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3.b.

¹²⁵ Acuerdo adoptado en Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el “Informe complementario del emitido sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, de 26 de octubre de 2017, pág.3.

¹²⁶ Vid. Por todas: SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7; 129/1999, de 1 de julio, FJ 2; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 12; 135/2006, de 27 de abril, FJ2.

relación alguna entre la norma constitucional que reconoce un derecho fundamental y el Reglamento UE»¹²⁷.

Resulta patente que la implantación del RGPD va a suscitar controversias en nuestro ordenamiento jurídico al más alto nivel, al incidir directamente en el ámbito del canon de constitucionalidad. Esto hace que cobre plena actualidad el debate sobre la primacía del Derecho europeo.

Con objeto de acercarnos a dicho debate, a efectos aclaratorios, a continuación se expondrán someramente tanto la configuración de las leyes orgánicas en la regulación de los derechos fundamentales en nuestra constitución, como los principios que rigen las relaciones entre los ordenamientos jurídicos español y de la Unión Europea, con indicación del papel desempeñado por los tribunales españoles y europeos.

8.- LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: VISIÓN Y SIGNIFICADO DE LA LEY ORGÁNICA

Los derechos fundamentales que, según Peces-Barba, funcionan como principios en su dimensión objetiva y como pretensiones justificadas y dedicadas en su dimensión subjetiva¹²⁸, se encuentran consagrados en la Sección primera, Capítulo segundo del Título primero, de la Constitución Española de 1978. Siguiendo la conceptualización efectuada por L. Prieto, los principales rasgos que caracterizan a los derechos fundamentales son la universalidad y la supremacía¹²⁹. Podría considerarse que dichas características constituyen la base de «la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de ley orgánica¹³⁰».

La figura de las leyes orgánicas se contempla por primera vez en de la Constitución Española de 1978¹³¹, no teniendo precedentes en nuestro constitucionalismo histórico. El artículo 81 CE preceptúa: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos

¹²⁷ Acuerdo adoptado en Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el "Informe complementario del emitido sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", cit. Pág. 4.

¹²⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Las funciones de la Constitución", en VV.AA., *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2007, p. 57.

¹²⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Ed. Palestra, 2002, p. 32

¹³⁰ STC 101/1991, de 13 de mayo, BOE núm. 145, de 18 de junio de 1991, FJ. 2. A mayor abundamiento, vid. por todas: SSTT 5/1981, de 13 de febrero; 167/1987, de 27 de octubre; 142/1993, de 22 de abril.

¹³¹ Constitución Española de 1978, artículo 81. Correspondencia con el artículo 74 del borrador y artículo 73 del Anteproyecto. Vid. Boletines Oficiales de la Cortes de 5 de enero de 1978, 17 de abril de 1978 y 28 de octubre de 1978.

fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto¹³²».

Para Óscar Alzaga¹³³, «no resulta fácil dar una definición completa respecto de lo que la Constitución entiende por ley orgánica [...] cabría decir que son leyes orgánicas aquellas a las que este artículo de la Constitución Española confiere tal rango.

Forma parte del concepto de ley orgánica el singular procedimiento de elaboración que se ha de seguir para su aprobación, modificación o derogación». Concluye que «las leyes orgánicas se conciben como un tipo de disposiciones que se sitúan en la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, y cuyo procedimiento de gestación, alteración o supresión está dotado de una ligera nota de rigidez»¹³⁴.

El concepto híbrido de la ley orgánica que el constituyente había acuñado, se construyó en base a un elemento material, contemplado en el párrafo primero del artículo 81 CE, y un elemento formal, incorporado por el párrafo segundo de dicho artículo, que comporta cierta superioridad de rango de este tipo de ley¹³⁵.

Este autor precisa que las motivaciones por las que la Constitución prevé un amplio número de leyes orgánicas son, entre otras: dotar de estabilidad a la legislación sobre derechos fundamentales e instituciones básicas del Estado, prolongar un cierto espíritu de consenso en materias trascendentes y poner “a cubierto” el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales¹³⁶.

En opinión de Enrique Linde, «la ley orgánica se caracteriza por dos notas diferenciales: tener un ámbito material predeterminado por la Constitución y requerir su aprobación (modificación o derogación), la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, en una votación final sobre el conjunto [...] La importancia de la existencia de materias reservadas a ley orgánica, reside en que,

¹³² El procedimiento de tramitación de los proyectos y proposiciones de leyes orgánicas se encuentra regulado en los artículos 130 a 132 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982.

¹³³ Óscar Alzaga Villaamil, fue miembro de la Comisión Constituyente del Congreso de los Diputados.

¹³⁴ O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución Española de 1978* (comentario sistemático), Ed. Del Foro, Madrid 1978, p. 538.

¹³⁵ O. ALZAGA VILLAAMIL, “En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, primer semestre 2000, UNED, pp. 124 a 126.

¹³⁶ *Ibidem*. pp. 120-121.

sobre ellas no pueden recaer otros tipos o modalidades normativas»¹³⁷.

El sentido de la ley orgánica es prolongar el consenso del proceso constituyente que presidió la elaboración del texto constitucional, a fin de garantizar la estabilidad del sistema jurídico que exige un amplio acuerdo entre las fuerzas políticas en lo relativo al núcleo constitucional¹³⁸.

Según indica Pilar Mellado, la ley orgánica constituye una de las innovaciones más importantes que ha introducido nuestra Constitución en el sistema de fuentes¹³⁹.

Recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, respecto al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, afirma que «la ley orgánica tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o los desarrollen de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir necesariamente sobre su ámbito y límites»¹⁴⁰.

9.- PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La Unión Europea se caracteriza por un conjunto de valores, principios y objetivos, cuya importancia radica en dotar de una unidad axiológica y teleológica que, en opinión de Concepción Escobar, contribuyen a definir la parte dogmática de una "Constitución material" de la Unión¹⁴¹.

El sistema jurídico de la Unión Europea, está basado en un pacto entre Estados soberanos, lo que implica que las reglas del Derecho de la Unión, considerado como «Derecho *sui generis*» de carácter autónomo, sean distintas de las habituales del Derecho interno, sobre todo en el ámbito constitucional¹⁴².

La aceptación por parte de los Estados miembros de unas reglas jurídicas determinadas por la organización supranacional, podría

¹³⁷ E. LINDE PANIAGUA, *Leyes orgánicas* (Un estudio de legislación y jurisprudencia), Linde Editores, S.A., Madrid 1990, pp. 11 y 13.

¹³⁸ Ibidem. pp. 131-132.

¹³⁹ P. MELLADO PRADO, "La ley orgánica", en VV.AA., *El sistema de fuentes en el ordenamiento español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2010. pp. 198 a 201.

¹⁴⁰ Vid. por todas, SSTC 101/1991, de 13 de mayo; 142/1993, de 22 de abril.

¹⁴¹ C. HERNANDEZ ESCOBAR, "La Unión Europea", en VV.AA., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 24.

¹⁴² J. ZILLER, "La naturaleza del Derecho de la Unión Europea", en VV.AA., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 34.

producir un desajuste entre las fuentes del Derecho interno y del Comunitario¹⁴³. Las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos de los Estados miembros se rigen por una serie de principios entre los que destacan los de atribución de competencias, subsidiariedad, proporcionalidad, eficacia directa y primacía¹⁴⁴.

El principio de atribución de competencias¹⁴⁵ implica que la Unión, para conseguir sus objetivos, solo puede actuar dentro del límite de las competencias que tiene atribuidas por los Estados miembros¹⁴⁶.

Un problema esencial es la delimitación de la extensión de dichas competencias¹⁴⁷. En el caso español, la atribución de competencias se produjo en base a lo establecido en el artículo 93 de la Constitución¹⁴⁸, como consecuencia del Tratado de adhesión de España a la CEE de 12 de agosto de 1985¹⁴⁹.

Los diferentes tipos de competencias, ya sean exclusivas o compartidas, se instrumentalizan mediante los denominados «actos típicos», fundamentalmente reglamentos caracterizados por ser obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables¹⁵⁰.

El artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea, consagra el principio de subsidiariedad, mediante el cual la Unión intervendrá en caso de que los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados

¹⁴³ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho", en VV.AA., *La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros*, ED. Dykinson, S.L., Madrid 2011, pp. 131 a 152.

¹⁴⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, entre NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos y Administración Tributaria neerlandesa.

¹⁴⁵ Este principio no figuraba explícitamente en los Tratados constitutivos, fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Van Gend en Loos (1963) y posteriormente recogido por el Tratado de Lisboa, contemplándose en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁴⁶ J. SARRIÓN ESTEVE, *Lecciones Fundamentales de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 37.

¹⁴⁷ T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra 2006, pág. 63.

¹⁴⁸ Artículo 93 de la Constitución Española de 1978, "Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

¹⁴⁹ Ratificado por Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, BOE, núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

¹⁵⁰ A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, cit. pág.139.

miembros, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida¹⁵¹.

La aplicación del principio de proporcionalidad se realiza para juzgar si una regulación cuyo propósito es promover un interés público, deviene contraria al texto fundamental por restringir un derecho o bien constitucionalmente protegido¹⁵².

El principio de efecto directo, junto con el de primacía, producen un desplazamiento del derecho interno¹⁵³. Una norma jurídica de la Unión directamente aplicable no necesita la adopción de ninguna norma interna y confiere derechos a los particulares para invocarla ante los tribunales nacionales¹⁵⁴.

El principio de primacía, como bien indica Yolanda Gómez Sánchez, posiblemente sea la más importante característica del Derecho de la Unión Europea, al constituir un ordenamiento jurídico propio que se integra en el de los Estados miembros¹⁵⁵. Esta primacía opera no solo en relación con los poderes legislativos y ejecutivos, sino que también vincula a los órganos jurisdiccionales que, según Linde Paniagua, son órganos jurisdiccionales del ordenamiento jurídico comunitario¹⁵⁶.

Este principio no se contempla de modo expreso en los Tratados comunitarios, sino que es fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵⁷. La sentencia *Costa Enel*, supone un hito al considerar que «el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros [...] que han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos [...] La primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza obligatoria y son directamente aplicables en cada Estado miembro»¹⁵⁸.

¹⁵¹ F. CASTRO-RIAL GARRONE, "El sistema competencial de la Unión Europea", en VV.AA., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 59.

¹⁵² T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, cit. p. 163.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 142.

¹⁵⁴ N. STOFFEL VALLOTON, "Derecho de la Unión y Derecho nacional", en VV.AA., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 224.

¹⁵⁵ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Ed. Sanz y Torres, S.L., Madrid 2014, p. 89.

¹⁵⁶ E. LINDE PANIAGUA, "El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea", en VV.AA., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 2005, p. 471.

¹⁵⁷ La Declaración núm. 17 aneja al Acta final del Tratado de Lisboa, hace referencia al principio de primacía, como construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁵⁸ Sentencia Tribunal de Justicia, asunto 6/64, de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa Vs ENEL (Ente Nazionale Energia Elettrica)*

En el mismo sentido, la sentencia Simmenthal¹⁵⁹, reconoce que «en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también [...] impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias».

La principal función de la primacía es la de garantizar la unidad y el mantenimiento de las condiciones de lo global dentro de un sistema compuesto, a fin de que los objetivos encomendados al ámbito de actuación europeo sean realizables de manera homogénea y uniforme. Se trata de un elemento de unidad que protege los objetivos de la integración¹⁶⁰.

De este modo, el principio de primacía se convierte en garantía esencial del correcto funcionamiento del sistema jurídico sobre el que se construye la Unión Europea, incidiendo sobre categorías consolidadas en los sistemas jurídicos internos, incluso en el ámbito constitucional¹⁶¹.

10.- EL INELUDIBLE DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO: CUESTIONES DE PRIMACÍA Y SUPREMACÍA

Una de las consecuencias más relevantes producida por los principios de primacía y efecto directo es la alteración de la posición y función constitucionales del Juez. En el sistema jurídico español, el eje central es la aceptación de la Constitución de 1978 como norma suprema¹⁶². Esta supremacía dicta que la validez de cualquier disposición que pertenezca al orden jurídico derivado de la Constitución, depende de la misma, tanto desde el punto de vista sustantivo como formal¹⁶³.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, asunto 106/77, de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle Finanze Stato y SpA Simmenthal.

¹⁶⁰ M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2011, pp. 80-81.

¹⁶¹ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ,; R. OJINAGA RUIZ, "La primacía del Derecho de la Unión Europea", en VV.AA., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea. Tomo IV, Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, S.A, Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 445.

¹⁶² A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros*, cit. pp. 124 y 148

¹⁶³ M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, cit. p 83.

En el Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia parte de la visión de un Derecho europeo autónomo y dotado de total eficacia y primacía sobre el de los Estados miembros¹⁶⁴. A raíz de la asunción por el Tribunal de Justicia de la tutela de los derechos fundamentales como función propia, se ha producido una cierta “constitucionalización” del Derecho comunitario de manera clara y fehaciente¹⁶⁵, lo que repercute en la posición de los Tribunales Constitucionales¹⁶⁶.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español¹⁶⁷, se refiere a la primacía como un principio de aplicación de normas que no afecta a la supremacía de la Constitución, puesto que opera respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado en virtud del artículo 93 CE¹⁶⁸.

Especial trascendencia reviste la Declaración del Tribunal Constitucional sobre la inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁶⁹. Dicha Declaración reconoce que coexisten tres regímenes o parámetros en la tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta), que determinan un proceso de influencias mutuas no exento de problemas.

Concluye que la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión no contradice la supremacía de la Constitución, ya que son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados: la primacía en el de la aplicación de normas válidas, de las cuales una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente; la supremacía en el de los procedimientos de normación,

¹⁶⁴ Vid. por todas: SSTJ asunto 26/62, de 5 de febrero de 1963; asunto 6/64, de 15 de julio de 1964; asunto 11/70, de 17 de diciembre de 1970; asunto 106/77, de 9 de marzo de 1978.

¹⁶⁵ J. SARRIÓN ESTEVE, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2013, pp. 24y 128.

¹⁶⁶ X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2015, p. 152.

¹⁶⁷ Vid. por todas: SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ6; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4; 120/1998, de 15 de junio, FJ 4 y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10.

¹⁶⁸ J.SARRIÓN ESTEVE, *Lecciones fundamentales de Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 82.

¹⁶⁹ Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, formulada ante el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

sustentándose en el carácter jerárquico superior de una norma, fuente de validez de las que le están infraordenadas¹⁷⁰.

Otra aportación importante es el reconocimiento explícito de que la cesión constitucional posibilitada por el artículo 93 CE, tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión, a saber: el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicos y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia¹⁷¹.

De este modo, el Tribunal Constitucional incorpora la «teoría de los contralímites»¹⁷², relativa a los límites impuestos por la Constitución a las limitaciones producidas como consecuencia de la cesión voluntaria de soberanía a favor del ordenamiento jurídico europeo.

El nudo gordiano de la disensión entre tribunales, se produce con el planteamiento por parte del Tribunal Constitucional de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a la tramitación de un recurso de amparo promovido por don Stefano Melloni, en relación con las garantías de ejecución de una orden europea de detención y entrega¹⁷³.

El Tribunal de Justicia dictó sentencia, afirmando tajantemente que «según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión [...] la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado»¹⁷⁴.

Para Yolanda Gómez, cabe concluir que, en esta sentencia el Tribunal de Justicia, niega la posibilidad de aplicación del «mejor estándar»¹⁷⁵, contemplada en el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales, entendiendo que el sistema multinivel se construye a través del consenso en la elaboración del Derecho de la Unión Europea, en que los Estados miembros tienen la oportunidad de

¹⁷⁰ Declaración TC 1/2004, cit. FJ 4.

¹⁷¹ Ibidem. FJ 2.

¹⁷² C. ESCOBAR HERNÁNDEZ; R. OJINAGA RUIZ, *La primacía del Derecho de la Unión Europea*, cit. p. 483.

¹⁷³ Auto 86/2011, de 9 de junio, por el que se acuerda el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión europea y la suspensión de la tramitación del recurso de amparo 6922-2008, promovido por don Stefano Melloni.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, presentada por el Tribunal Constitucional mediante resolución de 9 de junio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2011, en el procedimiento entre Stefano Melloni y Ministerio Fiscal.

¹⁷⁵ En caso de que existan diferencias entre los niveles de protección de los derechos, el principio de primacía obliga a aplicar el estándar europeo, aunque éste sea inferior al de los Estados miembros.

defender sus posiciones, pero una vez adoptada la norma, el principio de primacía es de aplicación inexcusable¹⁷⁶.

El Tribunal Constitucional español, denegó el recurso de amparo, reiterando la doctrina de «los contralímites», pero reconociendo que es el propio Derecho de la Unión el que garantizará el presupuesto para la aplicación de su primacía y que «no le corresponde a este Tribunal realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión, control que debe realizar, en todo caso, el Tribunal de Justicia al resolver, entre otros procesos, las cuestiones prejudiciales de validez que, en su caso, se le planteen»¹⁷⁷.

En opinión de A. Lazari, «el principio de primacía se une simbióticamente con el criterio judicial de interpretación del derecho nacional, mediante un bagaje hermenéutico comunitario, se trata de un nuevo sistema de aprendizaje jurídico»¹⁷⁸.

Para F. Vecchio, la identidad constitucional, como contralímite al derecho comunitario, no representa hoy en día un desafío creíble a la primacía, sino que podría ser el medio para conseguir el diálogo perfecto entre instituciones judiciales de los dos niveles del sistema integrado y para garantizar la unidad de un ordenamiento fluido y dinámico¹⁷⁹.

Una acertada reflexión es la que efectúa J.A. Xiol, afirmando que la crisis de los paradigmas actuales parecen confluir hacia un paradigma constitucional en que la construcción del Derecho se basa en el diálogo, en particular entre tribunales, como compromiso mutuo inspirado en valores comunes¹⁸⁰.

En el mismo sentido, Díez-Hochleitner, propone que se desdramatice la tensión dialéctica que se produce en ocasiones entre los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia, ya que no se puede evitar que el diálogo entre instituciones se produzca desde la reivindicación de la importancia de sus respectivas funciones¹⁸¹.

¹⁷⁶ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, cit. pp. 114. 115 y 126.

¹⁷⁷ STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014, FJ 3.

¹⁷⁸ A. LAZARI, "La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España: el diálogo entre jueces tejedores", en VV.AA., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, p. 689.

¹⁷⁹ F. VECCHIO, *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015, p. 28.

¹⁸⁰ J.A. XIOL RÍOS, "El diálogo entre Tribunales", en *Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, p. 55.

¹⁸¹ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, "El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?", en *Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, p. 108.

Considero que uno de los elementos que puede actuar como catalizador en ese «diálogo entre Tribunales», es la sistematización del planteamiento de la cuestión prejudicial que, según reconoce el Tribunal Constitucional, configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico¹⁸². A este respecto, conviene traer a colación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordando que «el procedimiento de remisión prejudicial, previsto en el artículo 267 TFUE, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión»¹⁸³.

11.- CONCLUSIONES

1. Con la exposición realizada en este trabajo, queda patente que nos encontramos sumidos en una gran transformación social, promovida por el vertiginoso desarrollo tecnológico que supera unas expectativas hasta hace poco inimaginables, generando potenciales riesgos difíciles de controlar, que afectan de modo perentorio a nuestra privacidad.

En este escenario, la información juega un papel relevante, convirtiéndose en elemento esencial de esta nueva cultura digital. Nuestros datos personales circulan por la red a gran velocidad, en ocasiones de modo descontrolado sin que nos percatemos de ello, en otras aportados por nosotros mismos.

La tecnología posibilita el tratamiento de ingentes cantidades de datos, lo que conduce a que fácilmente se generen nuestros perfiles, se monitoricen nuestros hábitos de vida y nuestra identidad tanto digital como personal quede expuesta en ese gran escaparate que es Internet.

2. Esta situación se agrava debido a que ya no existe ningún tipo de fronteras ni barreras físicas, que sirvan para controlar los flujos de datos. En cuestión de segundos, una determinada información puede darse a conocer en cualquier punto del planeta simultáneamente. El principal problema que esto plantea es la diversidad de regulaciones

¹⁸² STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, BOE núm. 120. Suplemento, de 18 de mayo de 2004, FJ. 10.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de julio de 2016, asunto C-614/14. A mayor abundamiento, vid. por todas: SSTJ asunto C-54/07, de 10 de julio de 2008; asunto C-617/10, de 26 de febrero de 2013; asunto C-129/14, de 27 de mayo de 2014; asunto C-83/14, de 16 de julio de 2015; asunto C-50/14, de 28 de enero de 2016; asunto C-547/14, de 4 de mayo de 201; asunto C-268/15, de 15 de noviembre de 2016; asunto C-395/15, de 1 de diciembre de 2016; asunto C-638/16, de 7 de marzo de 2017; asunto C-89/16, de 13 de julio de 2017; asunto C-73/16, de 27 de septiembre de 2017.

jurídicas en materia de protección de datos, que varían notablemente de un país a otro, incluso en algunos ni siquiera existe una normativa al respecto dando lugar a los denominados «paraísos de datos», en los que se puede efectuar todo tipo de tratamientos de datos con total impunidad.

3. Está comenzando a despertarse una cierta conciencia social respecto a la importancia de proteger la privacidad, existiendo numerosas iniciativas de regulación incluso en las altas instancias internacionales. A pesar de que esta sea una empresa hercúlea, ya que afecta a una gran diversidad de culturas jurídicas, resulta vital encaminarse hacia unos estándares globales de aplicación a nivel mundial.

4. En este sentido, la Unión Europea ha dado un paso decisivo, al abordar un cambio normativo que supone un giro copernicano en materia de protección de los datos personales. No se trata de una mera reforma legislativa, sino de una transformación cultural, de un nuevo canon encaminado hacia la homogeneización jurídica.

La promulgación del Reglamento General de Protección de Datos supone un hito que marcará la senda a seguir tanto por los Estados miembros, como por el resto del mundo, al prestar especial atención a las transferencias internacionales de datos.

En mi opinión, es un avance muy positivo, ya que para enfrentarse a retos globales, es preciso contar con instrumentos jurídicos que superen el ámbito nacional. Sin embargo, al encontrarnos ante un cambio de paradigma tan drástico, será preciso realizar importantes esfuerzos de adaptación.

5. En nuestro país, ya se han tomado medidas de cara a dicha adaptación, con la tramitación de una nueva ley orgánica que servirá de complemento al Reglamento europeo, de aplicación directa desde el 25 de mayo del presente año. Sin embargo, el hecho de que sea un reglamento el que regule el núcleo de un derecho fundamental como es el de la protección de datos, dejando un papel secundario a la ley orgánica, puede generar controversias que afecten a los cimientos del sistema constitucional.

6. La relevancia de los principios que sustentan las relaciones con la Unión Europea, sobre todo el de primacía de su Derecho sobre el de los Estados miembros, y el hecho de que nos encaminemos hacia una Unión no solo económica, sino sobre todo de derechos, plantean la necesidad de un nuevo enfoque en nuestro ordenamiento jurídico. Posiblemente el Reglamento General de Protección de Datos supondrá la primera iniciativa que abra paso a una regulación unificada de todos los derechos fundamentales contemplados en la Carta Europea.

7. Resulta preciso tener en consideración que en las cuatro décadas transcurridas desde la promulgación de nuestra Constitución, se ha producido una gran transformación social, sobre todo desde la

incorporación de España a ese proyecto común que es la Unión Europea. Es necesario que los cánones constitucionales se adecuen a esta nueva realidad, a través del procedimiento de reforma previsto en la propia Constitución y que hasta la fecha únicamente se ha puesto en práctica en dos ocasiones.

8. La incorporación de la normativa europea en materia de protección de los derechos fundamentales al bloque de constitucionalidad es una cuestión de coherencia, ya que, a pesar de que existen tres instrumentos básicos de protección (Constitución, Convenio Europeo y Carta), el núcleo de cada uno de los derechos es único, por ello debe tenderse a la concatenación de dichos instrumentos jurídicos. Esto no significa que nuestro país deba ceder la responsabilidad de la regulación a las instituciones de la Unión Europea, sino que tendrá que prestar especial atención al proceso de elaboración de la normativa europea, en el que participa activamente, en colaboración con el resto de Estados miembros.

9. En este nuevo marco, desempeñarán un papel protagonista los órganos del poder judicial nacionales y europeos, por lo que resulta imprescindible que el diálogo entre tribunales se desarrolle de un modo mucho más fluido, teniendo en cuenta además que todos persiguen un objetivo común como es la protección de los derechos humanos.

12.- BIBLIOGRAFÍA

B. ADSUARA VARELA, "El consentimiento", en VV.AA., *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, S.A., Madrid 2016, pp. 151 a 169.

O. ALZAGA VILLAAMIL, "En torno al concepto de ley orgánica en la Constitución", en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, primer semestre 2000, UNED, pp. 115 a 142.

O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ed. Del Foro, Madrid 1978.

X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2015.

T. BERNERS-LEE, *Tejiendo la red*, Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid 2000, (traducción Mónica Rubio Fernández).

F. CASTRO-RIAL GARRONE, "El sistema competencial de la Unión Europea", en VV.AA., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 48 a 72.

M.CERUTI.; E. MORIN, *Nuestra Europa*, Ed. Paidós, Barcelona 2013.

R. DE ASÍS ROIG, "Algunos de los retos del constitucionalismo del siglo XXI: especial atención a los derechos humanos", en VV.AA.,

Los Retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 409 a 422.

A. DE JULIOS-CAMPUZANO, "La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización", en VV.AA., *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2007, pp. 79 a 111.

T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El sistema europeo de distribución de competencias*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra 2006.

J. DÍEZ-HOCHLEITNER, "El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, pp. 57 a 108.

C. ESCOBAR HERNÁNDEZ; R. OJINAGA RUIZ, "La primacía del Derecho de la Unión Europea", en VV.AA., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea. Tomo IV, Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, S.A, Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 441 a 485.

A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet", en VV.AA., *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 79 a 111.

A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2016.

A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho", en VV.AA., *La incidencia de la Unión Europea en el sistema interno de fuentes de los Estados miembros*, ED. Dykinson, S.L., Madrid 2011, pp. 131 a 152.

J.M. GOIG MARTÍNEZ, "La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia", en *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 111 a 149.

Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Ed. Sanz y Torres, S.L., Madrid 2014.

C. HERNANDEZ ESCOBAR, "La Unión Europea", en VV.AA., *Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 19 a 36.

A. LAZARI, "La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España: el diálogo entre jueces tejedores", en VV.AA., *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, pp. 665 A 748.

E. LINDE PANIAGUA, "El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea", en VV.AA., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 2005, pp. 367 a 514.

E. LINDE PANIAGUA, *Leyes orgánicas (Un estudio de legislación y jurisprudencia)*, Linde Editores, S.A., Madrid 1990.

P. MELLADO PRADO, "La ley orgánica", en VV.AA., *El sistema de fuentes en el ordenamiento español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2010. pp. 197 a 211.

P. ORTIZ LOPEZ, "Redes Sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal", en VV.AA., *Derecho y redes sociales*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 21 a 37.

G. ORWELL, "1984", Ed. Destino, Barcelona 1957.

C. PAUNER CHULVI, "El uso emergente de Drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho a la protección de datos", en *Revista de Derecho Político*, UNED, N° 95, enero-abril 2016, pp. 83-116.

G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Las funciones de la Constitución", en VV.AA. *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2007, pp. 51 a 60.

A.E. PÉREZ LUÑO, "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías", en *Nuevas tecnologías y derechos humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 15 a 34.

A. E. PÉREZ LUÑO, *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho*, Ed. Fundesco, Madrid 1987.

J.L. PIÑAR MAÑAS, "Hacia un nuevo modelo de protección de datos", en VV.AA., *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, S.A., Madrid 2016, pp. 15 a 22.

J.L. PIÑAR MAÑAS, "Las transferencias internacionales en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos", en VV.AA., *Los Retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 2063 a 2098.

J.L. PIÑAR MAÑAS, "Revolución tecnológica y nueva Administración", en VV.AA., *Administración electrónica y ciudadanos*, Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 27 a 29.

L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Ed. Palestra, Lima 2002.

L. REBOLLO DELGADO; M.M. SERRANO PÉREZ, *Manual de protección de datos*, Editorial Dykinson, S.L., 2ª ed., Madrid 2017.

S. RODOTÁ, *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid 2014.

S. RODOTÁ, "Derecho y nuevo orden mundial" (traducción Emilssen González), en *Revista derecho privado*, N° 9, 2005, pp. 5 a 20.

M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2011.

J. SARRIÓN ESTEVE, *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2013.

J. SARRIÓN ESTEVE, *Lecciones Fundamentales de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

N. STOFFEL VALLOTON, "Derecho de la Unión y Derecho nacional", en *VVAA Instituciones de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, págs. 221 a 236.

F. VECCHIO, *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015.

VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *Ciberseguridad, la protección de la información en un mundo digital*, Ed. Ariel, S.A., Barcelona 2016.

VV.AA., FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *La gobernanza en Internet*, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 2008.

XIOL RÍOS, J.A. El diálogo entre Tribunales, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, "Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, págs. 11 a 56.

ZILLER, J. La naturaleza del Derecho de la Unión Europea, en VV.AA., "Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea", Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra) 2011, págs. 25 A 109.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL: EL CASO PARTICULAR DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE: THE PARTICULAR CASE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA IN RELATION TO CUSTOMARY LAW AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Elena C. Díaz Galán* y Harold Bertot Triana**

RESUMEN: La labor del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia tuvo un momento importante en la comprensión del principio de legalidad, como principio básico en la garantía de los derechos humanos, al enfrentar no sólo el derecho consuetudinario como fuente de derecho sino también diferentes modos o enfoques en la identificación de este derecho consuetudinario. Esta relación debe ser analizada a la luz de las limitaciones que tiene el derecho internacional y, sobre todo, de los procedimientos de creación de normas. No resulta fácil exigir responsabilidad en el cumplimiento del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. La práctica de este Tribunal abre una vía para la reflexión con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos humanos en cualquier circunstancia, incluso de aquellos que llevaron a cabo la comisión de graves crímenes contra la comunidad internacional.

ABSTRACT: *The work of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia was important for understanding the principle of legality as a key principle on the guarantee of Human Rights. The former was due to the Tribunal's work on having faced the customary law as a source of law using different perspectives for its identification. The link between customary law, principle of legality and human rights has to be analyzed taking in account the limits of International law and the procedures for creating legal norms. It is not easy to invoke responsibility in the fulfillment of international humanitarian law and international law of human rights. The practice developed by this Tribunal provides an avenue for thinking about ensuring the respect of the human rights in any case including the commission of grave crimes against international community.*

PALABRAS CLAVE: derecho internacional de los derechos humanos, principio de legalidad, derecho internacional humanitario, costumbre internacional

KEYWORDS: *international law of human rights, principle of legality, international humanitarian law, international custom*

Fecha de recepción: 02/10/2018

Fecha de aceptación: 11/10/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4510>

* Profesora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. E-mail: elenacdiaz1@gmail.com

** Profesor de Derecho Internacional Público. Universidad de la Habana, Cuba. E-mail: hbortot triana@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

La condena del 22 de Noviembre de 2017 al militar serbobosnio Ratki Mladic¹, conocido como “el carnicero de los Balcanes”, a cadena perpetua por la comisión, entre otros, del crimen de genocidio ocurrido en Srebrenica en 1993, marcó la última sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (TPIY), que funcionó durante más de veinte años, cerrando sus puertas en diciembre de 2017. Como expresó el Secretario General de Naciones Unidas António Guterres en su *Remarks at Closing Ceremony for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)*, el 1 de diciembre de 2017: “The Tribunal sat for more than 10,000 days of trial, and heard testimony from nearly 5,000 people. Ninety individuals were sentenced for their crimes, including genocide, war crimes and crimes against humanity. And beyond these numbers, the Tribunal gave a voice to victims. People who had experienced atrocious violence and tragic losses, including women and girls, were given the opportunity to tell their stories in court, to place their experiences on the record, and to see the perpetrators of crimes against them held accountable. This, in itself, has contributed to the healing process”².

El TPIY marcó un punto de inflexión en la historia del derecho penal internacional. Como manifestó el Secretario General de la ONU este Tribunal “demonstrated a new found and serious commitment by the international community that those responsible for perpetrating the most serious crimes of international concern should be held accountable for their actions”, siendo “a pioneer in creating the contemporary architecture of international criminal justice”. Así, “since the establishment of the Tribunal, we have seen a flourishing of entities established to ensure accountability, including the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Special Tribunal for Lebanon and, of course, the International Criminal Court”, “also helped to inspire prosecutions and trials for international crimes at the domestic level”³.

El impacto y trascendencia de este Tribunal para el desarrollo y consagración de normas consuetudinarias en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario resultaron notabilísimos⁴. En la actualidad,

¹ Ver los cinco volúmenes de la sentencia. *Prosecutor v. Ratko Mladić*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. IT-09-92-T, 22 November, 2017.

² GUTERRES, A., “Remarks at Closing Ceremony for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)” de 1 de diciembre de 2017, consultar en <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2017-12-21/international-criminal-tribunal-former-yugoslavia-closing-ceremony>

³ Ibid.

⁴ Sobre la importancia de este tribunal para el desarrollo del derecho consuetudinario del derecho internacional humanitario, ver el papel que jugó en cada una de sus materias en: *Perspectives on the ICRC study on customary*

no se puede construir el cuerpo de esta rama del derecho internacional, y del derecho penal internacional en general, sin tener en cuenta los aportes de este Tribunal en materias tan diversas como la definición de crímenes internacionales o la aplicación de las normas de derecho internacional humanitario tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados internos. Sin embargo, resulta cierto también que la complejidad en la identificación del derecho internacional consuetudinario, en una rama del derecho internacional tan controvertida como el derecho internacional humanitario –que es extensivo al derecho Internacional en general-, una vez que se concibió como una fuente imprescindible de derecho en la labor de este Tribunal, y la aplicación y respeto del principio de legalidad, elevado a norma consuetudinario internacional gracias al impulso decisivo del derecho internacional de los derechos humanos, puso en grandes aprietos a una instancia internacional urgida de hacer justicia ante la comisión de crímenes gravísimos para la comunidad internacional.

El trabajo se enfocará fundamentalmente en el impacto que tuvo una compleja metodología en la identificación del derecho consuetudinario en el principio de legalidad por parte de este Tribunal. Con ello, se realiza el análisis en el ámbito de las garantías de los derechos de las personas procesadas que el principio de legalidad buscaba salvaguardar y proteger. En todo caso, el trabajo busca, primero, exponer y analizar las dificultades en la identificación del derecho internacional consuetudinario y la metodología utilizada por el TPIY a partir de la exposición de un grupo de casos; y, segundo, estudiar en perspectiva cómo esta metodología impacta en la aplicación del principio de legalidad, asumido y proclamado por este Tribunal como regulador de su actividad.

2.- LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

El TPIY tiene causa, en palabras reiteradas del Consejo de Seguridad, en una serie de informes de “violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional humanitario, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina”. Pero, también, en “informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres

international Humanitarian Law, Edited by Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, Cambridge University Press 2007. Ver también a BOAS, G., BISCHOFF, J.L., REID, N.L., TAYLOR III, B.D., *International Criminal Procedure International Criminal law Practitioner library Series*, Volume II, Cambridge university Press, 2009; ROBERTS, K., “The Contribution of the ICTY to the Grave Breaches Regime”, *Journal of International Criminal Justice*, 7 (2009), pp.743-761. Ver igualmente el aporte del TPIY a la consolidación de disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 al derecho internacional consuetudinario. HENCKAERTS, J.M., “The Grave Breaches Regime as Customary International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 7 (2009), pp. 683-701.

masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de “depuración étnica”, inclusive para la adquisición y la retención de territorio”⁵. Entre otras muchas, por la Resolución 808 de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad, y en uso de las facultades que le estaban conferidas en el capítulo VII de la Carta -en tanto estos hechos constituían una “amenaza para la paz y la seguridad internacionales”-, este órgano, decidió establecer un “tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio del ex Yugoslavia desde 1991” y pedía al Secretario General que presentara cuanto antes para su examen por el Consejo un informe sobre todos los aspectos de esta cuestión⁶. Con la Resolución 827 de 1993, el Consejo de Seguridad decidió finalmente establecer dicho Tribunal y aprobó el informe del Secretario General, que contenía el Estatuto y unos comentarios jurídicos⁷.

El Estatuto reconocía competencia al Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia. De modo específico, las competencias del Tribunal se fijaron en los siguientes términos: competencia *ratione personae*, con respecto a las personas físicas; competencia *ratione loci*, en lo que concierne al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales; y competencia *ratione temporis*, que se extendía al período que comenzaba el 1º de enero de 1991. Establecía como crímenes internacionales por los cuales juzgar a los presuntos responsables *las infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, las violaciones de las leyes o prácticas de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad*. En cuanto a las reglas y procedimientos sería un Tribunal *sui generis*, en tanto el propio Estatuto en su artículo 15, delegó en los propios jueces la adopción de reglas de procedimiento⁸ y constituyó una mezcla de varios sistemas, cuyo “predominant structure gives deference to the adversarial common law system of criminal justice, although they depart from it in many ways. Laced

⁵ S/Res/ 827 (1993) 25 de mayo de 1993.

⁶ S/Res/ 808 (1993) 22 de febrero de 1993.

⁷ En el *asunto Tadić*, el Tribunal tuvo que resolver las posiciones que apuntaban a la acción del CS al establecer el Tribunal Internacional y al adoptar el Estatuto, donde se sostenía que funcionó más allá de sus facultades y, por lo tanto, el Tribunal Internacional, no estaba debidamente establecido.

⁸ BOAS G., BISCHOFF, J.L., REID, N.L., Taylor III, B.D., *International Criminal Procedure International Criminal law Practitioner library Series*, Volume III, Cambridge university Press, 2011, pp. 23 y 24.

from the start with concepts from the civil law or Romano-Germanic system of criminal procedure, the Rules have evolved through"⁹.

En el Informe aprobado por el Consejo de Seguridad, el Secretario General consideraba que el derecho internacional humanitario estaba conformado tanto por reglas de carácter convencional como consuetudinarias, y reconocía que la mayor parte de este derecho se formaba precisamente como derecho consuetudinario. Éste era el elemento clave, a juicio del Secretario General, para evitar la violación del principio de *nullum crimen sine lege*, en la medida que "the application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problema of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise. This would appear to be particularly important in the context of an international tribunal prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law"¹⁰. Por tanto, a juicio del Secretario General el derecho internacional convencional, que había pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, era el derecho aplicable a los conflictos armados como se establecía en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, en el Convenio de La Haya (IV) relativo a las leyes y costumbres de la guerra en tierra y el Reglamento anexo al mismo de 18 de octubre de 1907, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948, y la Carta del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945¹¹.

Aunque el Estatuto del TPIY no tenía autorización explícita para la aplicación general de derecho internacional consuetudinario¹², sirvió, en la lógica de Schabas, para delimitar el alcance de los crímenes en sí mismos sobre la base de las disposiciones derivadas de los tratados antiguos, para argumentar la no violación del principio de *nullum crimen sine lege* al argumentar que la ley se puede

⁹ BOAS, G., "A Code of Evidence and Procedure for International Criminal Law? The Rules of ICTY", *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Boas, Gideon; Schabas William, A., editors, Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston, 2003, pp. 1-34.

¹⁰ Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), S/25704 3 May 1993, United Nations, Security Council, p. 9.

¹¹ Ibid., p. 9.

¹² Sin embargo, la referencia en el art. 3 del Estatuto del TPIY a las "leyes o usos de la guerra" se ha interpretado como la incorporación dentro de la jurisdicción del Tribunal de todos los delitos reconocidos como "violaciones graves del derecho internacional humanitario" en la medida en que forman parte del derecho internacional consuetudinario. SCHABAS, W., "Customary Law or "Judge-Made" Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals", en *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Edited by José Doria Hans-Peter Gasser M. Cherif Bassiouni, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p. 79.

encontrar en la costumbre, aunque no se haya escrito, así como para resolver cuestiones procesales y probatorias, particularmente cuando encontraban lagunas en los textos aplicables¹³. En este punto, también la aplicación de *principios generales del derecho internacional Penal* tuvo que pasar primero la prueba de si formaban parte del derecho internacional consuetudinario, o más específicamente, “that to hold that a principle was part of customary international law, it has to be satisfied that State practice recognized the principle on the basis of supporting opinio juris”¹⁴.

El Tribunal aclaró que el Consejo de Seguridad podía adoptar definiciones de crímenes en el Estatuto que se apartaran del derecho internacional consuetudinario, pero entendió que, a menos que la intención de apartarse del derecho internacional consuetudinario se expresara en los términos del Estatuto o de otras fuentes autorizadas, como principio general, las disposiciones del Estatuto que definían los crímenes de la competencia del Tribunal debían interpretarse siempre como reflejo del derecho internacional consuetudinario¹⁵. En este sentido, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el *asunto Tadić* consideró que: “The same conclusion is reached if Article 5 is construed in light of the principle whereby, in case of doubt and whenever the contrary is not apparent from the text of a statutory or treaty provision, such a provision must be interpreted in light of, and in conformity with, customary international law. In the case of the Statute, it must be presumed that the Security Council, where it did not explicitly or implicitly depart from general rules of international law, intended to remain within the confines of such rules”¹⁶.

3.- PROBLEMAS ASOCIADOS A LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

La formación y determinación del derecho consuetudinario en el Derecho Internacional es un tema todavía pendiente para la comunidad internacional. Tanto es así que la Comisión de Derecho Internacional, en su 63º período de sesiones, celebrado en 2011, decidió incluir el tema titulado “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo¹⁷. En 2012, en su 64º período de sesiones, esta cuestión

¹³ Ibid, p.77.

¹⁴ *Prosecutor v Enver Hadzihanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, 16 July 2003, párrafo. 12.

¹⁵ *Prosecutor v. Tadić*, cit, párrafo. 296.

¹⁶ *Ibid*, párrafo 287.

¹⁷ Ver Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párrs. 365 a 367. El título del tema se simplificaría a “Identificación del derecho internacional consuetudinario” en su 65º período de sesiones, celebrado en 2013. (Documentos Oficiales de la Asamblea

pasaría a formar parte del programa de trabajo actual¹⁸. Los trabajos de esta Comisión pusieron de relieve la existencia de distintos enfoques cuando se trataba de estudiar la formación del derecho internacional consuetudinario en las distintas ramas del derecho internacional (derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario),¹⁹ y también se expresó la posible controversia sobre la actuación de los tribunales internacionales en la identificación de las normas de derecho internacional consuetudinario²⁰.

De la práctica de la Corte Internacional de Justicia, no se puede concluir un método claro y definitivo para su identificación²¹. Quien fuera Presidente la Corte Internacional de Justicia, Peter Tomka, consideró que "the Court continues to be faced with questions related to the status and scope of customary rules, even as they are increasingly codified"²². Y, en tal sentido, considera Tomka que "the Court has taken a pragmatic approach to determining the existence and content of international custom, considering whether a rule has been convincingly identified before moving on to consider the primary evidence of State practice and opinio juris",²³. Esto puede encontrar causa, tal vez, en inquietudes como las que expresó Alain Pellet, sobre el "misterio" y la "alquimia empírica" que preside en la Corte para "descubrir" una regla antes de aplicarla a un caso en concreto²⁴.

A diferencia de los Tratados como fuente de derecho, en la costumbre no es fácil, en muchas ocasiones, descubrir lo que los Estados realmente hacen, y el peso que se le debe dar a sus actos puesto que algunas conclusiones normativas que se extraerán de ellos pueden ser muy controvertidas²⁵. Desde hace algún tiempo el

General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párr. 65). Ver un análisis de los reportes de la CDI en: ARAJÄRVI, N., "The Requisite Rigour in the Identification of Customary International Law. A Look at the Reports of the Special Rapporteur of the International Law Commission", en *International Community Law Review* 19 (2017), pp. 9-46.

¹⁸ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10), párr. 268.

¹⁹ Comisión de Derecho Internacional 65º período de sesiones, cit, p. 9.

²⁰ Ibid, p. 30.

²¹ Ver: MENDELSON, M., "The International Court of Justice and the sources of international law", en *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Edited by Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, Cambridge University Press, 1996, p.67.

²² TOMKA, P., "Custom and the International Court of Justice", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 12 (2013), Martinus Nijhoff Publishers, p.215.

²³ Ibid.

²⁴ PELLET, A., "Shaping the Future in International Law: The Role of the World Court in Law-Making", in *Looking to the Future-Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, MartinusNijhoff, Leiden/Boston, 2010, p.1076; y pp. 1065-1083.

²⁵ MENDELSON, M., "The International Court of Justice and the sources of international law" cit, p. 67.

desacuerdo entre la doctrina y la práctica judicial internacional en torno al alcance y formación o, incluso, existencia del derecho consuetudinario, se ha caracterizado, como expone Kammerhofer, por “un alto grado de libertad en las ‘soluciones’ propuestas por académicos y jueces”²⁶. Persisten las dudas respecto a la determinación de la cantidad de práctica estatal que es necesaria para constituir una “regularidad conductual” suficiente que conforme el elemento material, en tanto existe dificultad para argumentar a favor o en contra de la relevancia de actos y declaraciones como práctica estatal²⁷.

En el Reporte Final “*Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*”, de la *International Law Association* en la Conferencia de Londres, en el año 2000, no faltaba razón cuando se advertía, entre las dificultades para establecer las normas sobre este tema, que el derecho consuetudinario es, por su propia naturaleza, el resultado de un proceso informal de creación de reglas, y que suscita cuestiones controvertidas de la teoría y la ideología: “For instance, those who regard State sovereignty and sovereign will as the very roots of international law are more inclined to look for consent (manifest or imputed) in the customary process than those who take a less State-centred stand point”²⁸.

En cuanto a la identificación del derecho consuetudinario en la actuación del TPIY, en su momento Theodor Meron sostuvo que si una condena penal por violar el derecho consuetudinario no codificado debía conciliarse con el principio de legalidad debía ser mediante el uso de métodos claros y bien establecidos para identificar el derecho consuetudinario. Apuntó, además, que en contraste con otros tribunales internacionales, “international criminal tribunals have taken an essentially conservative and traditional approach to the identification and application of customary international law principles”²⁹. Para éste, los miembros del TPIY habían superpuesto en el Estatuto la prueba de si cada uno de los crímenes dentro de las jurisdicciones del tribunal reflejan el derecho consuetudinario, aplicado no sólo a los crímenes específicamente recogidos como graves en el Convenio de Ginebra, llámese genocidio y crímenes contra la humanidad, sino también las violaciones de la leyes y costumbres de guerra que se mencionan en el artículo 3 del Estatuto.

²⁶ KAMMERHOFER, J., “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *EJIL* (2004), vol. 15 n.º. 3, p. 551.

²⁷ *Ibid*, pp. 551 y 552.

²⁸ *International Law Association London Conference (2000)*, Committee on formation of customary (General) International Law, Final Report of the Committee, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, pp. 2 y 3.

²⁹ MERON, T., “Revival of Customary Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 99, n.º. 4 (Oct., 2005), p. 821.

Merón de esta forma sostenía que: "(s)pecifically, and with rigor that has increased over the years, the chambers have engaged in a serious search for state practice and *opinio juris*"³⁰.

Sin embargo, no es posible aceptar y suscribir plenamente esta afirmación. El propio Merón tuvo que rendirse igualmente ante la evidencia de un Tribunal que, en ocasiones, ha reconocido un principio como derecho consuetudinario sin tener constancia específica de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*, aunque en su consideración en esas ocasiones se justificaba porque estaba claramente establecido en el tiempo en que se cometieron los hechos³¹. En realidad, el TIPY tuvo diferentes aproximaciones y diversas metodologías para indicar cuando una norma alcanzaba la naturaleza de consuetudinaria³². Este inconveniente hizo que algunos autores reclamaran cierta particularidad en los tribunales penales internacionales en el proceso de verificación de la práctica y la *opinio iuris*. A diferencia de otros tribunales que aplican el derecho internacional general, estos tribunales internacionales desarrollaron una labor marcada por un incontestable "activismo judicial"³³. En este plano, habría que tener en cuenta que la determinación de la "densidad" de la práctica para convertirse en norma consuetudinaria depende de la materia que se analice. Además, sería necesario analizar si estamos ante condiciones prohibitivas, obligatorias o permisivas³⁴.

De este modo, son muchos los factores que influyen en los criterios para la determinación del derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Según Cassese, la dificultad que deriva de la naturaleza no escrita de las normas consuetudinarias, agravadas en una rama del Derecho Internacional como el Derecho Penal internacional, con un "rudimentario" cuerpo de normas jurídicas, hace que los Tribunales tengan un importante rol en la construcción de esta rama del derecho, muy parecido a los sistemas del *common law* a través del "precedente judicial"³⁵. Todo ello tuvo como trasfondo, en el caso específico del TPIY, la parquedad

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid, pp. 817-834 y p. 823.

³² ARAJÄRVI, N., *The Changing Nature of Customary International Law. Methods of interpreting the concept of custom in international criminal tribunals*, Routledge-Cavendish, Taylor & Francis Group, London and New York, p. 117.

³³ SCHABAS, W.A., *The Legal Regime of the International Criminal Court, Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Edited by José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, p.100. Ver igualmente a SCHACK, M., KJELDGAARD-PEDERSEN, A., "Striking the Balance between Custom and Justice—Creative Legal Reasoning by International Criminal Courts", en *International Criminal Law Review*, 16 (2016), pp. 913-934.

³⁴ HENCKAERTS, J.M., "Customary International Humanitarian Law: a response to US comments", *International Review of the Red Cross*, Volume 89 Number 866 June 2007, pp. 475 y 476.

³⁵ Cfr., CASSESE, A., *International Criminal Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, p. 17.

en los artículos de los Estatutos, que hizo necesario apoyarse en el derecho consuetudinario para extenderse a áreas que normalmente no estaban cubiertas por la práctica de los Estados en el derecho internacional público, o a una *opinio juris* correspondiente, como los modos de responsabilidad en procesos penales, la aplicación de las defensas (por ejemplo, coacción) en el marco de la responsabilidad penal individual, etc.³⁶

El rol de las decisiones judiciales, consideradas como medios subsidiarios por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38 (1) (d), alcanza en el Derecho Penal Internacional una importancia enorme. Por un lado, constatan si una norma consuetudinaria ha evolucionado; y, por otro lado, sirven como medio para establecer la interpretación más apropiada para ser incluida en una norma de tratado³⁷. En este punto, en el *asunto Kupreškić* el TPIY reconoció la importancia de las decisiones judiciales o la legislación nacional en la determinación de los *principios generales de derecho penal comunes* a los mayores sistemas del mundo y en la *determinación del derecho consuetudinario* en la labor del Tribunal³⁸. Aunque sostendría, en este mismo caso, que las decisiones judiciales de los Tribunales Internacionales serían utilizadas como “medios subsidiarios en la determinación de las normas de derecho”, como expresa el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia -y rechaza la idea de que la fuerza vinculante de las decisiones de la Cámara de Apelaciones del Tribunal sobre los Salas inferiores, y de aquellos de otros Tribunales internacionales con respecto al TPIY, se encuadren en la doctrina del precedente judicial (*stare decisis*) de los países del common law-,³⁹. Sin embargo, no deja de reconocer que “(m)ore specifically, precedents may constitute evidence of a customary rule in that they are indicative of the existence of *opinio iuris sive necessitatis* and international practice on a certain matter, or else they may be indicative of the emergence of a general principle of international law”⁴⁰.

Ahora bien, es necesario insistir que el movimiento del TPIY se tornó inconsistente, a veces poco convincente, en la identificación del derecho consuetudinario. En algún caso, llevó a cabo la búsqueda de normas consuetudinarias, ya sea como *opinio juris* o como práctica de los Estados, mediante un proceso que, al decir de Schabas, parecía tautológico, porque lo llevaba de regreso a una de las fuentes

³⁶ STAHN, C., y VAN DEN HERIK, L., “Fragmentation’, Diversification and ‘3D’ Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?”, en *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (Edited by Larissa van den Herik and Carsten Stahn), MartinusNijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 62.

³⁷ CASSESE, A., *International Criminal Law*, cit., pp.26 y 27.

³⁸ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber, Case. IT-95-16-T, T.Ch., 14 January 2000, párrafo 537.

³⁹ *Ibid*, párrafos 540 a 542.

⁴⁰ *Ibid*, párrafo 540.

primarias, como las convenciones⁴¹. En buena medida ello se corrobora con la aplicación de las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que el Tribunal destacaba como ejemplos notables de Convenciones que contenían el derecho internacional consuetudinario⁴². Por tal razón en el *asunto Kordić*, la Cámara de Apelaciones sostuvo que: “The maxim of nullum crimen sine lege is also satisfied where a State is already treaty-bound by a specific convention, and the International Tribunal applies a provision of that convention irrespective of whether it is part of customary international law”⁴³.

4.- ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS ENFOQUES EN LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO POR EL TPIY

Son muchos los ejemplos de los diferentes enfoques en la determinación del derecho consuetudinario por este Tribunal, pero por problemas de espacios resaltaron algunos que fueron importantes. En la *Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del *asunto Tadić*,⁴⁴ hubo pronunciamientos importantes en torno al derecho consuetudinario. La Cámara de Apelaciones tuvo que resolver dos cuestiones medulares de la jurisdicción de este Tribunal. En primer lugar, valoró si el artículo 3 del Estatuto, referido a las “leyes y costumbres de la guerra” era de aplicación a los conflictos armados de carácter internacional y/o de carácter interno. El artículo no especificaba este aspecto y los apelantes argumentaron que la jurisdicción del Tribunal estaba limitada a las violaciones que se produjeran en el contexto de un conflicto armado. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se preguntó si era posible, en consecuencia, establecer la responsabilidad penal de personas por estas violaciones en el contexto de un conflicto armado interno.

⁴¹ SCHABAS, W.A., *The Legal Regime of the International Criminal Court*, cit, p. 80.

⁴² *Prosecutor v. Tadić, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1, 2 October 1995, para.98. Meron, quien tendría un rol importantísimo en la vida del TPIY, destacaba el carácter consuetudinario de las Convenciones de Ginebra en un artículo muy temprano. MERON, T., “The Geneva Conventions as Customary Law”, *AJIL*, vol. 81, n.º. 2., 1987), pp. 348-370.

⁴³ *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkec*, Judgement, Appeals Chamber, Case No. IT-95-14/2-A, 17 December 2004, párrafo 44.

⁴⁴ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1, 2 October 1995, cit, párrafos 96-137. El *asunto Tadić* “was an enthusiastic but relatively low-level participant in the crimes that occurred in Bosnia in the early 1990s, and he was available for trial at the ICTY at a time when it suffered from both a lack of individuals to try and a surfeit of judges with no cases to adjudicate”, MARSTON DANNER, A., MARTINEZ, J.S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, vol. 93, Issue 1 Article 2, 2005, p. 104.

En torno al primer punto, entre las razones que brindó la Cámara para considerar que este artículo del Estatuto era de aplicación tanto a los conflictos armados de carácter internacional como a los conflictos armados de carácter interno, se encontraba la "emergence of international rules governing internal strife"⁴⁵. Ésta pretendió encontrarlo en el derecho consuetudinario y en las disposiciones de Tratados, como el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, en el artículo 19 de la Convención de la Haya para la Protección de la Propiedad en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954, así como en el Protocolo Adicional de 1977, cuya interacción con el derecho consuetudinario era tal "that some treaty rules have gradually become part of customary law"⁴⁶. Sin embargo, antes de indicar aquellos principios y normas de derecho consuetudinario que habían cristalizado en la comunidad internacional con el objetivo de regular un conflicto civil, indicó las dificultades para constatar la práctica de los Estados en los conflictos armados internos, en tanto "it is difficult, if not impossible, to pinpoint the actual behaviour of the troops in the field for the purpose of establishing whether they in fact comply with, or disregard, certain standards of behaviour"⁴⁷. Por lo cual, la formación de las normas y principios consuetudinarios solamente habría que encontrarlos en los pronunciamientos oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales⁴⁸.

En cuanto al segundo punto, los apelantes consideraban que, si aun el derecho consuetudinario incluía principios básicos aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como internos, tales prohibiciones no entrañaban una responsabilidad internacional individual cuando los crímenes eran cometidos en un conflicto armado interno. Esto encontraba un indudable apoyo en que el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra no contenía referencia a la responsabilidad penal por la violación de tales prohibiciones. Sin embargo, la Cámara consideró un razonamiento correcto el realizado por el Tribunal de Núremberg, que concluyó que la ausencia de disposiciones en los Tratados sobre el castigo de crímenes graves no impedía establecer responsabilidad penal individual, y no tenía dudas que las violaciones comprendidas en el artículo 3 conllevaban responsabilidad penal, ya fueran cometidas en un conflicto armado internacional o interno. En este caso, "(p)inciples and rules of humanitarian law reflect "elementary considerations of humanity" widely recognized as the mandatory minimum for conduct in armed conflicts of any kind", de modo que "(n)o one can doubt the gravity of the acts at issue, nor the interest of the international community in

⁴⁵ Prosecutor v. Tadić, IT-94-1, 2 October 1995, cit, párrafo 98.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid, párrafo 99.

⁴⁸ Ibid.

their prohibition”⁴⁹. Como elementos de práctica estatal en este sentido, mencionó la intención por parte de algunos Estados de criminalizar violaciones de normas y principios consuetudinarios en conflictos armados, como durante la guerra civil en Nigeria; también hizo mención a Manuales Militares de Alemania, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Gran Bretaña; recordó el Código Penal de la República Federal Socialista de Yugoslavia de 1990, que tuvo el propósito de aplicar a nivel nacional algunos crímenes recogidos en las Convenciones de Ginebra; también a una ley belga de 1993 para implementar las mencionadas convenciones y sus protocolos adicionales⁵⁰; y como aspectos relevantes de la *opinio iuris*, la Cámara se apoyó en Resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas para el caso de la guerra civil en Somalia, donde condenó las violaciones del Derecho Internacional humanitario y expresó que los autores de tales violaciones o los que ordenaron cometerlas, serían responsables individualmente por tales hechos⁵¹.

A juicio de la Cámara “(a)ll of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife”⁵². A esto agregó un elemento importante, en tanto esta posibilidad de responsabilidad también se sustentaba “from the point of view of substantive justice and equity”⁵³. Sin nada más que justificara el establecimiento del derecho consuetudinario, con tan pocos elementos de práctica estatal y de *opinio iuris*, era lógico que desde el inicio la metodología para identificar el derecho consuetudinario por este Tribunal tuviera grandes dosis de creatividad judicial. Algunos autores de peso en este sentido consideraron que parecía prematuro que en 1995, con base en la práctica, pudiera sostenerse que el principio de responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales fuera habitual⁵⁴.

Sobre esta base, el TPIY en el *asunto Hadžihasanović* determinó que el concepto de “responsabilidad de comando”, hasta ese momento derecho internacional consuetudinario en relación con los crímenes de guerra cometidos en el curso de un conflicto armado internacional, se aplicaba igualmente a las infracciones de las mismas prohibiciones cuando se cometían en el curso de un conflicto armado interno. La Sala concuerda lo incorrecto de suponer que, de

⁴⁹ Ibid, párrafo 129.

⁵⁰ Ibid, párrafo 130-132.

⁵¹ Ibid, párrafo 133.

⁵² Ibid, párrafo 134.

⁵³ Ibid, párrafo 135.

⁵⁴ HENCKAERTS, J.M., “Civil War, Custom and Cassese”, *Journal of International Criminal Justice*, 10 (2012), p. 1101.

conformidad con el derecho internacional consuetudinario, todas las normas aplicables a un conflicto armado internacional se apliquen automáticamente a un conflicto armado interno, pues en todo caso “to hold that a principle was part of customary international law, it has to be satisfied that State practice recognized the principle on the basis of supporting opinio juris”. Sin embargo, la Cámara ofreció un grupo de argumentos en el siguiente sentido: si la realización de ciertos actos en el curso de un conflicto armado interno estaban impuestas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y el derecho internacional consuetudinario incluía el concepto de “responsabilidad de mando” en relación con los crímenes de guerra cometidos en el curso de un conflicto armado internacional, era difícil “to see why the concept would not equally apply to breaches of the same prohibitions when committed in the course of an internal armed conflict”⁵⁵.

Sobre la base de distinguir entre “responsible command” y su corolario “command responsibility”, la Cámara sostiene que la posición no es diferente en los conflictos armados internos, pues el “responsible command” era una noción integral de la prohibición impuesta por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 contra la realización de ciertos actos en el curso de un conflicto armado interno. En este sentido, sostiene que si el artículo 3 del Estatuto se refiere a crímenes de guerra cometidos en el curso de un conflicto armado internacional o a crímenes de guerra cometidos en el curso de un conflicto armado interno en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, suponía que había una fuerza militar organizada y, por lo tanto, era evidente “that there cannot be an organized military force save on the basis of responsible command”, del mismo modo que “It is also reasonable to hold that it is responsible command which leads to command responsibility”⁵⁶.

En todo caso, no se encuentran ejemplos de práctica estatal que sostengan este requisito recordado por la Cámara y se llega a reconocer que “it is true that, domestically, most States have not legislated for command responsibility to be the counter part of responsible command in internal conflict”⁵⁷. Ello no impide decir a la Cámara que esto “does not affect the fact that, at the international level, they have accepted that, as a matter of customary international law, relevant aspects of international law (including the concept of command responsibility) govern the conduct of an internal armed conflict, though of course not all aspects of international law apply. The relevant aspects of international law unquestionably regard a military force engaged in an internal armed conflict as organized and

⁵⁵ *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility* (*Decision on Command Responsibility*), *Hadžihasanović et al.* (IT-01-47-AR72), Appeals Chamber, 16 July 2003, párrafo. 16.

⁵⁶ *Ibid*, párrafo 13.

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 17.

therefore as being under responsible command. In the absence of anything to the contrary, it is the task of a court to interpret the underlying State practice and *opinio juris* (relating to the requirement that such a military force be organized) as bearing its normal meaning that military organization implies responsible command and that responsible command in turn implies command responsibility"⁵⁸. No obstante, como expresara Greenwood sobre este asunto, y con el que coincidimos, "the ICTY is by no means the only international law or tribunal whose application of the test that is laid down for the establishment of customary international law is not as rigorous as the way in which those tests are formulated might lead one to expect. Moreover, it is probable that most states would accept the concept of command responsibility as part of the law applicable to non-international armed conflicts. Nevertheless, as with the jurisdiction decision in *Tadić*, one is left with the feeling that the Tribunal is painting with a fairly broad brush when it comes to the establishment of customary law, particularly with regard to non-international conflicts"⁵⁹.

En la configuración, alcance y definición de los crímenes internacionales, con impactos mucho más directos con el principio de legalidad, se evidencian criterios para la identificación que no en todos los casos apelaba a la *práctica estatal* y a la *opinio iuris*. Ello desembocó en diversas interpretaciones y soluciones encontradas en puntos determinantes. En lo tocante al "crimen contra la humanidad" en el *asunto Tadić* se encuentra un momento importante. Luego de considerar el carácter consuetudinario del "crimen contra la humanidad"⁶⁰, y entre sus requisitos la existencia de un conflicto

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ GREENWOOD, C., "Command Responsibility and the *Hadžihasanović* Decision", *Journal of International Criminal Justice*, 2, (2004), 598-605, p. 602.

⁶⁰ El Tribunal considera que el término "crímenes de lesa humanidad", aunque no codificado previamente, se había utilizado en un sentido no técnico desde 1915 y en posteriores declaraciones relativas a la Primera Guerra Mundial y se insinuó en el preámbulo de la Convención de La Haya de 1907 en la llamada "Cláusula Martens". De este modo, se incluye en el Artículo 6 (c) de la Carta de Núremberg, en la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente del 19 de enero de 1946 ("Carta de Tokio") y en la Ley n.º. 10 del Consejo de Control para Alemania ("Ley del Consejo de Control No. 10"), que se utilizaron para enjuiciamientos adicionales por atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. La prohibición de crímenes de lesa humanidad sería afirmada posteriormente por la Asamblea General en su resolución titulada "Afirmación de los principios del derecho internacional reconocida por la Carta del Tribunal de Núremberg" y posteriormente confirmada en los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en la Sentencia del Tribunal ("Principios de Núremberg"), adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y sometidos a la Asamblea General. *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafos.618-623. De modo enfático expresaría: "There is no question but that crimes against humanity form part of customary international law. They found expression in Article 6(c) of the Nuremberg Charter of 8 August 1945, Article II(1)(c) of Law No. 10 of the Control

armado (hace la distinción entre "ataque" y "conflicto armado"⁶¹), indica igualmente que los actos podían realizarse de forma generalizada o sistemática contra una población civil. Para encontrar apoyo de que los requisitos de "generalizada" o "sistemática" son alternativas, se auxilia en la *Vukovar Hospital Decision* del propio TPIY, en el Informe del Comité Ad Hoc sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional Permanente, y en el artículo 18 de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad ("Proyecto de Código de la ILC") que hace mención a la jurisprudencia inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, sobre todo de los tribunales estadounidenses y los tribunales en la Zona británica, así como posteriores casos de cortes nacionales⁶². En igual sentido, señaló la posibilidad de su comisión por razones puramente personales⁶³ y, en tal sentido, asume el *case law* como la única evidencia de derecho consuetudinario⁶⁴. Para concluir que todos los crímenes de lesa humanidad no presuponían una intención discriminatoria, toma en cuenta "both judicial practice and possibly evidence of consistent State practice, including national legislation", para demostrar si el derecho consuetudinario se había desviado del derecho convencional al adoptar una noción más restringida de los crímenes de lesa humanidad, que ubica en el artículo 6 (c) del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, en el Artículo 5 c del Estatuto del Tribunal Internacional de Tokio, en el Artículo II (1) (c) de la Ley del Consejo de Control No. 10. En tal sentido, el derecho consuetudinario lo identifica a partir de la jurisprudencia nacional, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional, y el documento preparatorio del Comité para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, donde se sostiene que el Artículo 7 del Estatuto de

Council for Germany of 20 December 1945 and Article 5(c) of the Tokyo Charter of 26 April 1946, three major documents promulgated in the aftermath of World War II", *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 August 1995, párrf. 76.

⁶¹ El Tribunal consideró que el "ataque" sobre la población civil y "el conflicto armado"- deben ser conceptos separados, aunque, por supuesto, en virtud del artículo 5 del Estatuto, el ataque contra "cualquier población civil" puede ser parte de un "conflicto armado". Sin embargo, se requiere un nexo con los actos del acusado solo para el ataque contra "cualquier población civil". No se requiere un nexo entre los actos del acusado y el conflicto armado. El requisito de conflicto armado se satisface con la prueba de que hubo un conflicto armado; eso es todo lo que requiere el Estatuto, y al hacerlo, requiere más que el derecho internacional consuetudinario. *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, 15 July 1999, cit, párraf.251; también en *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et.al*, IT-96-23& IT-96-23/1-A, 12 June 2002, cit, párrafo 86.

⁶² *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, 7 May 1997, cit, párrafos 647-549.

⁶³ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, 15 July 1999, cit, párrafo 255.

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 257.

Roma encarna el rechazo de los redactores de la intención discriminatoria⁶⁵.

En igual medida, el *asunto Kupreškić* es un ejemplo notable de un rechazo abierto a apelar a los requisitos de la práctica y la *opinio iuris* para la identificación del derecho consuetudinario. La Sala de inicio entendió que las represalias contra los civiles, en virtud del derecho internacional consuetudinario, estaban prohibidas mientras los civiles se encontraran en las manos del adversario. Con respecto a civiles en zonas de combate, las represalias contra ellos estaban prohibidas por el artículo 51 (6) del Primer Protocolo Adicional de 1977, mientras que las represalias contra objetivos civiles estaban prohibidas por el artículo 52 (1) del mismo instrumento. Sin embargo, la Sala se encontró ante la pregunta sobre si estas disposiciones, suponiendo que no fueran declaratorias de derecho internacional consuetudinario, se habrían transformado en normas generales de derecho internacional, o como la propia Sala dice, si aquellos Estados que no han ratificado el Primer Protocolo, como EE. UU., Francia, India, Indonesia, Israel, Japón, Pakistán y Turquía, estaban obligados por reglas generales que tuvieran el mismo significado que esas dos disposiciones. La Sala en este punto asumió que no parecía haber surgido un cuerpo de práctica estatal que apoyara consistentemente la propuesta de que uno de los elementos de la costumbre, es decir, el *usus* hubiera tomado forma. Y es aquí donde el Tribunal se descolgó de las posiciones establecidas y razonó: "This is however an area where opinion iuris sive necessitatis may play a much greater role than usus, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of opinion necessitatis, crystallising as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law"⁶⁶.

Sin lugar a dudas fue una opinión respetable y a la que difícilmente puedan oponerse cuestionamientos en su sentido, pues como expresó la propia Corte, si bien la Cláusula Martens⁶⁷ no significa que los "principios de humanidad" y los "dictados de la conciencia pública" se han elevado a rango de una fuente independiente del Derecho internacional, en cualquier momento una norma de derecho internacional humanitario, no suficientemente

⁶⁵ *Ibid*, párrafos 287-292.

⁶⁶ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit, párrafos. 527.

⁶⁷ Sobre la Cláusula Martens ver: MERON, T., "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience", *AJIL*, vol. 94, nº. 1 (Jan., 2000), pp. 78-89.

rigurosa o precisa, debe definir el alcance y propósito de esta norma con referencia a estos principios y dictados⁶⁸. Sin embargo, esto muestra un proceso divergente en grado sumo en el proceso de identificación del derecho consuetudinario, determinado por conceptos loables y de incuestionable valor, pero que introducen un estado de notable inseguridad para lograr una plena identificación de un método de identificación que sea congruente con el principio de legalidad en el derecho internacional. En este mismo punto, a partir de no abandonar el criterio de la práctica en la determinación del derecho consuetudinario, un estudio de la CICR concluyó que: "Because of existing contrary practice, albeit very limited, it is difficult to conclude that there has yet crystallised a customary rule specifically prohibiting reprisals against civilians during the conduct of hostilities. Nevertheless, it is also difficult to assert that a right to resort to such reprisals continues to exist on the strength of the practice of only a limited number of States, some of which is also ambiguous. Hence, there appears, at a minimum, to exist a trend in favour of prohibiting such reprisals"⁶⁹.

5. LAS CONSECUENCIAS DE LOS DIFERENTES ENFOQUES EN LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO POR EL TPIY EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La garantía del respeto de los derechos humanos de presuntos responsables de crímenes, en nuestro caso crímenes internacionales, en los procesos penales que se abren en contra de éstos ante jurisdicciones nacionales o internacionales, tienen un soporte fundamental en el cumplimiento de varios principios básicos⁷⁰. El

⁶⁸ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit, parraf.. 525. La Cámara de Apelaciones detalla como el TIJ, en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, ICJ Reports 1996, at p. 259, para. 84, sostuvo que había llegado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, aunque en este caso la Cámara era del criterio que: "True, this Clause may not be taken to mean that the "principles of humanity" and the "dictates of public conscience" have been elevated to the rank of independent sources of international law, for this conclusion is belied by international practice", *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit, párrafo 525.

⁶⁹ HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L., (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules; Vol. II: Practice (ICRC and Cambridge University Press, 2005), p.523 y HENCKAERTS, J.M., "Civil War, Custom and Cassese" cit. 1009.

⁷⁰ "The purposes of the principle of legality in criminal law can be divided into four sets. The first set includes the protection of individual human rights. The second promotes legitimacy of governance. These reasons justify including legality in the fundamental structure of government and of the international human rights system as an integral part of public international law. A third set suggests that legality in criminal law protects the structure of democratic (or even nondemocratic) governance by assigning lawmaking authority to the correct organ of government. This works differently in national and international criminal law. The fourth set pertains to promotion of the purposes of criminalization. Theses suggest that practicality aligns with morality on this issue, although counterarguments exist".

principio de legalidad, en sus manifestaciones más conocidas, comporta que la responsabilidad sólo debe basarse en una prohibición de una conducta preexistente (*nullum crimen sine lege*), que a su vez conlleva la irretroactividad de la ley, además de otros requisitos indispensables, como que la prohibición penal de la conducta debe estar escrita (*lex scripta*) y los elementos del delito definidos de modo claro e inequívoco (*lex certa*), así como que no debe haber punición sin ley que la establezca (*nulla poena sine lege*)⁷¹. La adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, de numerosos Pactos Internacionales y Regionales -como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana de derechos humanos-, así como su incorporación a numerosos ordenamientos jurídicos internos, permitió que el "principio de legalidad" se convirtiera en un principio básico de derecho internacional consuetudinario⁷². Es cierto que el camino para su consagración en el orden internacional ha sido tortuoso, lleno de matizaciones y, en ocasiones, sin el rigor que lo caracteriza hoy día generalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales de buena parte del mundo, cuando se advierten diversas interpretaciones en su aplicación práctica.

Entre 1945, final de la segunda guerra mundial hasta 1998, año del establecimiento del Estatuto de la Corte Penal internacional, el derecho penal internacional, arrastrando el fatigoso peso de la discusión entre la falta de *lex scripta* y su compatibilidad con el principio de legalidad, se movió, como hemos visto en el caso del TPIY, en los marcos de un gran "activismo judicial". Precisamente Núremberg confrontó la idea de una vulneración del "principio de legalidad" con la imperiosa necesidad de hacer justicia por la comisión de graves crímenes contra la paz y la humanidad, en un escenario carente de normas escritas y regidas fundamentalmente por el derecho consuetudinario de la época. De hecho, como recuerdan varios autores, el principio *nullum crimen* fue considerado, de una manera un tanto flexible, un principio de justicia que no debía impedir el castigo si la justicia así lo requería y ello provocó una deformación o "normativización" del *nullum crimen*, convirtiéndolo en

GALLANT, K.S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 19 y 20.

⁷¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I: Foundations and General Part, Oxford University Press, pp.88 y 89; WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 32-34; GALLANT, K.S., *The Principle of Legality cit*, pp.11-12; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, second edition, Cambridge University Press, 2010, pp.17-21; CHERIF BASSIOUNI, M., *Introduction to International Criminal Law cit*, pp.246-253.

⁷² GALLANT, K.S., *The Principle of Legality cit*, pp.352-357.

una máxima sustantiva de justicia que exige el castigo siempre que la justicia así lo requiera⁷³.

En el citado informe del Secretario General, aprobado por el Consejo de Seguridad, se hacía un énfasis marcado en el derecho internacional humanitario, conformado tanto por reglas de carácter convencional como consuetudinarias, que tenía que tomar en cuenta el Tribunal para evitar la violación del principio de *nullum crimen sine lege*⁷⁴. Aun cuando somos conscientes de las dificultades de una consistencia en el contenido de este principio, incluso por parte del propio TPIY⁷⁵, al menos es conveniente trazar el contenido de análisis de aquellos pronunciamientos que concuerdan con los contenidos establecidos por la doctrina y el derecho consuetudinario de los derechos humanos, como aquella en el *asunto Vasiljevic*, que dejó bien claro: "under no circumstances may the court create new criminal offences after the act charged against an accused either by giving a definition to a crime which had none so far, thereby rendering it prosecutable and punishable, or by criminalising an act which had not until the present time been regarded as criminal"⁷⁶.

El TPIY, si quisiéramos complementar esta idea, fue consciente de que tuvo que actuar conforme a las normas referidas a los derechos humanos consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales en esta materia. Tanto es así que entendió que la exigencia de juzgamiento ante un tribunal imparcial "establecido por

⁷³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, vol. I cit, p.75; Ver en un sentido amplio este problema en GALLANT, K.S., *The Principle of Legality cit*, pp.91-150.

⁷⁴ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), S/25704 3 May 1993, United Nations, Security Council, p.9.

⁷⁵ ARAJÄRVI, N., *The Changing Nature of Customary International Law cit*, pp. 120-142.

⁷⁶ *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, cit, párrafo 196. El Tribunal se pronunció en el asunto *Hadzihasanovic* en torno a la exigencia de que el crimen establecido en una norma fuera accesible y previsible, de modo que la conducta en cuestión pudiera ser penalmente sancionada en el momento en que se cometió el crimen presuntamente. Entendió en cuanto a la previsibilidad, que la conducta en cuestión era la conducta concreta del acusado y debía poder apreciar que la conducta era criminal en el sentido generalmente entendido, sin referencia a ninguna disposición específica. Respecto a la accesibilidad, en el caso de un tribunal internacional como era ese tribunal, la accesibilidad no excluye la dependencia de una norma que se basa en la costumbre. *Prosecutor v Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubara*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 Jul 2003, .P.34. El TPIY en el *asunto Vasiljevic* expresaría: "the Trial Chamber must satisfy itself that this offence with which the accused is charged was defined with sufficient clarity under customary international law for its general nature, its criminal character and its approximate gravity to have been sufficiently foreseeable and accessible. When making that assessment, the Trial Chamber takes into account the specificity of international law, in particular that of customary international law. The requirement of sufficient clarity of the definition of a criminal offence is in fact part of the nullum crimen sine lege requirement, and it must be assessed in that context." *Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, cit, párrafo 201.

la ley”, recogida en el artículo 14, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 (1) de la Convención Europea de derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el artículo 8 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, era posible interpretarlo en el marco de un Tribunal Internacional como que “its establishment must be in accordance with the rule of law”⁷⁷. Así, expuso que: “For a tribunal such as this one to be established according to the rule of law, it must be established in accordance with the proper international standards; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments”⁷⁸. Pero desde el inicio, la aplicación en todos sus extremos del “principio de legalidad” en el Derecho Internacional penal encontró enormes desafíos. El carácter dinámico, enrevesado y poco uniforme en la conformación de las normas consuetudinarias, que hemos visto, juegan en contra de un principio que requiere estabilidad, certeza, previsión. Bassioni, por tal razón, divide en dos categorías los problemas que surgen con el derecho consuetudinario como fuente del Derecho Penal internacional: primero, la naturaleza misma de la costumbre como fuente del derecho internacional, es decir, su naturaleza vinculante en algunos o en todos los Estados y, en consecuencia, segundo, su aplicación espacial; y el carácter jurídico vinculante de la norma, su especificidad y la notoriedad que se le atribuye a efectos de atribución, ficción legal, presunción o incluso suposición de conocimiento de la ley por parte de aquellos a quienes se aplica supuestamente. En este caso reflexiona Bassioni que “(i)ndeed, customary international law cannot always satisfy the requirement of legality that applies to national criminal laws and therefore this source of ICL needs to be codified”⁷⁹.

Por todas estas razones, en cuanto al *principio de especificidad*, Cassese sostiene que está muy lejos de ser completamente aplicable en el derecho internacional penal. Este autor pone como ejemplos la disposición que data de la Carta de Londres de 1945 y luego reformulada en otros instrumentos internacionales, como la Ley No. 10 del Consejo de Control, el Estatuto del Tribunal de Tokio, el Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda y otros, por el cual los crímenes contra la humanidad abarcaban “otros actos inhumanos”⁸⁰. Del mismo modo cita de ejemplo las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 cuando enumera como violaciones graves la “tortura o tratos inhumanos”, así como la existencia de nociones no definidas a nivel legislativo tales como “violación” (*rape*), “persecución” (*persecution*), “esclavitud” (*enslavement*), entre otros. A ello se suma que muchas de las

⁷⁷ *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1, 2 October 1995 cit, párrafo 45.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ CHERIF BASSIOUNI, M., *Introduction to International Criminal Law* cit, p. 251.

⁸⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law* cit, p. 41.

normas que prohíben conductas como criminales no especifican el elemento subjetivo del delito, ni existen normas claras de defensa en torno a las excusas o justificaciones en términos incuestionables en el ámbito de la defensa de los acusados⁸¹. Un ejemplo notable de la falta de especificidad, se encuentra en el artículo 3 del propio Estatuto, referido a las violaciones de “las leyes y costumbres de la guerra”, en el que la Cámara de Apelaciones en *Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del asunto *Tadić*, consideró que “the enumeration of some of these violations provided in Article 3 is merely illustrative, not exhaustive”⁸².

Con este punto de partida, el TPIY tuvo que enfrentar un fenómeno muy complejo: cuando un nuevo crimen⁸³ aparecía, sus elementos estructurales, objetivos y subjetivos no estaban suficientemente claros ni tenía un marco penal sancionador establecido en las normas internacionales⁸⁴. Eran crímenes que se enunciaban, en muchos casos, sin el rigor descriptivo de cualquier tipo penal como sí sucede en las legislaciones nacionales. Esto hizo que el TPIY tuviera varias tareas a la hora de solucionar un caso en los marcos del respeto al principio de *nullum crime sine lege*: entre ellas, estuvo obligado a asegurar que el delito incluido en el Estatuto era reconocido como tal por el derecho internacional consuetudinario en el momento en que se alegaba su comisión y, por tanto, que este delito era definido con suficiente claridad como para haber sido previsible y accesible, teniendo en cuenta la especificidad del derecho internacional consuetudinario⁸⁵.

De modo que el TPIY, una vez considerado un determinado acto o conjunto de actos como delito, según el derecho internacional consuetudinario, debía cerciorarse de que ese delito imputado se había definido con suficiente claridad en virtud del derecho internacional consuetudinario por su naturaleza general, carácter criminal y su gravedad aproximada.⁸⁶ En ocasiones, el TPIY fue muy enfático en el respeto del requisito de claridad suficiente en la definición de delito, de modo que si el derecho internacional consuetudinario no establecía una definición suficientemente precisa de un delito enumerado en el Estatuto, no tendría más opción que abstenerse de ejercer su jurisdicción, independientemente de que el

⁸¹ Ibid., p. 42.

⁸² Prosecutor v. Tadić, IT-94-1, 2 October 1995 cit, para. 87.

⁸³ El TPIY, además de cumplir funciones muy parecidas a las que cumplen las Cortes en el sistema del *common law*, desarrolló el concepto dual de delito extendido en el ámbito del *common law*. En este se distingue entre “offence”, es decir, entre los hechos que fundamentan la responsabilidad penal, compuesta de un aspecto externo (*actus reus*) y uno interno (*mens rea*), y del otro las circunstancias que excluyen la responsabilidad (defence). CASSESE, A., *International Criminal Law* cit, pp. 245 y 246.

⁸⁴ Ibid., p.4.

⁸⁵ Prosecutor v. Mitar Vasiljevic, cit, párraf. 198.

⁸⁶ Ibid, párraf. 201.

crimen figure como un delito punible en el Estatuto. Como expresó el TPIY en *asunto Vasiljevic*: “This is so because, to borrow the language of a US military tribunal in Nuremberg, anything contained in the statute of the court in excess of existing customary international law would be a utilisation of power and not of law”⁸⁷.

No podemos decir, sin embargo, que el TPIY pudo cumplir en todos sus extremos con esta exigencia. El Tribunal tuvo que hacer álgebra para delinear la estructura típica de los delitos recogidos en el Estatuto, a partir de una “asistemacidad” en los métodos para identificar el carácter consuetudinario de los elementos estructurales, y que sin lugar a dudas dejó ver la costura de sus debilidades. Tuvo que identificar principios donde la práctica internacional era escasa, construir fórmulas para dar solución a situaciones que difícilmente se habían encontrado en etapas pasadas, y ello, por supuesto, supuso un amplio margen de maniobra que intentó moverse entre la elaboración prudente y la vulneración de las garantías del acusado. Pero, en ocasiones, se desbordó por mucho cualquier contención, y se llegó en algún caso a identificar el derecho consuetudinario que sustentaba la condena de un delito sin definirlo. Ello aconteció en el *asunto Kupreškić*, cuando la Sala de primera instancia, consideró que el delito de persecución como una modalidad del crimen contra la humanidad bajo el artículo 5 (h) del Estatuto, “has never been comprehensively defined in international treaties” así como que “neither national nor international case law provides an authoritative single definition of what constitutes ‘persecution’”⁸⁸. En este punto concluía que la definición brindada en el *asunto Tadić*⁸⁹, “is a broad definition which could include acts prohibited under other subheadings of Article 5, acts prohibited under other Articles of the Statute, and acts not covered by the Statute”⁹⁰.

Ello dibujó un contexto adverso para el “principio de legalidad”, pues en el mismo proceso donde se levantaban cargos contra un acusado, estaba presente la búsqueda de la definición de delito, su composición, y con la existencia, como trasfondo, de tantos métodos dispares para identificar esas claves o esos elementos determinantes en su configuración. Esta ausencia de rigor descriptivo en las normas consuetudinarias, llevó a que el Tribunal se debatiera en el proceso de interpretación sobre cuáles eran sus límites en su actividad judicial. En todo caso, teniendo la evidencia de la existencia de crímenes establecidos por el derecho consuetudinario con carácter previo, nada impedía, ni era contrario al principio de legalidad, que el Tribunal tuviera un margen de interpretación de los preceptos o normas a aplicar ya establecidos. En este punto la Cámara de

⁸⁷ *Ibid*, párraf. 202.

⁸⁸ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit , párrafo 567.

⁸⁹ *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, párrafos. 697, 710.

⁹⁰ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, cit, párrafo 617.

Apelaciones del TPIY en el *asunto Aleksovski*, sostuvo en relación con el principio de legalidad: "That principle does not prevent a court, either at the national or international level, from determining an issue through a process of interpretation and clarification as to the elements of a particular crime; nor does it prevent a court from relying on previous decisions which reflect an interpretation as to the meaning to be ascribed to particular ingredients of a crime"⁹¹.

En la práctica este proceso de clarificación, sin embargo, ha sido un poco más de lo que se enuncia. Porque los vaivenes e inconsistencias en la metodología para identificar el derecho consuetudinario inciden de manera notable en un proceso de "clarificación" que demanda sustentar la fuerza de su interpretación en el derecho consuetudinario. Ello supuso una "clarificación" que implicó restar o incorporar elementos al delito que encontraban sustento en el derecho consuetudinario. Una cuestión relacionada con este asunto tenía que ver con la posibilidad de interpretar los Estatutos de los Tribunales penales *ad hoc*, creados por resoluciones del Consejo de Seguridad, siguiendo las reglas de interpretación recogidas en la Convención de Viena de Tratados. El TPIY en el *asunto Tadić* había considerado que: "Although the Statute of the International Tribunal is a *sui generis* legal instrument and not a treaty, in interpreting its provisions and the drafters' conception of the applicability of the jurisprudence of other courts, the rules of treaty interpretation contained in the Vienna Convention on the Law of Treaties appear relevant"⁹². En este orden, se ha dicho con razón que existe un conflicto potencial entre las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados y los principios que deben aplicarse a la interpretación de un instrumento de derecho penal⁹³. Aunque también se ha destacado con razón que el principio de *in dubio pro reo* matiza la cuestión, pues "in strict terms, the application of the principle in dubio pro reo should modify the application of the Vienna Convention methods of interpretation. This is because one of the limited reasons justifying reference to the preparatory work of a treaty is where the interpretation reached under Art. 31 'leaves the meaning ambiguous or obscure'"⁹⁴.

La cuestión comenzó a tomar temperatura cuando se aludió a la capacidad de los Tribunales de "adaptar" disposiciones que prevén

⁹¹ *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgment, Appeals Chamber, Case No.: IT-95-14/1-A, 24 March 2000, párraf.127; también ver a *Prosecutor v. Delalić et.al.*, Judgment, Appeals Chamber, Case No.: IT-96-21-A, 20 February 2001, párraf. 173.

⁹² *Prosecutor v. Dusko Tadić AKA "Dule"*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 Aug 1995, párraf. 18.

⁹³ AKANDE, D., "Sources of International Criminal Law", en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Editor-in-chief Antonio Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 44, pp. 41-53.

⁹⁴ *Ibid.*

delitos a condiciones sociales cambiantes. El principio de no retroactividad de la ley estaría en el centro de la discusión sobre lo que se ha denominado una “adaptación expansiva” de algunos elementos jurídicos establecidos en normas internacionales a “nuevas condiciones sociales”⁹⁵. En este punto Cassese llamó la atención sobre reconciliar el principio de no retroactividad con las características inherentes al Derecho Penal Internacional, en gran medida compuesto por normas consuetudinarias que a menudo se identifican, aclaran o explican, o se les da determinación jurídica por los tribunales⁹⁶. A partir de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, Cassese llega a las siguientes conclusiones: mientras que la interpretación y clarificación de las normas existentes siempre es admisible, la adaptación sólo es compatible con principios jurídicos sujetos a requisitos estrictos. De modo que la extensión de los elementos jurídicos de un delito -como el *actus reus*- para cubrir una conducta que anteriormente no se consideraba claramente criminal debía: estar de acuerdo con las reglas de responsabilidad penal relacionadas con el tema, más específicamente con las normas que definen la “essence of the offence”; ajustarse, y de hecho implementar y actualizar principios generales del Derecho Penal Internacional o al menos principios generales del derecho; y ser razonablemente previsible para sus destinatarios, o en otras palabras, la extensión, aunque redundante en detrimento del acusado, debe ser previsiblemente anticipado por él, en consonancia con los principios de Derecho Penal⁹⁷.

Si bien las Cortes no podían crear un nuevo delito, con nuevos elementos jurídicos (como nuevos *actus reus* o un nuevo *mens rea*) ellos podían sólo adaptar disposiciones que preveían delitos a condiciones sociales cambiantes, siempre que este ajuste estuviera en consonancia con, o incluso requerido por, principios generales. Ello quiere decir, en palabras de Cassese, que pueda resultar en una ampliación del *actus reus* o, posiblemente, en la reducción del umbral del elemento subjetivo, por ejemplo, desde la intención hasta la imprudencia, o desde la imprudencia hasta la culpabilidad⁹⁸. Este proceso, que como sostiene Cassese, normalmente se dirige en detrimento del acusado, debe presuponer la existencia de una amplia prohibición penal y ninguna enumeración clara y explícita en la norma de los actos abarcados por esta definición. “It is the penumbra left by law around this definition that adaptation process and the analogical process, which is instead banned (...), is rather thin and porous. It falls to courts to proceed with great caution and determine on a case-by-case basis whether the ‘adaptation’ under discussion is legally

⁹⁵ CASSESE, A., *International Criminal Law* cit, p. 44.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid, p. 44-46.

⁹⁸ Ibid, p. 46.

warranted and consonant with general principles, and in addition does not unduly prejudice the rights of the accused”⁹⁹.

En este mismo sentido, Thomas Meron y Mohamed Shahabudeen han marcado un debate sobre los límites permitidos en ese proceso de clarificación e interpretación y el principio de *nullum crimen*, sobre la base de la adaptabilidad de las normas jurídicas a las nuevas circunstancias. En el asunto *Hadžihasanović* donde ambos figuraron como jueces, la Cámara de Apelaciones tuvo posiciones encontradas en torno a si Amir Kubara, quien asumió el comando de una brigada del ejército de Bosnia en abril de 2003, podía ser responsables de las muertes y de la destrucción de la propiedad en Dusina ocurridas dos meses antes de que asumiera el cargo¹⁰⁰. La Cámara no encontró ninguna práctica estatal ni *opinio iuris* que sostuviera la posibilidad de responder por tales crímenes, cometidos antes de que asumiera el mando de la brigada¹⁰¹. Sin embargo, de los jueces que integraban aquella Cámara (Theodor Meron, Presidente, Fausto Pocar, Mohamed Shahabudeen, David Hunt y Mehmet Güney), se encontró la opinión disidente de dos de ellos, Hunt y Shahabudeen, quienes consideraron acertado extender el principio de la “responsabilidad por el comando” a los crímenes cometidos antes de la asunción del mando en el referido caso.

La opinión mayoritaria de la Cámara, no obstante fue conducente a rechazar esta posición:

“Unable to muster any significant evidence of State practice or *opinio iuris* supporting their view, the dissenting Judges rely on a broad interpretation of treaty texts which do not address in terms the question of responsibility for crimes committed before the assumption of command. Their method is flawed. First, it represents a departure from our consistent jurisprudence requiring that criminal liability be grounded not only on statutory language but on firm foundations of customary law. Second, to interpret texts speaking of command responsibility as imposing a duty to punish, after the assumption of command, crimes committed before the assumption of command, is counterintuitive and contrary to the plain meaning of “command” responsibility. Although the duty to prevent and the duty to punish are separable, each is coterminous with the commander’s tenure. Third, an expansive reading of criminal texts violates the principle of legality, widely recognized as a peremptory norm of international law, and thus of the human rights of the accused”¹⁰².

En un artículo posterior, Mohamed Shahabudeen matiza algunos de sus puntos de vistas respecto al principio de legalidad en

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility* (‘*Decision on Command Responsibility*’), *Hadžihasanović et al.* (IT-01-47-AR72), Appeals Chamber, 16 July 2003, párrafo 38.

¹⁰¹ *Ibid*, párrafo 45.

¹⁰² *Ibid*, párrafo 55.

el desarrollo del desarrollo del derecho internacional penal¹⁰³. Una pregunta clave que se hace es si el requerimiento de especificidad del delito debe frenar el desarrollo progresivo del derecho internacional. Para ello hace alusión a la posibilidad de un caso en que no esté previamente regulado una condena para una conducta determinada, pero que cae dentro de implicaciones razonables de otro delito existente en el momento de la comisión del delito. La pregunta se redondea en si se violaría el principio de legalidad con una condena por esa conducta que equivalga a ese crimen¹⁰⁴. Con apoyo en pronunciamientos de la Corte Europea de Derecho Humanos, Shahabudeen considera la posibilidad de que los tribunales desarrollen las normas adaptándolas a las circunstancias cambiantes¹⁰⁵. Aunque reconoce que este proceso se parece más al seguido en el *common law*,¹⁰⁶ estima que es posible que exista incluso en el derecho internacional penal. En tal sentido toma de ejemplo el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos *CR v United Kingdom*, que también cita Cassese en su libro, en el que la Corte ante un recurso que sostenía la violación del artículo 7 de la Convención, (que establece que nadie sería considerado culpable de un delito con motivo de algún acto u omisión que no constituía delito según la ley nacional o internacional en la época en que fue cometido) convino en sostener que el "Article 7 (art. 7) of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen"¹⁰⁷.

Thomas Meron, en respuesta a este artículo, pone en duda cuán lejos esa idea de desarrollo subsiguiente de la norma es consistente con la "essence of the offence" y la previsibilidad. En relación concreta a la posición de los jueces disidentes en el *asunto Hadžihasanović* expresó que "more progressive approach to the analysis of customary international law embraced by the dissents-one that would affirmatively engage the criminal tribunal in the development of customary law, rather than simply in its application-cannot be reconciled with the legality principle"¹⁰⁸. Y en relación directa con la posición de Shadunbudden en el artículo apuntó que veía "a difference between removing personal immunity for liability for a obviously criminal act and extrapolating from it a theory of

¹⁰³ SHAHABUDEEN, M., *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?* Journal of International Criminal Justice, 2 (2004), pp. 1007-1017.

¹⁰⁴ Ibid p. 1011.

¹⁰⁵ Ibid, p. 1012.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Case of S.W. v. The United Kingdom (Application no. 20166/92) Judgment, Strasbourg, 22 November 1995, párrafo 36.

¹⁰⁸ MERON, T., "Revival of Customary Humanitarian Law; cit, p. 826.

evolution and ex post facto application of criminal liability for acts that were not unlawfull at the time of their commission"¹⁰⁹.

En nuestro caso, aun siendo conscientes de las enormes diferencias entre el derecho penal nacional y el derecho penal internacional¹¹⁰, un análisis en rigor de los derechos de las personas que están en juego con el "principio de legalidad", hace casi imposible que pueda sostenerse, en la forma en que se anuncia, su cumplimiento cabal en todos sus extremos, cuando precisamente el derecho consuetudinario es un componente fundamental del derecho a aplicar por estos tribunales. Consecuentemente la ausencia de normas escritas, que dependen en buena medida para su identificación de la labor intelectual del juez, es un rasgo típico de los sistemas asentados en el *common law*, que abre la puerta a considerar, o no, elementos jurídicos que antes no estaban –al adaptarse a "nuevas condiciones sociales-, y que implican, habría que decirlo así y en contraposición a lo que plantea Cassese, incorporar elementos jurídicos, que en buena medida suponen la aparición de nuevos delitos, o mejor, si se quiere, una reactualización de estos delitos vía judicial, si es que esto no lleva a la construcción o identificación de un "nuevo delito". ¿Cómo entender esto si no, ante aquellos casos en que el tribunal considera que por "nuevas condiciones cambiantes", un delito ha ampliado su *actus reus*, y no sólo exige dolo o intención sino también imprudencia? ¿Acaso no es ya una ampliación del marco de responsabilidad abarcable a otro tipo de conducta que antes no se contemplaba y, por ende, otro delito? ¿Acaso esta "reactualización", como hemos convenido en llamarla, no implica otras condiciones para establecer la responsabilidad del individuo, otras conductas punibles?

Por supuesto que otros muchos problemas estuvieron asociados al derecho consuetudinario como fuente de derecho para el TPIY. Los requisitos de previsibilidad y accesibilidad estuvieron más lejos de cumplirse –por lo menos con más fuerza el segundo- en un ordenamiento jurídico carente de normas escritas e identificables para cualquier de los acusados que fueron juzgados y condenados. Si

¹⁰⁹ Ibid. Sin embargo, Meron sostiene que "a more relaxed approach to the identification of relevant customary norms may be justified where the norm in question does not concern the substantive scope of the criminal prohibition, or of the defendant's liability, and thus does not directly implicate the nullum crimen principle." Ibid, p.829. Como también pone de manifiesto Arajärvi, Noora: "He does not offer any further explanation or analysis on why the method of custom formation should be different in 'non-substantive scope of criminal prohibition or defendant's liability' than in the substantive matters, nor explanation on who is to determine when 'a more relaxed approach' could be resorted to." ARAJÄRVI, N., *The Changing Nature of Customary International Law cit.*, p. 55.

¹¹⁰ Entre los aspectos relevantes a destacar entre ambos sistemas, como ya expresó Bassioni, se encuentra como difieren la aplicabilidad y la naturaleza vinculante de las fuentes, CHERIF BASSIOUNI, M., *Introduction to International Criminal Law cit.*, p. 18.

bien estamos de acuerdo que se pudiera apelar a la “conciencia pública” o a la “conciencia de la humanidad” como base para sostener un crimen como previsible, -que entendemos en la teoría penal como el conocimiento de la antijuricidad del hecho, requisito de la culpabilidad-, que en efecto no requiere para alguna doctrina penal nacional interesada, un “conocimiento exacto” del contenido de la norma infringida¹¹¹. No encontraríamos la misma explicación en el cumplimiento del requisito de accesibilidad. Apelemos al sentido común: cómo pueden ser “accesibles” normas que *a priori* no deben conocer ni los jueces si son de aplicación al caso concreto -si tomamos en cuenta que dependen de un proceso de identificación, que apela a requisitos fijados doctrinalmente (como la práctica estatal y la *opinio iuris*)- y que debe resultar en la comprobación de lo que constituían derecho consuetudinario en el momento de la comisión de los hechos; cómo podía ser posible que estas normas hubieran sido “accesibles”, normas que, a su vez, pueden “adaptarse” por conducto de la opinión de jueces a condiciones sociales cambiantes.

Pero si esto fue así, y se requiere que comprendamos para ese momento lógicas diferentes en la manera de entender el principio de legalidad, distintas a cómo se entiende el principio de legalidad en las legislaciones nacionales, y se denomina a este principio en el Derecho Penal internacional como un “principio sui generis”¹¹², aun si ello vacía de contenido presupuestos fundamentales de este principio, entonces, a nuestro entender, se requeriría un modelo de contención del poder -en este caso de la comunidad internacional- que tuviera otros justificativos, por supuesto que serían menos garantistas, pero que no encontrarán refugio en el “principio de legalidad”, que para tales efectos y paradójicamente, se invocó con todos sus requisitos, sin desmedro de ninguno de ellos.

Esta “adaptabilidad” a situaciones cambiantes, como la necesidad de aceptar diferencias en la comprensión del principio de legalidad en el Derecho Penal internacional, son componentes que se combinan para mostrarnos un modelo de justicia internacional incapaz de garantizar en todos sus extremos los derechos y garantías que el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado en su dimensión convencional y consuetudinaria, no importa si son criminales del rango que lo eran ante el TPIY. No consideramos ni es posible aceptar, aun cuando entendemos las complejidades de este

¹¹¹ Ver en la doctrina española a MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, (8va.ed. revisada y puesta al día) Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 381 y 382; ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General* (4ta.ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Ver en la doctrina alemana a ROXIN, Cl., *Derecho Penal, Parte General*, (trad. y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 861-869.

¹¹² Ver las opiniones sobre “diferencias estructurales” entre ambos ordenamientos jurídicos en: RAUTER, T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Springer, 2017, pp. 41-86.

problema, “matices” o “contenidos propios” del “principio de legalidad” en el derecho internacional, bajo la excusa de un desarrollo “rudimentario” aun de su material normativo que era preciso acoplar, si estamos hablando de principios que precisamente se constituyeron en el desarrollo de la humanidad para oponerse a la arbitrariedad del poder. Pudiera decirse que estaban en juego en estos casos intereses mayores de la “comunidad internacional”, que un interés superior de la humanidad justifica que esto sea así, y que se impusiera la justicia aun a costa de lacerar ciertos principios garantistas, pero para entonces cabría también reconocer, y dejar de buscar calificativos donde no caben, y readaptar principios que no lo permiten, que se hizo justicia y punto, sin los ropajes y la parafernalia del “principio de legalidad”; pero eso sí, habría que acotarlo, una justicia a toda costa.

6. CONCLUSIONES

Pese a la enorme trascendencia e importancia del TPIY para el desarrollo del derecho penal internacional, este Tribunal nació llevando en sí un peso enorme para cumplir sus funciones, entre la contención de la arbitrariedad por los Tribunales y la definición y la elaboración de las normas existentes. En todo ello, se advirtió una metodología inestable y “asistemática” en la identificación del derecho consuetudinario por este Tribunal, que impidió certeza, previsibilidad y representó importantes modificaciones en la comprensión del principio de legalidad como principio básico en la protección y garantía de los derechos humanos.

El abundante material legislativo a nivel internacional que pudo servir de soporte como única fuente no existía, y no podía pedírsele tampoco que lo fuera. La producción normativa en el Derecho Internacional tiene a los Estados como sus principales productores y éstos se debaten entre muchas contradicciones por intereses particulares y por visiones diferentes sobre el papel del orden internacional. Todo ello, tiene una incidencia negativa en un sector de ordenamiento jurídico escaso de práctica internacional continua y de legislación, paradójicamente obligado en su aplicación a respetar principios y derechos básicos del ser humano que sólo pueden llegar a serlos, en ocasiones, en circunstancias diametralmente opuestas. Aun así, la tarea de este Tribunal, que cierra sus puertas, fue de enorme trascendencia en la lucha contra la impunidad y tal vez falte todavía mucho por escribir sobre su impronta.

El examen de la práctica seguida por este Tribunal revela, en todo caso, que las cuestiones de derechos humanos tienen prioridad en el orden internacional pero que todavía interesa contar con los mecanismos precisos que hagan efectivo el goce de estos derechos. El principio de legalidad debe respetarse en todos sus extremos y, para ello, el ordenamiento jurídico internacional debe disponer de los pertinentes cauces. La interpretación judicial puede proporcionar

fórmulas a través de las cuales no se produzca la impunidad pero, sin embargo, tiene también sus límites. Por ello, el avance más notable que se advierte en posiciones como la acogida por el TPIY en los asuntos analizados lo representa el esfuerzo porque el Derecho Internacional determine criterios nítidos en los supuestos de comisión de delitos que interesan a la comunidad internacional.

Ahora bien, la labor desarrollada por este Tribunal demuestra, una vez más, el “especial valor” que tiene la costumbre en el ordenamiento jurídico internacional, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos internos. Las decisiones judiciales coadyuvan a determinar no sólo el valor de la costumbre sino, sobre todo, el contenido de las normas consuetudinarias vinculadas al sector relativo a la protección internacional de los derechos humanos. La eficacia de las normas en esta materia se determina, por lo tanto, en virtud de este procedimiento de creación de normas internacionales. Con ello, la incertidumbre que siempre aqueja a la costumbre internacional queda reducida, en razón de interpretaciones judiciales. El TPIY ha proporcionada a la comunidad internacional, a través de sus sentencias, una base para que los derechos humanos reciban una idónea protección.

LA PROMOCIÓN DEL FENÓMENO RELIGIOSO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN COLOMBIA

THE PROMOTION OF THE RELIGIOUS PHENOMENON AND THE RIGHT TO FREEDOM OF CONSCIENCE IN COLOMBIA

Sergio Alejandro Fernández Parra*

RESUMEN: En el presente artículo se intentará demostrar que la libertad de conciencia y religiosa conforman un único derecho que tienen como fin proteger las creencias e ideologías de las personas, independientemente de su carácter religioso o secular. Por ende, se sostendrá que la fórmula adoptada por el sistema jurídico colombiano de promover el fenómeno religioso es contraria al principio de igualdad porque privilegia una visión del mundo teísta frente a otras visiones, también válidas en un Estado constitucional y pluralista como el colombiano.

ABSTRACT: *In this article we will try to demonstrate that the freedom of conscience and religion constitute a single right that have as a purpose to protect the beliefs and ideologies of people, regardless of their religious or secular character. Therefore, it will be argued that the formula adopted by the Colombian legal system to promote the religious phenomenon is contrary to the principle of equality because it privileges a view of the theist world against other visions, also valid in a constitutional and pluralist state like Colombia.*

PALABRAS CLAVES: libertad de conciencia, libertad religiosa, estado laico, neutralidad religiosa, separación

KEYWORDS: *freedom of conscience, religious freedom, secular state, religious neutrality, separation*

Fecha de recepción: 28/05/2018

Fecha de aceptación: 13/09/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4511>

* Abogado y especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Becario de la Fundación Carolina. E-mail: sergio.fernandez@uexternado.edu.co

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende estudiar los fundamentos jurídicos que justifican el alcance y contenido del derecho a la libertad de conciencia y religiosa en el contexto del Estado laico establecido por la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante CP). El estudio del carácter laico del Estado es relevante porque la laicidad tiene como fin garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, tanto en su ámbito secular como religioso. La tesis que se sostendrá es que el fenómeno religioso no es hecho importante *per se* para el Estado laico, ya que lo relevante para este tipo de Estado es la adhesión de las personas a unas creencias o convicciones, religiosas o no, las cuales determinan las manifestaciones exteriores de la personalidad.

Se intentará demostrar que en Colombia se ha interpretado, de forma errónea, que el carácter laico del Estado no impide promocionar el fenómeno religioso, siempre y cuando, ese fomento no se adscriba a una religión en particular. Esta visión no garantiza plenamente la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y religiosa porque privilegia la visión del mundo teísta sobre otras visiones también válidas en un Estado pluralista y laico.

En la primera parte del trabajo se estudiarán las normas constitucionales que reconocieron el derecho a la libertad de conciencia y religiosa, para luego abordar el análisis de otras disposiciones de rango constitucional que tienen una estrecha relación con ese derecho. Después, se analizará la naturaleza fundamental del derecho a la libertad de conciencia y religiosa. En la segunda parte, se realizará un estudio del carácter laico del Estado y se sostendrá que ese modelo tiene como finalidad garantizar la plena igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, tanto en su ámbito secular como religioso. Por último, en la tercera parte del trabajo, se realizará un estudio casuístico donde se tratará de demostrar que el Estado colombiano, en aras de garantizar la libertad de conciencia y religiosa, se convirtió en promotor del fenómeno religioso.

1.1.- Un derecho. Dos libertades

La libertad de conciencia y religiosa, establecidas en los artículos 18 y 19 de la CP, protegen las ideas más íntimas y profundas de las personas, ideas que determinan las decisiones transcendentales en la vida de muchos seres humanos como, por ejemplo, la forma de vestir, los alimentos que se consumen, a quien amar, las relaciones familiares, entre otras. La única diferencia entre esas dos libertades es su origen, pues cuando la idea proviene de creencias religiosas se considera que se está ante la libertad religiosa y cuando proviene de convicciones seculares formadas en sistemas éticos que no tienen

una relación cercana con el fenómeno religioso se considera que se está ante la libertad de conciencia¹.

Como las dos libertades tienen el mismo objeto de protección - las ideas arraigadas de las personas, las cuales determinan sus proyectos de vida- se comparte la postura de Llamazares Fernández, quien considera que estas dos libertades conforman un solo derecho². En el caso español se trata del derecho a la libertad ideológica y para el caso colombiano del derecho a la libertad de conciencia³. Sobre el particular, el citado autor sostiene "*libertad ideológica es el concepto supremo en el que se incluye tanto la libertad de pensamiento (libertad de opinión) como la libertad de conciencia (libertad de convicción) y una y otra pueden ser religiosas o seculares.*"⁴

Se prefiere la denominación genérica del derecho a la libertad de conciencia sobre otros términos como libertad ideológica o independencia ética porque la CP no adoptó de forma expresa estos últimos términos. Además, la definición de conciencia del DLE permite abarcar tanto las creencias religiosas como las convicciones seculares⁵, ya que tanto las ideas arraigadas que provienen de la religión como las que surgen de otros sistemas éticos y morales conforman lo que se conoce como la conciencia de las personas.

El derecho a la libertad de conciencia garantiza que las personas puedan tener unas creencias o convicciones y llevar una vida acorde a estas ideas. No se protege el fenómeno religioso ni a ninguna

¹ Es importante resaltar la diferenciación terminológica que proponen Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla entre idea, creencia y convicción. Para los autores "A las ideas las tenemos nosotros; somos nosotros quienes la elaboramos sobre la base de nuestras percepciones sensibles: son producto de nuestro razonamiento y, por ello mismo, racionales. Las creencias, por el contrario, nos tienen a nosotros; son el suelo sobre el que nos sostenemos. Somos sus prisioneros y condicionan nuestras actitudes y conductas. Ahí radica la necesidad de su regulación jurídica especial (protección y limitación jurídica reforzadas). Las creencias no son compatibles con la duda; una creencia de la que se duda, ha dejado de ser una creencia. La duda en cambio, me atrevería a decir que es consustancial con la idea; nace y muere con ella, una idea de la que no se duda se ha convertido en una creencia" véase: D. Llamazares Fernández y M. Llamazares Calzadilla, *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Civitas, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011, cit. p. 18.

² D. Llamazares Fernández, "Libertad religiosa y Derecho común en el ordenamiento español: presupuestos conceptuales", en VV.AA., *Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común: actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre libertad religiosa, celebrado en León, los días 22 y 23 de octubre de 2009*, Universidad de León, León, 2010, cit., pp., 179-206.

³ En Colombia, técnicamente no se puede hablar del genérico derecho a la libertad ideológica porque la CP no adoptó de forma expresa este término como si lo realizó el artículo 16 de la CE, razón por la cual, en este escrito se adoptará el término "libertad de conciencia".

⁴ D. Llamazares Fernández, op., cit., p. 190.

⁵ Según el Diccionario Real de la Lengua Española el término conciencia hace referencia "Al conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios." Información recuperada de: <http://dle.rae.es/?id=A8k1FxD>

cosmovisión en particular, ya que la finalidad de ese derecho es la protección de las personas y las ideas que hacen parte de su identidad. Como lo sostiene Llamazares Calzadilla "*Lo que determina la necesidad de una protección jurídica especial es justamente ese grado de adhesión de la idea o creencia, que es 'vívida y sentida' como parte integrante de la propia identidad*"⁶. En definitiva, el derecho a la libertad de conciencia, tanto en su ámbito secular como religioso, pretende proteger el derecho de las personas de no traicionarse a sí mismas, ya que cuando la adhesión a una idea política, filosófica, ética, moral o religiosa se vuelve tan fuerte, las personas no pueden realizar actos contrarios a estas ideas sin auto reprocharse y sentir culpa por realizarlos.

En Colombia, estas dos libertades fueron establecidas por diferentes disposiciones constitucionales (arts. 18 y 19), aunque en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales se reconocen en una misma disposición⁷. El artículo 18 de la CP protege de manera general las ideas -convicciones que no tienen un origen religioso y el artículo 19 las ideas- creencias que provienen del fenómeno teísta. Como ambas libertades conforman el derecho a la conciencia, los artículos 18 y 19 se deben estudiar de forma conjunta. Asimismo, las reglas y principios de estas disposiciones serán aplicables al ámbito secular y religioso, del derecho a la libertad de conciencia.

El motivo del reconocimiento separado en la CP de la libertad de conciencia y religiosa es su origen histórico. Hasta hace poco tiempo se consideraba que todo el sistema ético y moral de las personas provenían de sus creencias religiosas, razón por la que la protección de la conciencia se garantizaba con la libertad religiosa. Solo con el proceso de secularización social que se inició en Francia y Estados Unidos de América, a finales del siglo XVIII, se empezó a reconocer que la conciencia también podía formarse por ideas no provenientes del fenómeno religioso, volviendo indispensable la protección de la conciencia secular, dando lugar al surgimiento de la libertad de conciencia.

Así, las bases constitucionales del derecho a la libertad de conciencia, secular y religiosa, son los artículos 18 y 19 de CP, porque ambas disposiciones protegen las ideas arraigadas que conforman la conciencia. Así las cosas, es oportuno señalar que el artículo 18 de la CP estableció: (I). El derecho a la libertad de conciencia, (II) determinó que nadie puede ser obligado a revelar sus creencias o convicciones y (III) señaló de forma general el derecho a

⁶ M. C. Llamazares Calzadilla, *Retos signos e innovaciones: Estado y simbología religiosa*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 31.

⁷ Un ejemplo de ello es la CE, la cual establece en su artículo 16 lo siguiente: «1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (...)».

la objeción de conciencia⁸. Por su parte, el artículo 19 reconoció: (I) el derecho a la libertad de cultos para después, (II) mencionar que todas las personas tienen la facultad de profesar libremente su religión; y por último (III), estableció la igualdad jurídica de todas las congregaciones religiosas⁹.

La redacción del art. 19 de la CP fue desafortunada porque reconoció primero la libertad de cultos para luego señalar de forma imprecisa el derecho a la libertad religiosa. El culto es solo una de las formas en que se manifiesta la libertad religiosa, por lo que es necesario primero reconocer la libertad religiosa, para después garantizar la libertad de culto como una manifestación de esta última libertad. La Corte Constitucional en la Sentencia C-616 de 1997, providencia en que estudió la constitucionalidad del deber de jurar en los estrados judiciales, aclaró este punto de la siguiente manera:

“En relación con la libertad de cultos, es fácil apreciar que ésta 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. De donde se concluye que la libertad de cultos no es más que una consecuencia de la libertad religiosa”¹⁰.

Además de las disposiciones que aparecen de forma expresa en la CP, es necesario también estudiar varias normas que hacen parte de tratados internacionales ratificados por Colombia, los cuales por expreso mandato del artículo 93 integran el ordenamiento jurídico en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad¹¹. Esta figura, de origen jurisprudencial, señala que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano integran el ordenamiento con el mismo valor y fuerza que el articulado del texto constitucional. Por ende, la CP no solo está conformada por las disposiciones que aparece de forma expresa en su texto sino también por varias normas que hacen parte de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia¹².

⁸ CP. Artículo 18: Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

⁹ CP. Artículo 19: 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.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 1997.

¹¹ CP. Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

¹² Para consultar un estudio detallado del concepto y la naturaleza de la figura del bloque de constitucionalidad en Colombia, véase: A. M. Gutiérrez Beltrán, *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

En Colombia, la cláusula de integración y la figura del bloque condicionan la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado (art. 93.2.), y además integran a estos tratados internacionales al contenido material de la CP (art. 93.1.). En consecuencia, la CP está conformado por: I). El articulado expreso del texto constitucional (380 artículos y disposiciones transitorias). II). Por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Así las cosas, el derecho a la libertad de conciencia, secular y religiosa, también tiene sustento constitucional en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto), tratados de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano. Estas disposiciones, a diferencia del texto expreso de la CP, reconocieron las dos dimensiones del derecho a la conciencia en una sola disposición. Además, fueron redactadas de manera exhaustiva, ya que señalaron de forma más detalladas las diferentes manifestaciones de este derecho¹³.

Para las disposiciones internacionales, el contenido de la libertad de conciencia comprende las siguientes manifestaciones: (I) el derecho de tener o no, unas creencias o convicciones; así como la

¹³ *Convención Americana sobre 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.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

facultad de manifestarlas de forma privada o en público mediante el culto, la celebración de ritos y la enseñanza; (II) la prohibición de medidas que puedan coartar la libertad de conciencia y religiosa; (III) el límite de este derecho es el orden público y los derechos de terceros; (IV) la libertad de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias y convicciones.

1.2.- Carácter fundamental del derecho a la libertad de conciencia

Las creencias y convicciones de las personas conforman su identidad, son el parámetro de valoración de sus actos. En este sentido, Ortega y Gasset sostenía que "*cuando se quiera entender a un hombre, la vida de un hombre, procuremos, ante todo, averiguar cuáles son sus ideas*"¹⁴. La adhesión a las creencias y convicciones llevó a que la libertad de conciencia fuera reconocida como una de las libertades clásicas de la primera generación de derechos, los civiles y políticos. Ya no es el Estado, ni el soberano quien define las creencias o convicciones permitidas, ahora son las personas las que deciden en que creer, en que temer, en que fantasía vivir.

Por esta razón la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y varios tratados internacionales sobre la materia como, por ejemplo, el Pacto, la Convención y el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconocieron el derecho a la libertad de conciencia es sus dos dimensiones, religiosa y secular. Su importancia llevó a que se reconociera como un derecho humano en el campo internacional y a su posterior calificación como derecho fundamental en el contexto nacional.

Es preciso señalar que los derechos fundamentales surgen en la posguerra como una nueva categoría de derechos, en virtud de la cual, los Estados se comprometen con las personas a garantizar un catálogo mínimo de derechos, los cuales serán protegidos ante toda situación. Los cambios políticos, del partido de gobierno y de las condiciones sociales no podrán ser invocados como excusas para prohibir el ejercicio de estos derechos. En términos de Ferrajoli, los derechos fundamentales son unas garantías mínimas que hacen parte de la esfera de lo no decidible por parte del Estado y del mercado, ya que una vez otorgados no se pueden prohibir, ni limitar su núcleo esencial¹⁵. En definitiva, los derechos fundamentales son los derechos más importantes que un ordenamiento determinado le otorga al individuo en un preciso momento histórico, los cuales a partir de ese momento son indisponibles para el Estado.

En Colombia, la CP introdujo por primera vez la categoría de derechos fundamentales y no dudo en catalogar al derecho a la

¹⁴ J. Ortega y Gasset, *Ideas y creencias*, Revista de Occidente, Madrid, 1942, p. 6.

¹⁵ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010.

libertad de conciencia como tal, ya que sus dos dimensiones fueron reconocidas en el Título II, Capítulo 1, denominado *De los derechos fundamentales*¹⁶. Sin embargo, el carácter fundamental de este derecho no depende de su ubicación en el texto constitucional porque el catálogo de derechos fundamentales en Colombia fue ampliado por la Corte Constitucional a otros derechos no reconocidos expresamente como tales en la CP.

La progresiva ampliación del catálogo de derechos fundamentales llevó a la Corte a considerar, desde el 2007, que todos los derechos constitucionales son fundamentales¹⁷. Como quiera que la libertad de conciencia y la libertad religiosa son libertades reconocidas en el texto constitucional, el derecho a la libertad de conciencia es un derecho fundamental.

Las consecuencias jurídicas de otorgarle la categoría de fundamental a un derecho en Colombia son el carácter de superioridad jerárquica que adquiere frente a otros derechos y los mecanismos procesales de protección reforzada. En efecto, como lo sostiene Osuna Patiño *"los derechos fundamentales son normas supralegales, que le otorgan a alguien una situación de ventaja"*¹⁸. La situación de ventaja permite a las personas exigir al Estado, y a otros particulares, el respeto de las situaciones jurídicas que se crean como consecuencia del contenido del derecho.

A su vez, la supralegalidad jurídica de los derechos fundamentales hace referencia a la superioridad normativa frente a otros derechos de rango legal, y al procedimiento legislativo reforzado para su regulación, ley estatutaria aprobada por mayoría

¹⁶ La Corte Constitucional en una de sus primeras providencias, Sentencia T-002 de 1992, determinó que los nombres de los títulos y capítulos de la CP no tenían ningún valor vinculante, ya que no fueron aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente. Así las cosas, para la Corte el catálogo de derechos fundamentales no se limita a los derechos enunciados en ese capítulo de la CP. Al respecto señaló la Corte *"Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título «de los derechos fundamentales» y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991"*. Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992.

¹⁷ Sobre la ampliación de catálogo de derechos fundamentales en Colombia, Osuna Patiño sostiene lo siguiente *"La jurisprudencia colombiana más temprana, así como algún sector de la doctrina nacional, también intentaron, mediante la figura de los derechos por 'conexidad', proponer que cabía la posibilidad de que algunos derechos establecidos en la Constitución no fueran fundamentales, línea que en buena hora se abandonó en el año 2007, para admitir con fundamento en la idea de la indivisibilidad de los derechos que todos los establecidos en la Constitución o en los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad son derechos humanos o fundamentales"*. Al respecto véase N. I. Osuna Patiño, "Derechos y libertades constitucionales" en M. I. Correa Henao y G. A. Ramírez Cleves (ed.), *Lecciones de derecho constitucional. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 348.

¹⁸ *Ibidem*, p. 347.

absoluta de los miembros del Congreso de la República. También se refiere a la existencia de un mecanismo especial para su defensa, denominado en Colombia acción de tutela; mecanismo judicial preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados o amenazados¹⁹.

Por regla general los derechos fundamentales son normas tipo principio, los cuales tienen una estructura indeterminada, diferente a la clásica estructura de las normas tipo reglas, en los cuales se presenta un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Esa indeterminación, de la cual no se escapa el derecho a la libertad de conciencia, llevó a Alexy a señalar que los derechos fundamentales son mandatos de optimización que se deben cumplir en la medida de lo posible²⁰. La indeterminación del derecho a la libertad de conciencia ha llevado a que se presenten varias tensiones y conflictos relacionados con el ejercicio de este; casos llevados a la justicia constitucional mediante el mecanismo judicial de la acción de tutela, casos que han servido para que la jurisprudencia de la Corte establezca el contenido y límites de este derecho.

2.- EL CARÁCTER LAICO DEL ESTADO COLOMBIANO

La CP no estableció de forma expresa el carácter laico del Estado colombiano, como si lo hacen, por ejemplo, las constituciones de Francia, Turquía o Ecuador²¹. Además de esta omisión, el preámbulo del texto constitucional invoca la protección de Dios y el artículo 192 determina que el Presidente de la República debe tomar posesión del cargo manifestando la siguiente fórmula "*Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia*".

La mención de Dios en la CP es problemática porque desconoce las visiones del mundo agnóstica, atea y hasta algunas visiones religiosas. Así lo expresaron los delegados de las comunidades indígenas ante la Asamblea Nacional Constituyente, quienes

¹⁹ Constitución Política de 1991. Artículo 86: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad (...)

²⁰ R. Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007.

²¹ *Constitución de Francia de 1958*. Artículo 1: Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada. (...)

Constitución de la República del Ecuador del 2008. Artículo 1: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

solicitaron cambiar la expresión "Dios" por "dioses" dado que un buen número de esas comunidades eran politeístas²². Esta inclusión ha llevado a que algún sector de la doctrina considere que la intención del Constituyente de 1991 fue resaltar la importancia del fenómeno religioso en Colombia, razón por la que la religión debe ser protegida por ser un fenómeno positivo. Sobre esta cuestión, Prieto Martínez afirma "*la invocación de la protección de Dios refleja de algún modo la visión positiva del hecho religioso (...)*"²³.

A pesar de la impertinencia de la mención de Dios, la Corte Constitucional ha determinado, de forma pacífica y reiterada en su jurisprudencia, que Colombia es un Estado laico²⁴. En la jurisprudencia constitucional no se ha presentado mayor discusión sobre este punto, pues la Corte ha reiterado en varias providencias que Colombia es un Estado laico a partir de la expedición de la CP. Sobre este asunto, Prieto Martínez ha dicho "*En buena medida, la aplicación concreta del principio de laicidad ha corrido a cargo de la Corte Constitucional. A lo largo de los años transcurridos desde su creación en 1991, han sido muchas las ocasiones en las que se ha pronunciado sobre cuestiones relacionadas con libertad religiosa y Estado laico*"²⁵.

Una de las primeras providencias en que la Corte utilizó el concepto de Estado laico fue la Sentencia C-350 de 1994. En esa oportunidad la Corte estudió la constitucionalidad de una ley que consagró a Colombia al Sagrado Corazón de Jesús. Para el Tribunal Constitucional, la norma demandada era inconstitucional porque era contraria al carácter laico del Estado. Al respecto señaló:

"La laicidad del Estado se desprende entonces del conjunto de valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. En efecto, un Estado que se define como ontológicamente pluralista en materia religiosa y que además reconoce la igualdad entre todas las religiones (CP arts. 1º y 19) no puede al mismo tiempo consagrar una religión oficial o establecer la preeminencia jurídica de ciertos credos religiosos. Es por consiguiente un Estado laico"²⁶.

²² Al respecto el Constituyente Germán Toro Zuluaga manifestó lo siguiente "*En el caso colombiano, aunque su población es su mayoría es cristiana, existe una diversidad de cultos. Las distintas comunidades étnicas en general son politeístas, además en el país hay musulmanes, ateos y agnósticos. Entonces mal haríamos en consagrar el pluralismo, el multiculturalismo, para negarlo después en los primeros renglones de la Constitución*". Gaceta Constitucional, No. 90, p. 12. Un interesante estudio sobre la discusión de la inclusión de la palabra Dios en el preámbulo de la CP lo realizó V. Prieto Martínez, *Estado Laico y libertad religiosa: antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*, Díké, Bogotá, 2011.

²³ V. Prieto Martínez, *Libertad religiosa, laicidad y autonomía*, Temis, Bogotá, 2015, p. 36.

²⁴ Ver al respecto las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-350 de 1994, C-609 de 1996, C-478 de 1999, C-152 de 2003, C-1175 de 2004, C-094 de 2007, C-766 de 2010, C-817 de 2011, C-948 de 2014, C-224 de 2016, C-567 de 2016, C-570 de 2016, C-664 de 2016.

²⁵ V. Prieto Martínez *Libertad religiosa, laicidad y autonomía*, Temis, Bogotá, 2015, p. 42.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 1994.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-766 de 2010. En esa providencia estudió la constitucionalidad de una ley que otorgó al municipio de la Estrella la categoría de "*ciudad santuario*". La Corte declaró inconstitucional la ley demandada porque consideró que era contraria al carácter laico del Estado, ya que utilizó una categoría canónica para clasificar a un municipio. Sobre el carácter laico del Estado señaló:

"Sea lo primero reiterar que de la interpretación sistemática de la Constitución de 1991 se concluye el carácter laico del Estado colombiano. Esta afirmación encuentra sustento en dos elementos axiales del régimen constitucional del Estado colombiano: i. El principio democrático que el artículo 1º de la Constitución señala como uno de los elementos fundacionales del Estado; y ii. La ausencia en el texto constitucional de cualquier referencia a relación especial alguna entre el Estado con alguna iglesia, excluyendo ab initio la idea de iglesia estatal, iglesia prevalente o iglesia jurídicamente privilegiada"²⁷.

Así las cosas, para la Corte Constitucional el carácter laico del Estado colombiano se infiere de los siguientes predicados constitucionales:

1. El reconocimiento del carácter pluralista del Estado y de la diversidad cultural del país (arts. 1, 7 CP).
2. El establecimiento del derecho fundamental a la libertad religiosa. (art. 19.1 CP).
3. El deber del Estado de tratar de forma igualitaria a todas las confesiones religiosas (art. 19.2 CP).
4. El no establecimiento en la CP de una religión oficial.

2.1.- Finalidad del Estado laico

En la doctrina existen varias clasificaciones y tipologías de Estado según su relación con el fenómeno religioso. En el presente escrito se adoptará la clasificación establecida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Según dicha clasificación, los modelos de Estados que se presentan en esta materia son los siguientes²⁸:

1. Estado confesional sin libertad religiosa: En este tipo de Estado tiene una religión oficial y prohíbe la práctica de otras religiones.
2. Estado confesional con libertad religiosa: En este Estado existe una religión oficial que tiene privilegios respecto de las otras, pero el Estado permite la práctica del culto de otras confesiones.
3. Estado con orientación confesional: Este Estado no tiene una religión oficial y permite la práctica de los ritos y cultos de las diferentes congregaciones. Sin embargo, otorga un tratamiento preferencial a una religión por razones históricas o sociales.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-766 de 2010.

²⁸ Sobre este particular, véase, entre otras, las Sentencias C-350 de 1994 y C-817 de 2011.

4. Estado ateo: Este tipo de Estado prohíbe y reprime el fenómeno religioso.

5. Estado laico: En términos generales este tipo de Estado se caracteriza por no tener una religión oficial y por permitir de forma igualitaria el ejercicio de la libertad religiosa. Para cumplir tal fin se adoptan los principios de neutralidad religiosa y el deber de separación entre Estado y las Iglesias.

De los diferentes tipos de Estados señalados por la Corte Constitucional, el modelo de Estado laico es el que mejor garantiza el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, tanto en su dimensión religiosa como secular. Lo anterior se debe a que el Estado laico tiene como finalidad garantizar que las personas puedan ejercer de igual forma el derecho a la libertad de conciencia, sin importarle si la convicción es secular o religiosa. No es suficiente con garantizar la igualdad entre las creencias religiosas, también debe garantizarse la igualdad entre estas creencias y las convicciones e ideologías seculares, ya que como lo señala Llamazares Calzadilla el objetivo de la laicidad es garantizar "*la igualdad en la libertad de conciencia*"²⁹.

Aunque el modelo confesional con libertad religiosa permite el ejercicio de la libertad de conciencia y religiosa, en este tipo de Estado no se garantiza la plena igualdad en el ejercicio de este derecho porque existe una visión del mundo privilegiada (teísta) y una congregación religiosa con prerrogativas de iglesia oficial. Solo el Estado laico garantiza plenamente la igualdad en el ejercicio de la libertad de conciencia ya que es neutral ante las diferentes visiones del mundo con el fin de no otorgar ninguna clase de privilegios. Ya no es suficiente permitir o tolerar el ejercicio de las diferentes visiones del mundo y creencias religiosas no oficiales; la laicidad exige que el Estado asuma una posición neutral frente a todas las cosmovisiones, con el fin de garantizar la igualdad.

En el modelo laico no se protege el fenómeno religioso *per se* ni a ninguna visión del mundo en particular, ya que estas son indiferentes para el Estado cuyo fin es proteger a la persona y su conciencia. Por tal razón, lo que garantiza la laicidad es el libre e igualitario ejercicio de la libertad de conciencia, sin importar su origen o la visión del mundo que representen. Se protege a las personas y las ideas íntimas y profundas que hacen parte de ella, pero no al fenómeno religioso. Como lo sostiene Rodríguez Uribe "*El Estado laico establecerá las condiciones políticas y jurídicas necesarias para que todos los seres humanos podamos vivir libremente, de acuerdo con nuestra conciencia, nuestras convicciones o nuestra fe*"³⁰.

Algún sector de la doctrina como Barrero Ortega considera que la laicidad del Estado tiene como finalidad proteger y garantizar

²⁹ M. C. Llamazares Calzadilla, *Retos signos e innovaciones: Estado y simbología religiosa*, Dykinson, Madrid, 2015, p.46.

³⁰ J. M. Rodríguez Uribe, *Elogio de la laicidad. Hacia el Estado laico: la modernidad pendiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.175.

únicamente el derecho a la libertad religiosa³¹. No se comparte esta postura porque se queda en el ámbito religioso de la libertad de conciencia, cuando la laicidad busca proteger plenamente la conciencia de las personas y sus manifestaciones externas, independientemente de su origen religioso o secular. No se protege el fenómeno religioso como hecho positivo, se protegen las creencias de las personas como manifestación de la conciencia. En otras palabras, cuando el Estado garantiza en un caso concreto las creencias religiosas de una persona, no las protege porque considere que el fenómeno religioso sea relevante *per se* sino porque a través de esta protección se garantiza el derecho a la libertad de conciencia de las personas.

Como lo señalan Llamazares Fernández y Llamazares Calzadilla, las convicciones y creencias son objeto de protección constitucional por ser inseparables de la persona, al punto que determinan las decisiones importantes de la vida *"las creencias por el contrario, nos tienen a nosotros; son el suelo sobre el que nos setenemos. Somos sus prisioneros y condicionan nuestras actitudes y conductas. Ahí radica la necesidad de su protección especial"*³². Por ende, la laicidad busca garantizar la plena igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, para que las personas puedan ser igualmente libres de decidir sus proyectos de vida, según su más íntimas creencias y convicciones. Al respecto Rodríguez Uribes señala *"La laicidad y el Estado laico no buscarán hacernos felices o salvarnos persiguiendo un paraíso o una utopía fuerte, sino que seamos lo más libre posibles"*³³.

2.2.- Elementos del Estado laico

El carácter laico del Estado tiene como finalidad garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, tanto en su ámbito secular como religioso. Para tal fin, la laicidad se convierte en un principio o parámetro de actuación del Estado, con el fin de evitar que este mediante el ejercicio de sus funciones cree condiciones de desigualdad en el ejercicio de la libertad de conciencia y religiosa. Estas condiciones de desigualdad se pueden presentar por las siguientes circunstancias: el Estado mediante sus actuaciones (I) privilegia una visión del mundo frente a las otras visiones (atea,

³¹ Al respecto Barrero Ortega sostiene lo siguiente "La laicidad habrá que entenderse no tanto como indiferencia del Estado ante las religiones sino como salvaguarda de la religión, en régimen de pluralismo confesional y cultural. (...) La tarea del Estado laico es doble. Positivamente, se compromete a garantizar la libertad religiosa como uno de los derechos fundamentales de las personas. Negativamente, es incompetente ante el acto de fe, de forma que no puede convertirse en protector de los dogmas de una concreta religión". Véase A. Barrero Ortega, op., cit., pp. 251, 264.

³² D. Llamazares Fernández y M. C Llamazares Calzadilla, Op., Cit., p.18.

³³ J. M. Rodríguez Uribes, op., cit., p.177.

agnóstica, teísta-monistas, teísta-politeísta, etc.); (II) privilegia las creencias de una congregación religiosas frente a otras; (III) obstaculiza el ejercicio de actos que provienen de las más íntimas creencias o convicciones de las personas.

Para evitar cometer los anteriores actos de desigualdad, el principio de laicidad exige al Estado comportarse de una forma neutral frente a las convicciones y creencias de las personas y separar totalmente su estructura orgánica de la organización de las congregaciones religiosas. Sin embargo, como quiera que la neutralidad y la separación son instrumentos para garantizar el carácter laico del Estado, estos parámetros no son contrarios al deber del Estado de garantizar y proteger el ejercicio de las diferentes manifestaciones externas del derecho a la libertad de conciencia y religiosa; siempre y cuando esa protección se realice de una forma neutral y no implique la confusión de las funciones estatales con las religiosas. Aquí es importante recalcar que el Estado tiene la obligación de garantizar que todas las personas pueden ejercer y practicar sus creencias religiosas. Esta protección no tiene origen en una valoración positiva de esas creencias sino en el deber del Estado de proteger la conciencia de las personas y sus ideas arraigadas (creencias religiosas o convicciones seculares).

En Colombia, los deberes de separación y neutralidad, además de deducirse del carácter laico del Estado, tienen sustento constitucional en el artículo 19.2 de la CP que establece el deber del Estado de otorgarle un trato igual a todas las congregaciones religiosas. La fórmula empleada por el Constituyente del 1991 fue la siguiente "*Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley*". A su vez, esta disposición constitucional es reforzada por la genérica prohibición de discriminación por razones de religión y de opinión política o filosófica, que establece el artículo 13 de la CP.

La neutralidad del Estado implica el deber de no valorar, de forma positiva o negativa, las manifestaciones externas del derecho a la libertad de conciencia y religiosa. Para el Estado, los principios y dogmas religiosos no son positivos ni negativos y por tal razón no los podrá asumir como propios ni rechazarlos. Como señala Espinosa Díaz "*la neutralidad del Estado implica que este no podrá asumir como valores sociales propios los defendidos por algunas de las confesiones*"³⁴. Incluso el deber de neutralidad impide al Estado hacer una valoración positiva del fenómeno religioso en general porque esa valoración crearía una desigualdad respecto a otras cosmovisiones no religiosas, como la ateo o agnóstica.

Los únicos valores que puede, y debe, defender el Estado sin afectar el deber de neutralidad son los valores y principios establecidos en el texto constitucional, porque son los principios que

³⁴ A. Espinosa Díaz, *La enseñanza religiosa en centros docentes. Una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2016, p. 65.

permitieron el acuerdo social que llevó a la expedición de la CP. Así las cosas, el Estado puede promover, sin desconocer el principio de neutralidad, los valores democráticos, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana, etc., ya que estos principios están reconocidos en la CP y su promoción no implica tomar posición en materia religiosa ni afecta gravemente ninguna otra cosmovisión.

Por su parte la separación implica la diferenciación orgánica y funcional entre el Estado y las congregaciones religiosas. El Estado no puede ejercer ninguna función religiosa y a su vez las congregaciones no pueden ejercer funciones estatales. Para cumplir lo anterior, es necesario que todas las funciones estatales tengan como objeto el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 1 de la CP, en los estrictos términos que determina el artículo 209 de la CP.

Es importante resaltar que la separación también conlleva la diferenciación de sujetos. Esto implica que dentro de la estructura organizacional del Estado no pueden existir órganos o dependencias estatales que tengan como finalidad el cumplimiento de funciones religiosas propias de las congregaciones. Al respecto Llamazares Calzadilla considera que esta separación busca "*No equiparación de las entidades confesionales ni con el Estado ni con las entidades públicas, especialmente desde el punto de vista de su tratamiento jurídico*"³⁵.

No obstante, lo señalado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha limitado el alcance de la neutralidad y el deber de separación únicamente al ámbito religioso. Para la jurisprudencia constitucional con la neutralidad y la separación únicamente se pretende garantizar la igualdad de todas las congregaciones religiosas, obligación establecida en el artículo 19.2 de la CP³⁶. No se comparte esta postura porque desconoce que la neutralidad también implica garantizar la igualdad de las diferentes cosmovisiones del mundo con el fin de permitir el ejercicio libre del derecho a la libertad de conciencia. Para cumplir tal propósito no basta con tratar de forma igualitaria a todas las entidades religiosas, y sus principios y valores, pues también debe existir un trato igualitario (imparcial) entre las diferentes visiones del mundo.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-152 de 2003, sistematizó una serie de parámetros que el Estado debe tener en

³⁵ M. C. Llamazares Calzadilla, op. cit. p. 67.

³⁶ La postura que limita la interpretación de estos dos deberes únicamente al ámbito religiosa de la libertad de conciencia fue sistematizada por Corte Constitucional en la Sentencia C-152 de 2003. En esta providencia el Tribunal concluyó lo siguiente "En conclusión, el criterio empleado por la Corte para trazar la línea entre las acciones constitucionalmente permitidas al estado en materia religiosa tiene que ver con el propósito o finalidad buscada por las autoridades públicas en su intervención, no pudiendo la medida desconocer los principios de separación entre las Iglesias y el Estado, así como los principios de pluralismo religioso e igualdad de todas las confesiones ante la ley que le imponen al Estado laico el deber de ser neutral frente a las diversas manifestaciones religiosas." Corte Constitucional, Sentencia C-152 de 2003.

cuenta para no vulnerar el carácter laico. Estos parámetros están orientados a garantizar la separación del Estado de la Iglesia, ya que pretenden garantizar una separación de las funciones estatales de las religiosas, con el fin de garantizar la igualdad de todas las congregaciones. En efecto, estas pautas prohíben al Estado realizar los siguientes actos:

1. Establecer una religión oficial.
2. Adoptar medidas que identifiquen al Estado formal o explícitamente con una iglesia o congregación.
3. Actos oficiales de adhesión, así sean simbólicos, a una creencia o religión determinada.
4. Tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa.
5. Adoptar políticas o desarrollar acciones cuyo impacto primordial sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia en particular.

Los anteriores parámetros hacen parte del deber de separación entre el Estado y las Iglesias porque van orientadas a crear una línea clara de diferenciación entre la actuación estatal y la de las congregaciones religiosas. Sin embargo, la Corte en las Sentencias C-224 de 2016, C-441 de 2016, C-567 de 2016 y C 570 de 2016 agregó tres nuevos estándares orientados a prohibir medidas religiosas que beneficien a una religión en particular. Estos parámetros permiten deducir que la Corte avala las medidas de promoción del fenómeno religioso, siempre y cuando sean generales y no se adscriban a una determinada congregación. Según estos nuevos estándares, el Estado puede aprobar medidas que beneficien el fenómeno religioso, siempre y cuando:

1. La medida no favorezca o afecte a una confesión o iglesia en específico.
2. Las medidas que involucren un trato específico para una institución religiosa dependerán de que en ella se pueda identificar un criterio predominantemente secular, que la sustente o justifique, el cual debe ser verificable, consistente y suficiente.
3. Se encuentre a salvo la posibilidad de conferir medidas de esa misma naturaleza a otros credos, en igualdad de condiciones.

Así las cosas, el carácter laico del Estado y los principios de neutralidad y separación que se derivan de este han sido interpretados por la Corte como parámetros para garantizar la igualdad de todas las confesiones religiosas. Esta interpretación no es suficiente porque ha permitido que el fenómeno religioso sea promocionado y fomentado por el Estado en desmedro de otras cosmovisiones, ya que mientras la promoción no se adscriba a una congregación en particular pasará los parámetros de actuación señalados por la jurisprudencia constitucional.

3.- LA PROMOCIÓN DEL FENÓMENO RELIGIOSO

En esta parte del trabajo se estudiarán varios casos mediante los cuales se podrá constatar que el Estado colombiano fomenta el fenómeno religioso mediante el adoctrinamiento a los niños, a través de exenciones tributarias y otorgándole un trato privilegiado a los líderes religiosos. Para la Corte Constitucional, esa promoción no es contraria a la CP mientras no se identifique con una religión en particular. La interpretación jurisprudencial pretende garantizar la igualdad entre las diferentes confesiones religiosas, sin embargo, no tiene en cuenta que el derecho a la libertad de conciencia también implica garantizar la igualdad entre las diferentes cosmovisiones.

En este punto la Corte ha sido cercana a la postura de que el Estado debe proteger la identidad colectiva del grupo social, lo que Devlin denomina moralidad compartida³⁷. Para este autor la promoción del fenómeno religiosa se ajusta al deber del Estado de garantizar la identidad cultural de la sociedad, en este caso los valores religiosos-cristianos de la sociedad colombiana.

3.1- La clase de religión

En Colombia existe la obligación de impartir en el sistema educativo, colegios públicos y privados, la clase de adoctrinamiento religioso. Esta clase es de adoctrinamiento porque los profesores que imparten la asignatura, de conformidad con el art. 6 del Decreto 4500 de 2006, deben contar con un certificado de idoneidad de una congregación religiosa. La razón de este certificado es la vinculación de la asignatura a la doctrina de la autoridad religiosa que otorga el aval al profesor.

A su vez, la justificación que se le pretende dar a la existencia de la asignatura es el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas. Esta facultad de los padres fue reconocida por el párrafo 4 del artículo 68 de la CP³⁸, en el numeral 4 del artículo 12 de la Convención, el artículo 18 del Pacto y en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁹.

³⁷ P. Devlin, *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid, 2010.

³⁸ Constitución Política de 1991. Artículo 68: (...) Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 13: (...) 3. Los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que la obligación de impartir esta clase es ajustada a la CP y al carácter laico del Estado porque no vincula automáticamente la asignatura con una religión determinada. Así las cosas, la primera vez que la Corte estudió este punto fue en la Sentencia C-027 de 1993, providencia en la que declaró inconstitucional el artículo 11 de la ley que aprobó el Concordato con la Iglesia Católica, disposición que obligaba a impartir clases de educación religiosa católica en los colegios públicos.

Para el Tribunal Constitucional esa obligación era inconstitucional porque imponía a los estudiantes el deber de recibir educación religiosa de una determinada congregación, en desmedro de recibir educación de otras entidades religiosas. En otras palabras, para la Corte la asignatura religiosa era inconstitucional porque estaba vinculada con la Iglesia Católica y no por el hecho de obligar al Estado a promover el fenómeno religioso.

Con el fin de cumplir con lo establecido por la Corte Constitucional, muy poco tiempo después de proferida la anterior sentencia, se expidió la Ley 115 de 1994. En esa ley se volvió a establecer la obligación de ofrecer la clase de religión en el sistema educativo. Es importante resaltar que dicha ley solo señaló que era una clase de religión, pero no indicó expresamente que fuera de la Religión Católica. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 4500 de 2006, norma que determinó la potestad de cada colegio para determinar a qué congregación vincula la asignatura de religión.

En la Sentencia C-555 de 1994 la Corte declaró exequible la Ley 115 de 1994 porque consideró que la clase de religión tenía un fin constitucional válido: garantizar el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con su credo. Para la Corte la clase de adoctrinamiento no era contraria al carácter laico del Estado, siempre y cuando, no se vincule de forma automática con una religión determinada, pues esta decisión en cada caso deberá depender de las necesidades de la comunidad educativa de cada colegio.

Esta postura es contraria al deber de separación entre el Estado y las diferentes congregaciones religiosas porque convierte a la Administración Pública en la gran adoctrinadora en materia religiosa en Colombia, función que le corresponde a las religiones y no al Estado. Paradójicamente en Colombia no son las congregaciones las encargadas de enseñar y transmitir los valores religiosos a sus futuros fieles, pues este papel lo asume el Estado a través del sistema educativo. Esta permisión vulnera el deber de separación porque el Estado asume como propia una función de las congregaciones, además, para poder cumplir la evangelización necesita contar con el apoyo de unos funcionarios dedicados a esta labor; los profesores de religión, servidores públicos cuya única función es la promoción de los valores religiosos. Así las cosas, se vulnera el deber de separación porque no se puede diferenciar fácilmente entre la función adoctrinadora del Estado y las funciones religiosas de las

congregaciones, entre los servidores públicos (profesores de religión) y los líderes religiosos (sacerdotes, pastores, rabinos, etc).

Además de vulnerar el deber de separación, se compromete la neutralidad del Estado, pues este no podrá ser neutral frente a los principios y valores que tiene que promover. Para cumplir con la función de adoctrinamiento religioso el Estado debe asumir una posición positiva de los valores y principios religiosos que intenta inculcar en los niños y jóvenes en los colegios, pues para adoctrinar es necesario generar la apariencia de aceptación positiva de los que se promueve. A su vez, la existencia de la asignatura de religión también desconoce la neutralidad que debe mantener el Estado frente a todas las visiones del mundo, pues con esta clase se promueven los valores de la cosmovisión teísta del mundo, frente a otras visiones también válidas en un Estado pluralista como el colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, la adecuada forma de garantizar el derecho de los padres de educar a los hijos conforme con sus creencias religiosas, sin vulnerar el carácter laico del Estado es absteniéndose de reemplazar a los padres de familia en esa labor. Pues son ellos los que deben, en el hogar y mediante los cursos de adoctrinamiento que ofrecen las congregaciones, educar a los niños en materia religiosa. Como lo señala Llamazares Fernández *“Lo que se obliga al Estado a garantizar no es que la enseñanza pública imparta y transmita los valores y convicciones de los padres, sino que el Estado no pondrá obstáculos ni dificultades para que los padres lo hagan”*⁴⁰.

3.2.- Exenciones tributarias

Como se señaló en la primera parte del escrito, la Constitución Política de Colombia de 1886 estableció un Estado confesional con libertad religiosa. En vigencia de ese texto constitucional, la Iglesia Católica se benefició de varias exenciones tributarias, por su condición de Iglesia de la Nación colombiana. Con la expedición de la nueva Carta Política esas exenciones tributarias perdieron el sustento constitucional porque benefician a una congregación en particular y a la visión teísta del mundo.

No obstante, la Corte Constitucional consideró que estas exenciones no eran contrarias al carácter laico del Estado, ni a los principios de neutralidad y separación. En las Sentencias T-352 de 1997, T-269 de 2001, T-700 de 2003, T-621 de 2014, T-073 de 2016 y T-642 de 2016 la Corte estudió varios casos de congregaciones religiosas que solicitaron ser exoneradas del pago de diferentes impuestos, en los mismos términos que la Iglesia Católica. En estas

⁴⁰ D. Llamazares Fernández, “De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2012, (27), pp.37-42.

providencias se consolidó una pacífica línea jurisprudencial, según la cual, las entidades recaudadores de impuestos deben extender los beneficios tributarios que goza la Iglesia Católica a las demás congregaciones, con el fin de garantizar la igualdad de todas las entidades religiosas ante la ley.

No se comparte esta forma de interpretar el carácter laico del Estado y los principios de neutralidad y separación, ya que la extensión automática de las exenciones tributarias a todas las congregaciones religiosas privilegia la visión del mundo religiosa sobre otras visiones. En este caso se vulnera el principio de neutralidad porque las creencias religiosas manifestadas de manera colectiva mediante una congregación otorgan automáticamente el derecho de un trato fiscal privilegiado por parte del Estado. El Estado valora de forma positiva el fenómeno religioso y le otorga exenciones fiscales.

Para garantizar la plena igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia el Estado debe tratar de forma igual a todas las colectividades mediante las cuales se ejerza este derecho, sin importar que tenga el carácter religioso o no. Una buena solución para este caso sería un régimen jurídico común en materia fiscal que trate de forma igual a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro, pues el hecho religioso dejaría de ser relevante como parámetro para establecer una exención fiscal. Así las cosas, personas jurídicas que buscan la protección del medio ambiente, los derechos de los animales, alejar a las personas de las drogas ilícitas y, las congregaciones religiosas, tendrían un régimen fiscal común, el cual no se sustentaría en una causa religiosa, sino en el carácter no lucrativo de esas colectividades.

3.3.- Testimonio de los líderes religiosos

Algunas normas procesales en Colombia contenidas en los códigos de Procedimiento Civil y Penal eximieron a algunos altos funcionarios públicos y a los altos jerarcas de la Iglesia Católica del deber de rendir testimonio en los estrados judiciales. Cuando en un proceso sea necesaria la comparecencia de una de estas personas el juez debe enviar un cuestionario al despacho del funcionario público o jerarca eclesiástico con el fin que este lo responda y envíe la respuesta mediante documento certificado.

La Corte Constitucional, en las Sentencias C-609 de 1996 y C-094 de 2007, consideró que esas normas procesales eran ajustadas a la CP y al carácter laico del Estado. Nuevamente el Tribunal Constitucional consideró que las leyes demandadas se ajustaban a la CP, siempre y cuando, los líderes de otras congregaciones religiosas pudieran gozar del mismo privilegio que los jerarcas de la Iglesia católica. La novedad en esta línea jurisprudencial se presentó porque la Corte señaló que el privilegio se justificaba por la relevancia social del fenómeno religioso y la importancia comunitaria de líderes de las

congregaciones. Para la Corte la religión es un fenómeno positivo y por ende los líderes religiosos no deben tener obstáculos en el cumplimiento de sus funciones.

La norma demandada, en cuanto tiene que ver con los "cardenales, obispos o ministros de igual jerarquía que pertenezcan a otras religiones", responde al propósito constitucional de brindar protección a las diferentes iglesias y confesiones, protección que, de manera singular, se concreta en la persona de sus máximos jefes o ministros, que normalmente gozan de un amplio reconocimiento social vinculado no a su condición individual sino a la trascendencia de sus labores pastorales, de cuyo cabal cumplimiento no deben ser distraídos, ya que, por la importancia de esas funciones, las tareas que cumplen son parte esencial del derecho a difundir la respectiva religión, plasmado en el artículo 19 superior⁴¹.

(...) La inclusión de los jefes de las iglesias en el trato exceptivo que la norma prevé, no entraña un injustificado privilegio, pues ella atiende al amplio reconocimiento social de que gozan, vinculado, no a la persona del jefe o ministro en sí misma considerada, sino a las tareas ligadas a la relevancia del cargo dentro de la organización religiosa, y a la trascendencia de las labores pastorales dentro de la sociedad; (v) Las tareas que cumplen son parte esencial del derecho a difundir la respectiva religión plasmado en el artículo 19 superior; (vi) La prerrogativa que la norma contempla no comporta el compromiso del Estado con una específica religión, ni el desconocimiento del carácter laico de la organización política, sino apenas el reconocimiento de la trascendencia social del fenómeno religioso en sus variadas manifestaciones; (vii) Tal prerrogativa -en la medida que incluye a los ministros de todas las confesiones religiosas legalmente establecidas- es acorde con la naturaleza democrática y pluralista del Estado colombiano⁴².

En síntesis, para la Corte la relevancia del fenómeno religioso es justificación para que se equipare a los líderes de las congregaciones con los funcionarios públicos del más alto nivel. Lo anterior con el fin de eximirlos del deber de acudir a los estrados judiciales cuando una autoridad judicial requiera su presencia. Para el Tribunal, por la importancia y trascendencia social de la religión, a los evangelizadores no se les debe interrumpir en sus nobles labores, ni siquiera cuando la justicia los requiera. No se comparte la postura de la Corte porque con ese mismo argumento se podrían eximir a las estrellas del fútbol o la música de acudir a los estrados judiciales, ya que estas personas también realizan actividades sociales muy relevantes para la sociedad contemporánea, por tanto, su labor tampoco debería ser interrumpida por un humilde Juez de la República.

En este caso se desconoce el principio de neutralidad porque el fenómeno religioso es valorado de forma positiva por parte del Estado con el fin de eximir a los líderes de las congregaciones de acudir a los estrados judiciales a rendir testimonio. Este privilegio equipara a los líderes religiosos con las personas que ocupan algunos altos cargos en el Estado, quienes por la importancia del cargo y las funciones que desempeñan se encuentran eximidos de acudir antes las autoridades judiciales. Equiparación contraria al deber de separación porque

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-609 de 1997.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-904 de 2007.

extiende un privilegio que se justifica por la relevancia de las funciones públicas que realizan los servidores del Estado a líderes religiosos que no desempeñan ninguna actividad pública.

4.- CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de conciencia protege las ideas arraigadas de las personas, ideas que determinan las decisiones transcendentales. Cuando las ideas tengan un origen religioso se estará ante el ámbito religioso de la libertad de conciencia, cuando provengan de sistemas éticos y morales diferentes al religioso, se estará ante el ámbito secular de la libertad de conciencia.

El carácter laico del Estado tiene como finalidad garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia. Para tal fin el Estado debe comportarse de forma neutra frente a todas las valoraciones éticas y morales de las personas, independientemente de su origen. La neutralidad no se predica únicamente de los sistemas de valores de las congregaciones religiosas, también se exige frente a las diferentes cosmovisiones e ideas del mundo.

Por su parte la separación entre el Estado y las diferentes iglesias obliga a la administración a no realizar ningún tipo de función religiosa, actividad que le corresponde a las congregaciones. Así las cosas, los funcionarios solo deben realizar funciones públicas y los líderes religiosos funciones espirituales. A su vez, el Estado debe separar totalmente su estructura orgánica de las dependencias de las diferentes entidades religiosas, para evitar la confusión entre el aparato estatal con estructura de las entidades religiosas.

En Colombia los principios de neutralidad y separación únicamente son utilizados como parámetros para garantizar la igualdad entre los diferentes credos religiosos. Este parámetro es insuficiente porque crea una desigualdad entre la cosmovisión teísta del mundo y otras cosmovisiones tan válidas en un Estado pluralista como el colombiano. Algunos ejemplos de esta desigualdad se pueden advertir en la promoción estatal del fenómeno religioso en las aulas escolares mediante la asignatura de religión, el otorgamiento de varios privilegios a los líderes religiosos por la labor que desempeñan como por ejemplo la exoneración de cumplir con las obligaciones de prestar servicio militar o acudir a rendir testimonio en los estrados judiciales. En materia tributaria la conformación de grupos y asociaciones religiosas eximen del deber de pagar algunos impuestos. Lo anterior crea una desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, ya que las creencias religiosas y sus manifestaciones externas son sobreprotegidas en comparación con el ejercicio de las convicciones seculares.

Por otra parte, la extensión de los privilegios de la Iglesia Católica a las demás congregaciones que lo han solicitado genera la apariencia de que el modelo jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional es un modelo pluriconfesional, tipo de Estado en el

cual no hay una sino varias congregaciones religiosas que gozan de prerrogativas de iglesia oficial. La Corte Constitucional en vez de eliminar los privilegios de congregación oficial que gozaba la Iglesia Católica, los ha extendido a las demás entidades religiosas que lo han solicitado.

BIBLIOGRAFÍA

- R. Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007.
- A. Barrero Ortega, *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- P. Devlin, *La imposición de la moral*, Dykinson, Madrid, 2010.
- A. Espinosa Díaz, *La enseñanza religiosa en centros docentes. Una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010.
- A. M. Gutiérrez Beltrán, *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- V. Prieto Martínez. *Libertad religiosa y confesiones. Derecho eclesiástico del Estado colombiano*. Temis, Bogotá, 2008.
- V. Prieto Martínez, *Estado Laico y libertad religiosa: antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*, Diké, Bogotá, 2011.
- V. Prieto Martínez *Libertad religiosa, laicidad y autonomía*, Temis, Bogotá, 2015.
- M. C. Llamazares Calzadilla, *Retos signos e innovaciones: Estado y simbología religiosa*, Dykinson, Madrid, 2015.
- D. Llamazares Fernández, "Libertad religiosa y Derecho común en el ordenamiento español: presupuestos conceptuales", en VV.AA., *Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común: actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre libertad religiosa, celebrado en León, los días 22 y 23 de octubre de 2009*, Universidad de León, León, 2010.
- D. Llamazares Fernández, "De la verdadera tolerancia en materia de libertad religiosa. Réplica a Weiler", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2012, (27).
- D. Llamazares Fernández y M. Llamazares Calzadilla, *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Civitas, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2011.
- N.I. Osuna Patiño, "Derechos y libertades constitucionales" en M. I. Correa Henao y G. A. Ramírez Cleves (ed.), *Lecciones de derecho constitucional. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- J. Ortega y Gasset, *Ideas y creencias*, Revista Occidente, Madrid, 1942.

J. M. Rodríguez Uribes, *Elogio de la laicidad. Hacia el Estado laico: la modernidad pendiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LISTA JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional colombiana

Sentencia C-027 de 1993.

Sentencia C-350 de 1994.

Sentencia C-555 de 1994.

Sentencia C-609 de 1996.

Sentencia C-616 de 1997.

Sentencia C-478 de 1999.

Sentencia C-152 de 2003.

Sentencia C-1175 de 2014.

Sentencia C-094 de 2007.

Sentencia C-766 de 2010.

Sentencia C-817 de 2011.

Sentencia C-948 de 2014.

Sentencia C-224 de 2016.

Sentencia C-441de 2016.

Sentencia C-567 de 2016.

Sentencia C-570 de 2016.

Sentencia C-664 de 2016.

Sentencia T-002 de 1992.

Sentencia T-139 de 2014.

Sentencia T-105 de 2017.

EL HUMANISMO POSCOLONIAL COMO CRÍTICA DEL ETNONACIONALISMO

POSTCOLONIAL HUMANISM AS A CRITIQUE OF ETHNONATIONALISM

Ismael Cortés Gómez*

RESUMEN: Aplicando una metodología hermenéutica intertextual, el artículo ofrece un análisis de diferentes momentos en la articulación del humanismo poscolonial, sistematizando los nexos conceptuales entre las propuestas de Fanon / Bhabha y Bhabha / Said. El artículo interpreta el humanismo poscolonial como una epistemología crítica que permite dilucidar los mecanismos de violencia cultural y epistémica inherentes a los proyectos y a las narrativas etno-nacionalistas, y plantea la posibilidad de un horizonte de ciudadanía intercultural en el contexto presente de crisis de la Unión Europea posBrexit.

ABSTRACT: *This article offers an analysis of different moments in the articulation of postcolonial humanism through a systematization of conceptual nexus among the proposals of Fanon / Bhabha and Bhabha / Said, the article highlights the contemporary dimensions of postcolonial humanism. By doing intertextual hermeneutic analysis, the article interprets postcolonial humanism as a critical epistemology that elucidates the mechanisms of cultural and epistemic violence inherent to ethno-nationalist narratives and strategies, in the current context of postBrexit EU crisis.*

PALABRAS CLAVE: interculturalidad; etno-nacionalismo; humanismo poscolonial; democracia; derechos universales

KEYWORDS: *interculturality; ethno-nationalism; postcolonial humanism; democracy; universal rights*

Fecha de recepción: 04/07/2018

Fecha de aceptación: 21/11/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4512>

* Doctor de la Cátedra Unesco de Filosofía para la Paz – Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz (Universitat Jaume I - Universitat d'Alacant). Postdoctoral Fellow de la Central European University (Viena-Budapest). E-mail: ismaelcortes@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- Contexto

La hostilidad etno-nacionalista hacia la Unión Europea ha ido *in crescendo* en los últimos años¹. Así lo demuestran los últimos resultados electorales de partidos euroescépticos tales como: Agrupación Nacional (Francia), Fidesz (Hungría), Justicia y Ley (Polonia), Liga Norte (Italia), Partido de la Libertad (Austria) o el Partido Popular Danés (Dinamarca). Excepto Agrupación Nacional (principal partido de la oposición en Francia), el resto de partidos forman parte de la ejecutiva de sus respectivos gobiernos. A esta lista hay que añadir el éxito de la campaña del partido ultra-nacionalista UKIP, a favor del Brexit, en el referéndum del 23 de junio de 2016.

El historiador José Álvarez Junco define el despliegue de la estrategia etno-nacionalista a partir de un esquema de tres fases: 1. Primera fase, reivindicación de un nacionalismo cultural que pone en valor los lazos religiosos, lingüísticos e históricos que distinguen de manera particular y exclusiva a una comunidad cultural de otras. 2. Segunda fase, impugnación del régimen legal compartido con otras identidades culturales. 3. Tercera fase, creación de un Estado autónomo cuya ciudadanía se basa en la pertenencia cultural o étnica a la nación; de tal modo que, en términos políticos, el fundamento étnico de la nación tiene primacía sobre el fundamento jurídico del Estado².

En oposición al etno-nacionalismo, Habermas ha popularizado la idea de 'patriotismo constitucional', y ha defendido un modelo de 'nacionalismo cívico' que resultaría del compromiso ciudadano con el respeto por las normas jurídicas que regulan la vida social; y no tanto de la adscripción a normas culturales que regulan los hábitos y costumbres de la vida privada³. En la propuesta cívico-nacional, la fuerza vinculante de la comunidad política es la igualdad democrática, es decir, la participación simétrica de ciudadanos libres e iguales en el proceso de decisión y de legislación. Mientras que en la propuesta etno-nacional, la fuerza vinculante de la comunidad política radica en la *praxis* de una cultura homogénea. En el modelo etno-nacional hay una identificación necesaria entre el *demos* (comunidad política) y el *ethnos* (comunidad cultural). En la concepción cívico-nacional esta relación es contingente, y está supeditada al ideal regulador de una asociación de miembros libres e iguales en una comunidad jurídica que adquiere la forma de Estado de derecho⁴.

¹ Eckart WOERTZ (coord.), *El populismo en Europa: ¿de síntoma a alternativa?* Barcelona: CIDOB. 2017.

² José ÁLVAREZ JUNCO, *Dioses útiles. Naciones y nacionalismos*. Barcelona: Galaxia Gutenberg. 2017. pp. 24-25.

³ Jürgen HABERMAS, *La Constitución de Europa*, Madrid: Trotta. 2012.

⁴ Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, Barcelona: Paidós. 1999. p. 118-119.

Frente al etno-nacionalismo insurgente, el eje Madrid-París-Berlín aún puede revitalizar el proyecto de una ciudadanía Europea, en la que el *demos* constituyente estaría circunscrito a una comunidad cosmopolita de ciudadanos libres e iguales en derechos y libertades: vinculados jurídicamente por la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000) y los diferentes Tratados de la UE (Maastricht, 1992; Amsterdam, 1997; Niza, 2001; Lisboa, 2007). No obstante, es preocupante ver cómo la Unión está haciendo poco, o al menos no lo suficiente, por recuperar el proyecto frustrado de construir un Estado confederal posnacional, tras el fracaso de la propuesta de una Constitución Europea en 2005.

Por el contrario, los partidos populistas ultranacionalistas permanecen más certeros hoy si cabe, en su proyecto de desintegrar la Unión, aupados por el éxito movilizador del euroescepticismo. La convergencia de las distintas crisis por las que atraviesa la UE, ha dado más protagonismo a la 'microgestión' nacional para responder a dos de los desafíos más apremiantes: 1. La crisis económica ha puesto de manifiesto la dificultad para armonizar el crecimiento / endeudamiento dispar entre los países Norte / Sur de la zona Euro. 2. La crisis migratoria, efecto de la inestabilidad originada por las 'Revoluciones Árabes', ha puesto de manifiesto la falta de una política exterior común, en lo que se refiere a la gestión de las fronteras. Esto se ha traducido en un crecimiento de las demandas de más soberanía nacional, tanto en materia económica (con serios cuestionamientos al Euro), como en materia de seguridad (con serias críticas a las leyes humanitarias de acogida).

Frente a la abstracción de la ciudadanía europea, cimentada en una economía comunitaria en crisis y en el anhelo frustrado de recobrar un proyecto constitucional, confederal y postnacional; los nacionalismos euroescépticos ofrecen la certeza del ejercicio de una ciudadanía cimentada en una solidaridad orgánica: basada en el sentimiento de pertenencia común a unos mismos valores y metas existenciales, que se concretan en la cultura nacional. Esta vuelta espectral del *ethnos* sobrevolando la *polis*, emerge de las grietas de una Europa en crisis, donde el inconsciente nacionalista cobra fuerza como pulsión política; y representa el desafío más importante para la supervivencia de la UE. De momento, irónicamente, ya se ha cobrado la salida del país que ha legado a la Unión su lengua franca.

Lo más preocupante, desde el punto de vista ético, es que este proceso de desintegración política viene acompañado de un nuevo racismo poscolonial, que representa al 'extranjero' simultáneamente como una carga económica para el Estado del bienestar y como una amenaza civilizatoria para la supervivencia de las culturas nacionales de los pueblos de Europa⁵. El peligro político estriba en las posibilidades reales y fehacientes de que el Estado de derecho, garante del carácter universal de la ciudadanía, esté gobernado por y para una comunidad

⁵ Liz FEKETE, *Europe's Fault Lines: Racism and the Rise of the Right*. London: Verso. 2017.

cultural particular: generando una jerarquía de ciudadanía de primera, segunda y tercera clase, en base a criterios étnicos o culturales.

En nuestros días, en la Europa poscolonial, los reclamos de soberanía nacional vinculados a un supuesto *ethnos* originario, expulsan de la ciudadanía a los 'extranjeros': tanto a los ciudadanos comunitarios de la UE que migran de un país a otro, como a los migrantes procedentes de las excolonias europeas. Esto nos recuerda al Estado tribal que el propio Fanon se esforzó en denunciar, es decir, al Etno-Estado.

1.2.- Objetivos y problema de investigación

Respondiendo a este contexto, el artículo propone una lectura crítica de las lógicas etno-nacionalistas, y plantea las posibilidades de una ciudadanía intercultural desde el enfoque teórico del humanismo poscolonial. El planteamiento dilemático del artículo nos invita a reflexionar sobre las siguientes cuestiones: *a)* ¿Cómo podemos reorientar la crisis por la que atraviesa la UE dentro de un debate democrático de soberanía ciudadana? *b)* ¿Cómo podemos distanciar los debates sobre soberanía ciudadana del modelo etno-nacionalista que está reinventado la extrema derecha europea, es decir, del modelo de ciudadanía fragmentada y excluyente?

1.3.- Metodología

Para analizar los conceptos y argumentos centrales del 'humanismo poscolonial', este artículo aplica el principio *hermenéutico intertextual*: desarrollado en el campo filosófico por Julia Kristeva⁶ y actualizado por Ruth Amossy y Anne Herschberg⁷. Esta metodología nos va a permitir explicar la formación y evolución del campo semántico del 'humanismo poscolonial', a partir de dos ejes de análisis: 1. Un análisis del diálogo 'vertical' entre los textos y su contexto contemporáneo. 2. Un análisis del diálogo 'horizontal' entre los textos y su contexto histórico, desde un enfoque retrospectivo y prospectivo.

Este análisis nos lleva a cartografiar una constelación de autores que se influyen y responden los unos a los otros, y nos permite dimensionar la actualidad del pensamiento poscolonial. De manera concreta, en este artículo nos encargamos de explicar el proceso semántico productivo de los textos en su relación dialógica, tomando la noción de 'humanismo poscolonial' en su función de ideogema, y entendiendo por 'ideogema': "una función intertextual que se puede leer 'materializada' en la estructura de todo texto, y que se extiende a

⁶ Julia KRISTEVA, *Semiótica*. Madrid: Fundamentos. 1978.

⁷ Ruth AMOSSY y Anne HERSCHBERG, *Estereotipos y clichés*, Buenos Aires: Eudeba. 2011.

lo largo de todo su trayecto dándole sus coordenadas históricas y sociales⁸.”

En una interpretación actualizada, Amossy y Herschberg definen así la noción de ‘ideologema’: “el ideologema no es monosémico o monovalente, sino maleable, dialógico y polifónico. Su sentido y aceptabilidad resultan de sus migraciones a través de formaciones discursivas e ideológicas que se diferencian y se enfrentan. Se realiza en las innumerables des-contextualizaciones y re-contextualizaciones a las que se somete⁹.”

La hermenéutica intertextual, lejos de borrar las huellas históricas y materiales de la producción del campo semántico del ‘humanismo poscolonial’, nos permite estudiar a los textos y a los autores respecto a un problema que se ha constituido en su doble interfaz teórica y política. Nuestro estudio no presupone un registro de todos los debates sobre humanismo poscolonial que han tenido lugar en los siglos XX y XXI. La pertinencia de los núcleos de debate seleccionados se define, en este caso, por su relación con las posibilidades de construir una ciudadanía inclusiva en las modernas democracias europeas posnacionales, en el contexto de la crisis por la que atraviesa la UE.

1.4.- Estructura y unidades de análisis

El artículo se estructura en tres apartados, cada uno de los cuales aborda una unidad de análisis específica. El primer apartado se ocupa de presentar una versión actualizada del ‘humanismo’, tematizando el debate sobre ciudadanía, interculturalidad y democracia. El segundo apartado está dedicado a presentar el nexo conceptual Fanon / Bhabha: este apartado explora el vínculo entre humanismo, derechos humanos y ciudadanía. El tercer apartado profundiza en el nexo conceptual Bhabha / Said: este apartado explica el humanismo como una forma de compromiso de las humanidades con la crítica al ‘choque de ignorancias’ que produce estratégicamente el etnonacionalismo.

2.- HUMANISMO Y CIUDADANÍA INCLUSIVA

En trabajos anteriores he desarrollado una renovación del concepto de ‘humanismo’, a partir de la epistemología comunicativa-crítica y la teoría del reconocimiento¹⁰. En el presente artículo propongo una mirada ampliada del humanismo, incluyendo la crítica poscolonial.

⁸ Julia KRISTEVA, op. cit. p. 148.

⁹ Ruth AMOSSY y Anne HERSCHBERG, op. cit. pp. 70-71.

¹⁰ Ismael CORTÉS, “Solidaridad comunicativa y reconocimiento: contribuciones de la filosofía para la paz al proyecto Unesco de un nuevo humanismo”, *Panorama*, vol. 10, n. 19, 2016, pp. 77-83.

La epistemología comunicativa-crítica concibe el diálogo como el mecanismo básico de coordinación del pensamiento y la acción social¹¹. En el nivel ético, el diálogo codifica los marcos de sentido intersubjetivo que se construyen en las dinámicas microsociales. En el nivel político, el diálogo codifica los marcos procedimentales que regulan las posibilidades de transformar las normas institucionales.

La evolución de la epistemología comunicativa-crítica ha desembocado en el análisis de las estructuras de reconocimiento que se configuran en la esfera pública, estudiando las dinámicas de inclusión y exclusión socio-política, a partir de las formas de bloqueo o interacción comunicativas¹². Esta función analítica se yergue sobre la premisa de que, en las sociedades democráticas, la legitimidad de los marcos normativos institucionalizados emana de la producción lingüística de sentido social compartido, que forma e informa a la opinión pública.

El potencial crítico de esta epistemología radica en su capacidad de señalar las barreras que bloquean el diálogo entre la esfera institucional-estatal y las demandas de justicia que se generan en el seno de la sociedad civil¹³. Desde el enfoque comunicativo-crítico, el humanismo que propongo remite a un ideal de democracia liberal articulada por una cultura deliberativa. Desde el planteamiento que nos ocupa en este artículo, nos interesa interrogar el modo en que la interculturalidad se ha convertido en condición de posibilidad de la democracia liberal.

El filósofo experto en fenomenología comunicativa, Javier San Martín insta a una reinterpretación del sentido de la *isegoría* griega (el igual derecho al uso de la palabra), en el contexto de un *demos* multicultural¹⁴. Así pues, nos encontramos con que los complejos procesos actuales de crisis de integración política precisan de canales institucionales de diálogo que permitan reconocer a la identidad 'otra' como parte del *ágora* común. Para profundizar en la reflexión ética y política de los retos actuales de la democracia, en los siguientes dos

¹¹ En este artículo tomamos como referencia los trabajos de los años 80 de Habermas, donde aplica la investigación de las condiciones universales de la pragmática comunicativa al campo del análisis ético y sociológico: Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid: Taurus, 1987.

¹² En la evolución de la epistemología comunicativa-crítica, nos interesan especialmente los desarrollos de Honneth y Fraser, respecto de las dimensiones éticas implicadas en las luchas sociales y la institucionalización de principios normativos de justicia. Este giro hacia la facticidad de las luchas sociales representa un alejamiento del neo-kantismo habermasiano, y un acercamiento a la actualización de la Filosofía del Derecho de Hegel, a través de la Teoría Social del Reconocimiento: Nancy FRASER & Axel HONNETH, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso. 2003. / Axel HONNETH, *The I in We. Studies in the Theory of Recognition*. Cambridge: Polity Press. 2012. / Nancy FRASER, "Behind Marx's hidden abode", *New Left Review*, n. 86, 2014. pp. 55-72.

¹³ Tomamos como referencia los siguientes trabajos: Vicent MARTÍNEZ GUZMÁN, *El papel de la sociedad civil en la construcción de la paz: un estudio introductorio*. Barcelona: Icaria. 2008. / Sonia PARIS ALBERT, *El papel de la sociedad civil en la transformación pacífica de conflictos*. Barcelona: Icaria. 2008.

¹⁴ Javier SAN MARTÍN, "Intersubjetividad, interculturalidad y política", n. 52, *Thémata*, pp. 129-145.

apartados nos ocuparemos de analizar las contribuciones originales de Fanon, Bhabha y Said al humanismo poscolonial.

3.- FANON, EL HUMANISMO POSCOLONIAL Y LOS DERECHOS UNIVERSALES

En este artículo entendemos los Derechos Humanos como el fundamento normativo que inspira los derechos universales en todas y cada una de las constituciones nacionales.

Es importante aclarar que, en este artículo, el debate que abre el humanismo poscolonial no pretende cuestionar la validez del marco normativo de los Derechos Humanos. Entendemos que la dimensión crítica del humanismo poscolonial radica en plantear una tensión entre: la universalidad del marco normativo de los Derechos Humanos, por un lado; y la multiplicidad de voces que expresan una demanda (no satisfecha) de acceso a dicho sistema universal de Derechos, por otro lado. En otras palabras, el humanismo poscolonial plantea un cuestionamiento al alcance de los Derechos Humanos, desde los márgenes de la ciudadanía, es decir, desde las voces de los sin voz: desde los excluidos del sistema.

La matriz epistémica a la que nos referiremos como 'crítica poscolonial' o 'teoría poscolonial', ha dado lugar a un conjunto de prácticas heterogéneas que incluyen a diferentes disciplinas, entre las cuales podemos contar: la crítica literaria, la etnografía, el análisis historiográfico, los estudios sobre el desarrollo o las relaciones internacionales. Para identificar el tema nuclear de los estudios poscoloniales, me parece clarificadora la formulación de Young, al señalar: "los supuestos etnocéntricos subyacentes en gran parte del conocimiento político y cultural europeo y sus consiguientes efectos sobre las prácticas y los programas políticos, históricos y contemporáneos¹⁵."

La pregunta clave que se nos abre es la siguiente: ¿cuáles son los efectos de poder que producen los supuestos etnocéntricos en las dinámicas poscoloniales de dominación / resistencia? Para responder a esta pregunta, hemos de empezar aclarando que hablar de lo 'poscolonial' no presupone el fin del colonialismo; al contrario, lo poscolonial adquiere un sentido crítico, en términos epistémicos, culturales y políticos, con los propios proyectos de emancipación que resultaron de las guerras de descolonización en el Tercer Mundo. En este sentido, Sidi Omar habla del proceso inacabado de la descolonización: "el término [de lo poscolonial] no puede usarse para significar después de la descolonización o después de la independencia, simplemente porque las sociedades (post)coloniales siguen estando

¹⁵ Robert J. C. YOUNG, "Nuevo recorrido por (las) Mitologías Blancas", en Sandro Mezzadra (comp.), *Estudios postcoloniales. Ensayos fundamentales*. Madrid: Traficantes de Sueños. 2008. p. 198.

sujetas, de maneras sutiles, a formas neocoloniales de dominación y explotación¹⁶.”

Los estudios poscoloniales analizan un conjunto de prácticas discursivas y sus efectos de poder sobre la producción de nuevas fronteras identitarias: políticas y culturales. El problema de investigación nuclear de los estudios poscoloniales se define a partir de un complejo orden geo-político que configura el espacio de nuevas relaciones materiales y simbólicas, como resultado de la evolución de las relaciones coloniales entre Occidente y el Tercer Mundo. Este campo de análisis se vuelve aún más complejo, si reconocemos, siguiendo a Bhabha, que en el dominio poscolonial el Primer Mundo y el Tercer Mundo han producido geografías e identidades híbridas. Ambos mundos no están ya ni espacial, ni política, ni culturalmente separados: se configuran mutuamente de forma imbricada, respondiendo a las dinámicas aceleradas de deslocalización que generan los flujos globales de información, personas, mercancías y capitales.

La crítica poscolonial nos fuerza a reconocer la formación de fronteras político-culturales más complejas que aquellas que existen en la superficie de estas geografías opuestas. A propósito de la problematización del esquema conceptual binario Primer Mundo / Tercer Mundo, Bhabha reconoce su deuda teórica con la idea del ‘humanismo’ de Frantz Fanon¹⁷. Bhabha valora especialmente las descripciones analíticas de complejos procesos de hibridación intercultural, a partir del cuestionamiento de la rigidez de categorías binarias y dicotómicas tales como: blanco / negro, indígena / extranjero, opresor / oprimido¹⁸. Concretamente, Bhabha se reconoce deudor de la conceptualización dialéctica de la categoría de ‘ciudadanía’ manejada por Fanon, y de su original reinterpretación del método dialéctico, de negación de la negación, que Hegel formuló en la *Fenomenología del Espíritu*¹⁹.

Aplicando un análisis intertextual, la cuestión clave a explicar aquí es cómo recibió Fanon la obra de Hegel, en el contexto intelectual francés de posguerra, donde se formó en sus años de estudiante universitario. En la Francia de posguerra, la recepción de la filosofía de Hegel estuvo mediada por el magisterio del filósofo ruso-francés Alexander Kojève, profesor en l’Ecole Pratique des Hautes Etudes de París, entre 1933 y 1939. Durante estos años, Kojève dictó un seminario semanal sobre la *Fenomenología del Espíritu*. Las conferencias de Kojève se publicaron originalmente en francés, en 1947²⁰.

Kojève tuvo una influencia crucial en toda una generación de filósofos que lideraría el desarrollo de la filosofía francesa tras la

¹⁶ Sidi M. OMAR, *Los estudios post-coloniales: una introducción crítica*. Castellón: Universitat Jaume I. 2008. p. 64.

¹⁷ Homi K. BHABHA, *The location of culture*. London: Routledge. 1994. pp. 248-250.

¹⁸ Homi K. BHABHA, op. cit.

¹⁹ Friederich W. G. HEGEL, *Fenomenología del Espíritu*. Madrid: Abada / UAM. 2010.

²⁰ Alexander KOJÉVE, *Introduction a la lecture de Hegel*, Paris: Gallimard. 1947.

Segunda Guerra Mundial.²¹ Entre otros, a los seminarios de Kojève asistieron: André Breton, Emmanuel Lévinas, George Bataille, Raymond Aron, Jean Hyppolite, Jacques Lacan o Maurice Merleau-Ponty -quien sería profesor de Fanon en la Universidad de Lyon-²². Situada en este contexto, la propuesta humanista de Fanon destaca por su profundidad crítica sobre el proceso histórico de universalización de los Derechos del Ciudadano.

Para Hegel, el Estado de derecho moderno reconcilia la multiplicidad de sistemas históricos anteriores en una forma superior de justicia universal. En la *Fenomenología del Espíritu*, el término en alemán para referirse a la evolución racional de la Historia es 'Weltgeist', que en español podría traducirse como 'espíritu del mundo', 'inteligencia del mundo' o 'razón del mundo'. La idea de *Weltgeist* representa la evolución histórica de la humanidad encarnada en la racionalidad de las instituciones. El *Weltgeist*, en tanto *logos* histórico que codifica la *praxis* jurídica y política, reconoce su plena realización cuando alcanza la forma del Estado de derecho moderno, tras la Revolución Francesa. En el lenguaje filosófico-poético de la *Fenomenología del Espíritu*, Hegel lo formula así: "el devenir de la historia es el devenir que se sabe y se media [...] Este devenir expone un parsimonioso movimiento y sucesión de espíritus, una galería de imágenes, cada una de las cuales se halla dotada de toda la riqueza íntegra del espíritu [...] El reino de los espíritus que se ha formado de este modo dentro de la existencia constituye una serie sucesiva en la que uno iba relevando al otro, y cada uno asumía el reino del mundo del espíritu precedente. Su meta es la revelación de la profundidad, y ésta es el espíritu absoluto²³."

En sus lecciones sobre Hegel, Kojève interpretó la Declaración de los Derechos del Ciudadano como un punto de *Fin de la Historia*. Kojève presentó una interpretación de la lógica subyacente a las sucesivas luchas históricas por la justicia, que encontrarían su reconciliación final en la Revolución Francesa. En el *Fin de la Historia*, se resuelve la vindicación de la lucha a muerte por la libertad que está implicada en la dialéctica del amo y el esclavo. En esta interpretación, la posibilidad de alcanzar la 'individualidad' que ofrece la revolución burguesa, está jurídicamente ligada a la noción de 'ciudadanía', y solo se alcanza por mediación del reconocimiento del Estado: "El hombre no es pues verdaderamente humano, o 'individual', mas que en la medida en que vive y actúa como ciudadano 'reconocido' de un Estado [...] Al realizar plenamente la individualidad, el Estado universal y homogéneo acaba la Historia, puesto que el hombre satisfecho en y por ese Estado ya no será tentado a negarlo y crear así algo nuevo en su lugar²⁴."

²¹ Edouard MOROT-SIR, *El pensamiento francés actual*. Buenos Aires: Ateneo. 1974.

²² César MORENO MÁRQUEZ, *Fenomenología y filosofía existencial: entusiasmos y disidencias*. Vol. II. Madrid: Síntesis. 2000.

²³ Friederich W. G. HEGEL, op. cit. 920-921.

²⁴ Alexander KOJÉVE, *Introducción a la lectura de Hegel*, Madrid: Trotta. 2013. pp. 563-564.

Según Kojève, la historia evolutiva de los sistemas jurídico-políticos ha contribuido a depurar el sentido universal de la justicia: mediante la inclusión universal de la 'humanidad' en la 'individualidad', y de la 'individualidad' en la 'ciudadanía': superando así las diferencias específicas de etnia, religión, clase o cultura. Sin la homogeneidad que provee el Estado, no existirían derechos y libertades universales; puesto que al margen del Estado de derecho solo existen sistemas jurídico-políticos parciales, que definen la justicia en base a criterios de pertenencia a una etnia, una raza, una religión o una clase social determinada.

El humanismo de Fanon genera una lectura crítica de la idea del 'Fin de la Historia'. Concretamente, Fanon elaboró una interpretación crítica respecto a los límites de los Derechos del Ciudadano, destacando que la categoría de 'ciudadanía' no solo ha posibilitado mecanismos de protección e inclusión, sino que también ha producido sus propios mecanismos de exclusión jurídica y política, *i.e.* vulnerabilizando a determinados grupos sociales, al sacarlos de la comunidad de derechos conformada por la 'ciudadanía'. En su crítica al colonialismo, Fanon reformuló la idea del humanismo vinculada a la idea de la dignidad inherente al ser humano, en un sentido universal. En esta línea de interpretación, Sidi Omar destaca que el proyecto humanista de Fanon problematiza "la misma noción de humanismo con vistas a desenmascarar y superar sus supuestos etnocéntricos y violentos, y aportar una nueva noción inclusiva de la humanidad²⁵."

Los condenados de la tierra, obra maestra de Fanon, puede leerse como un intento de psicoanálisis del colonialismo²⁶. En ella, Fanon diagnostica el colonialismo como un modelo de 'progreso' alienante / deshumanizador, que obtiene su justificación en un humanismo racista, que hunde sus raíces en el nacionalismo burgués europeo. A modo de tratamiento de esta patología socio-política, Fanon describe los rasgos de un Nuevo Humanismo, que vislumbra como un proyecto emancipador que se construiría sobre la base experiencial de las luchas de descolonización de los países del Tercer Mundo. Fanon denunció que el sistema colonial francés había generado *de facto* una humanidad fragmentada: una comunidad de hombres y mujeres que vivía al margen de la ciudadanía; y que sufría la discriminación racial, la explotación laboral y el silenciamiento en el debate público. Este desplazamiento del sujeto colonizado se sostenía sobre una división entre razas que Fanon describía así: "Ese mundo en compartimentos, ese mundo cortado en dos está habitado por especies diferentes [...] Cuando se percibe en su aspecto inmediato el contexto colonial, es evidente que lo que divide al mundo es primero el hecho de pertenecer o no a tal especie, a tal raza²⁷."

²⁵ Sidi M. OMAR, op. cit. p. 106.

²⁶ Frantz FANON, *Los damnés de la Terre*, Paris: La Découverte. 1961.

²⁷ Frantz FANON, *Los condenados de la Tierra*, México DF: Fondo de Cultura Económica. 1983. p. 18.

Bhabha reconoce la capacidad del humanismo de Fanon para desafiar el discurso de la universalidad de los Derechos del Ciudadano, sobre el cual se sustentó el proyecto 'civilizador' francés y su empresa colonial. En concreto, Bhabha pone de relieve la capacidad del pensamiento de Fanon para identificar un antagonismo nuclear entre la libertad del ciudadano francés (extranjero) y el estatus segregado del sujeto colonial (autóctono). Bhabha define este antagonismo en los siguientes términos: "Por un lado, Francia es el titular supremo de los Derechos y la Razón universal –titular incluso de una nueva categoría de tiempo para las poblaciones autóctonas-; por otro lado, sus distintos avatares administrativos –asimilación, asociación, integración- niegan a esas mismas poblaciones el derecho a emerger como 'ciudadanos franceses' en la esfera pública de su propio quehacer ético y cultural. Se mantiene el principio de ciudadanía, se niega la *poiesis* de la libre elección cultural y la participación comunal²⁸."

A este respecto, Fanon puso de relieve que las guerras de descolonización del Tercer Mundo reivindicaban el cumplimiento universal de los Derechos del Ciudadano, es decir, reivindicaban la inclusión de los sujetos colonizados en el sistema universal de justicia que había instaurado la Revolución Francesa y que, precisamente, había sido traicionado por el sistema colonial francés. Fanon puso de manifiesto, así, los complejos procesos dialécticos de avance y retroceso, en el movimiento de la humanidad hacia la realización de un sistema universal de justicia. Hemos de destacar, en este punto, el carácter ambivalente de la categoría de 'ciudadanía' vinculada a la 'nacionalidad'. La responsabilidad del Estado, para con *sus ciudadanos*, encierra una doble potencialidad: 1. Opera como un instrumento de solidaridad institucionalizada, que iguala a todos los ciudadanos en derechos y libertades, más allá de las diferencias de etnia, cultura, raza o religión. 2. Opera como un instrumento de fragmentación social institucionalizada que genera espacios políticos, jurídicos y geográficos segregados, al excluir a determinados grupos sociales del estatus ciudadano. Sobre este fenómeno Fanon advirtió que: "las fallas que se descubren en ella [la ciudadanía] explican ampliamente la facilidad con la cual, en los jóvenes países independientes, se pasa de la nación a lo étnico, del Estado a la tribu. Son esas grietas las que explican los retrocesos, tan penosos y perjudiciales para el desarrollo²⁹."

4.- EL HUMANISMO DE SAID CONTRA EL CHOQUE DE IGNORANCIAS

Aparte del diálogo entre Bhabha / Fanon, el diálogo Bhabha / Said constituye otro de los pilares centrales en los que se fundamenta el humanismo poscolonial. En el diálogo Bhabha / Said, la integración

²⁸ Homi K. BHABHA, *Nuevas minorías, nuevos derechos: notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. México DF: Siglo XXI. 2013. p. 144.

²⁹ Frantz FANON, op. cit. p. 74.

política de las diferencias no se estudia primariamente desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, sino antes desde un nivel más profundo de la responsabilidad ética que nos implica a todos, en tanto conciudadanos de los 'otros'. En este nivel de análisis, Bhabha habla de la función de la 'pedagogía humanista', que tiene por misión la crítica del esencialismo de la identidad vinculado a los proyectos etnonacionalistas, en los que la *diferencia cultural* se percibe como una amenaza al *ser propio*.

Bhabha declara un compromiso ético de las ciencias hermenéuticas con el análisis de las experiencias lingüísticas y simbólicas que estructuran las identidades colectivas. El valor de la crítica humanista radica en cuestionar el modo en que las representaciones simbólicas normalizan y naturalizan los antagonismos identitarios, a través de las construcciones estereotipadas de las diferencias.³⁰ Bhabha utiliza la expresión 'resistencia humanista', para referirse al poder de las narraciones en las prácticas cotidianas de producción y reproducción de las identidades y las diferencias colectivas; con el propósito de identificar los nodos de interacción entre: por un lado, los discursos y los símbolos que articulan los significados en la esfera de la opinión pública; y por otro lado, las normas que articulan las estrategias y los programas de acción en la esfera política³¹.

Bhabha destaca el valor del pensamiento de Said sobre el 'compromiso' y la 'misión' humanista de producir una comunidad democrática polifónica, reconstruyendo las narrativas que dan cuenta de las diferentes subjetividades sociales, culturales y políticas. Said defiende el valor de las humanidades para combatir el 'choque de ignorancias' y enfatiza el valor de rastrear, en un análisis histórico crítico, los mecanismos políticos y culturales que naturalizan los antagonismos identitarios³². Este compromiso humanista incluye un análisis estratégico de la historia, teniendo especialmente en cuenta las narrativas de aquellas voces que han sido silenciadas por la Historia hegemónica. En palabras de Said: "Creo firmemente que el humanismo debe ahondar en los silencios, en el mundo de la memoria, en los lugares de la exclusión y la invisibilidad, en ese tipo de testimonios que no aparecen en los informes³³."

Respondiendo a este problema ético-epistémico, en este artículo me interesa reinterpretar la noción de 'violencia cultural', esto es, los usos de la cultura para legitimar las estructuras de desigualdad, a la luz de la noción de 'violencia epistémica', esto es, el uso de los sistemas de conocimiento para producir y reproducir la jerarquía de dominación

³⁰ Homi K. BHABHA, "El compromiso con la teoría", en Homi K. Bhabha, *El lugar de la cultura*, Buenos Aires: Manantial. 2002. pp. 40-45.

³¹ Homi K. BHABHA, *Nuevas minorías, nuevos derechos: notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. México DF: Siglo XXI. 2013. p. 169.

³² Edward SAID, "The clash of ignorance", *The Nation*, 18 October, 2001.

³³ Edward SAID, *Humanism and democratic criticism*, New York: Columbia University Press. 2004. p. 81

política.³⁴ El caso específico del 'choque de ignorancias' constituye un mecanismo de violencia epistémica, en el que los usos ideológicos del conocimiento legitiman las estructuras de desigualdad económica, de dominación política e incluso de violencia directa que sufren determinados colectivos. Para clarificar el sentido ideológico del 'choque de ignorancias', me parece de gran valor ilustrativo la siguiente cita del teórico poscolonial Sidi Omar: "la ignorancia se construye y se perpetúa a través de la normalización social y cultural de ciertos conocimientos y desconocimientos que se convierten en un «sentido común» generalizado, obviamente para servir ciertos fines sociales y políticos... esta ignorancia normalizada socialmente tiene importantes consecuencias en el ámbito social y cultural, porque influye considerablemente en nuestra imaginación y en la conciencia que tenemos de nosotros mismos y, por ende, en cómo nos relacionamos con los demás y con sus distintos universos culturales³⁵."

Como alternativa a las lógicas culturales de menosprecio, exclusión y negación del 'otro', el humanismo poscolonial se compromete con una ética del reconocimiento de las diferencias que reenfoca las relaciones interculturales, desde un modelo de análisis crítico que: 1. Por un lado, explica la formación de las identidades culturales desde sus dimensiones históricas de co-formación, intercambio y contacto. 2. Y por otro lado, explica la formación de las identidades culturales desde sus dimensiones políticas, esto es, dilucidando los mecanismos que producen las jerarquías de poder intergrupales, y desenmascarando las estrategias de violencia cultural y epistémica que contribuyen a la reproducción de las estructuras de exclusión, desigualdad y violencia que sufren determinados grupos sociales.

5.- CONCLUSIONES

El artículo ha procurado sistematizar las claves conceptuales y argumentales del humanismo poscolonial, a partir de una revisión actualizada de conceptos como: 'antagonismo identitario', 'violencia epistémica', 'violencia cultural', 'etnonacionalismo', 'interculturalidad', 'derechos universales' y 'ciudadanía inclusiva' / 'ciudadanía fragmentada'. Esta revisión ha implicado la reconstrucción de los nexos entre Bhabha / Fanon y Bhabha / Said. La revisión de estos diálogos se ha llevado a cabo respecto del marco de los debates sobre interculturalidad y democracia.

Tales dilemas se han abordado problematizando: 1. En qué medida la democracia deliberativa incluye o excluye la pluralidad de identidades sociales y culturales que de manera fehaciente forman

³⁴ Gayatri C. SPIVAK, *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una crítica del presente evanescente*. Madrid: Akal. 2010. / Johan GALTUNG, "Cultural Violence", *Journal of Peace Research*, 27 (3), 1990, pp. 291-305.

³⁵ Sidi M. OMAR, "Más allá del «choque de ignorancias»: interculturalidad y post-colonialismo", *Thémata*. n. 52. 2015, pp. 204-205.

parte de nuestro contexto político. 2. En qué medida la exclusión política de determinadas identidades traduce un déficit del Estado democrático de derecho. 3. Cómo las producciones culturales y científicas normalizan los antagonismos identitarios y las consiguientes formas violencia estructural y simbólica. 5. Cómo la crítica cultural contribuye a desmontar los mitos que se han construido en torno al esencialismo de la identidad y las diferencias, por parte de las narrativas y las estrategias etnonacionalistas.

El humanismo poscolonial responde a estos problemas aplicando una epistemología crítica que estudia las relaciones sociales, políticas y culturales, poniendo de manifiesto las dinámicas de contacto, intercambio y co-existencia entre diferentes grupos sociales y culturales. El humanismo poscolonial prioriza el *estar* (entiéndase el habitar) sobre el *ser*, en el análisis de la relación con el 'otro'. Esto significa que las identidades colectivas no se definen por un 'ser' que sobrevive en su esencia al *factum* de co-habitar con los 'otros'. Así, el humanismo poscolonial se hace cargo de la co-existencia de la identidad y la diferencia, destacando su carácter relacional co-constituyente.

Esta interpretación nos lleva a repensar las diferencias que constituyen a las sociedades plurales y complejas, donde los conflictos identitarios se tornan significativos, en tanto que configuran un orden propio de discusión política. Esta interpretación no es ingenua respecto de las violencias inherentes al paradigma esencialista de la identidad, que se ha manifestado históricamente mediante las narrativas y las estrategias etnonacionalistas: 1. La expulsión *de facto* del 'otro' de la propia comunidad de derechos. 2. Los mecanismos narrativos y simbólicos de estigmatización que configuran la creación de las figuras del 'otro' como amenaza al ser 'propio'. 3. La segregación geográfica y política que se impone sobre el 'otro', es decir, la exclusión del 'otro' de cualquier posibilidad de contacto físico o dialógico. Teniendo en cuenta estas tres formas de violencia estructural y simbólica, el compromiso humanista con la transformación pacífica de la sociedad produce un análisis crítico de los marcos normativos, epistémicos y culturales que legitiman la reproducción de los antagonismos identitarios.

Por último, cabe subrayar que la crítica poscolonial implica una dimensión propositiva para nuestro tiempo presente, que consiste en: 1. Desarticular las concepciones esencialistas y antagónicas de las diferencias culturales. 2. Generar un modelo de democracia dialógica que incluya en un mismo espacio deliberativo a las diferentes subjetividades sociales, políticas y culturales. 3. Reconstruir los lazos históricos comunitarios entre identidades construidas como antagónicas, con el objetivo de facilitar la construcción de una ciudadanía en común. En última instancia, el humanismo poscolonial mantiene vivo el principio de esperanza en la co-existencia pacífica de una humanidad plural; a pesar de los espectros amenazantes de la

etnopolítica, y el resurgir de los viejos nacionalismos bajo la forma de los nuevos populismos en la Unión Europea posBrexit.

En nuestro contexto, para hacer frente al desafío existencial que el nacionalismo etnopolítico representa para la supervivencia de la UE, no basta solo con fortalecer la cohesión burocrática de las instituciones comunitarias: políticas, económicas y de defensa en Estrasburgo, Fráncfort o Bruselas. Es necesario, además, un trabajo de diálogo social intercultural más capilar que llegue a distintos segmentos poblacionales; y que cultive en la ciudadanía una identidad abierta capaz de integrar tanto a las diferentes culturas continentales, como a las diásporas transcontinentales de origen poscolonial. Es decir, se requiere una pedagogía popular que enseñe a 'Europa' como una unidad histórica con un destino cosmopolita: una Europa unida en su diversidad, que con los siglos ha pasado de constituir una geografía de enclaves a redibujar una geografía de conexiones comunitarias transnacionales y transcontinentales.

EL ESTADO HEGELIANO: LA AUCTORITAS Y LA POTESTAS DE LA ÉPOCA MODERNA

THE HEGELIAN STATE: THE AUCTORITAS AND POTESTAS OF THE MODERN EPOCH

José Morales Fabero*

RESUMEN: La época moderna como es sabido modificó el sentido de la autoridad, porque venía a impugnar la *auctoritas* y la *potestas* de la todopoderosa Iglesia de Roma y, con ello, se quería sustituir la autoridad del papa por la de la conciencia de cada uno, es decir, la razón individual o subjetiva se constituye en la nueva autoridad. Fue Hegel quien, en su filosofía política, da un lugar central a la noción de Estado, constituyendo la culminación del pensamiento moderno y fuente de gran parte de la crítica de la modernidad y del pensamiento contemporáneo en general, en sus vertientes ideológicas de izquierda, centro y derecha.

ABSTRACT: *The modern epoch since it is known it modified the sense of the authority, because it was coming to contest it auctoritas and potestas of the all-powerful Church of Rome and, with it, the authority of the dad wanted to be replaced with that of the conscience of each one, that is to say, the individual or subjective reason is constituted in the new authority. It was Hegel, who in his political philosophy, gives a central place to the notion of State, constituting the culmination of the modern thought and source of great part of the critique of the Modernity and of the contemporary thought in general, in his ideological slopes of left side, center and right.*

PALABRAS CLAVE: época moderna, estado hegeliano, *auctoritas* y *potestas*

KEYWORDS: *modern epoch, hegelian state, auctoritas and potestas*

Fecha de recepción: 05/07/2018

Fecha de aceptación: 29/11/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2019.4513>

* Diplomado en Trabajo Social, Licenciado en Humanidades, Máster en Filosofía Teórica y Práctica por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Candidato a [Doctor](#) en [Filosofía](#) por la UNED. E-mail: jmorales315@uned.es

1.- INTRODUCCIÓN

El hombre es un ser eminentemente social¹, de ahí que siempre se ha reunido con sus semejantes con el objeto de formar comunidades y sociedades y con ello poder satisfacer sus necesidades y solucionar sus problemas con su entorno natural y otros grupos humanos. Por eso, evidentemente el cómo se organiza un grupo de hombres y mujeres en sociedad siempre ha estado ligado al vocablo *poder*: ... el cual viene del latín *possum, potes, posse, potui*, que en su acepción más lata y general significa «ser capaz», «tener fuerza para algo». Se vincula con *potestas*, que es «potencia», «potestad», «poderío», «dominio sobre un objeto concreto o sobre el desarrollo de una actividad», que tiene como homólogo a *facultas*, «posibilidad», «capacidad», «virtud», y cercanos a ellos está *imperium* («mando supremo»), *arbitrium* («falta de coacción») *auctoritas* («influencia moral derivada de una virtud»)².

Ahora bien, ¿cómo se ordena una comunidad? ¿Quién puede hacerlo de la mejor manera? ¿Por qué debemos respetar las reglas que nos vienen dadas? Para responder a estas preguntas, hay que analizar los conceptos y la manera en que juegan al interior de las prácticas. Cuando se comienza esta tarea la primera impresión es la distancia, la conciencia de que ese mundo en el que ingresamos viene del pasado. No obstante, se puede establecer que nuestra constitución antropológica tiene un rasgo preciso: cuando comenzamos a ser conscientes de que tenemos conciencia, lo que Hegel llamaba *la conciencia para sí*, aún no depende de nosotros que el mundo funcione. El texto hegeliano es muy explícito a ese propósito. En la introducción a la parte IV: [1. la autoconciencia en sí], leemos: Con la autoconciencia entramos, pues, en el reino propio de la verdad. Hay que ver cómo comienza surgiendo esta figura de la autoconciencia. Si consideramos esta figura del saber, el saber de sí mismo, en relación con la anterior, con el saber de otro, vemos que este último ha desaparecido, ciertamente, pero sus momentos, al mismo tiempo, se han conservado, y la pérdida consiste en que dichos momentos están presentes aquí tal y como son en sí³.

En este sentido, Hegel se refiere a la capacidad del individuo, por medio de la autoconciencia, de reflexionar sobre los momentos anteriores de saberes de otros seres humanos, es decir, el saber de

¹ ARISTÓTELES, *Política* (traducción y notas de Manuela García Valdés). Madrid, Gredos, 2007, libro 1, págs. 46-47.

² MAYZ-VALLÉNILLA, ERNESTO, *El dominio de poder*. Ed. de la Universidad de Puerto Rico, 2.ª ed., 1999, págs. 8-9. 137 páginas.

³ Cf. G.W.F. HEGEL (1807), *Fenomenología del espíritu* (traducción de Wenceslao Roces y Ricardo Guerra). México, Fondo de Cultura Económica, 1966. 1.ª edición en español, Madrid, 1966, pág. 107. Además, hay una edición bilingüe, con traducción y notas de Antonio Gómez Ramos, en Abada editores / UAM, Madrid, 2010, pág. 245. Versión original en alemán: G.W.F. HEGEL (1807), *Phänomenologie des Geistes*, en *Gesammelte Werke*, Hamburgo, Felix Meiner, 1980.

uno sobre sí mismo en relación con el saber de otro del que sólo quedan sus momentos que están presentes “aquí tal y como son en sí”. Se trata de nuestra reflexión, de nosotros, que con Hegel y gracias a él entendemos hacia dónde nos conduce el camino; pero no de la conciencia misma que recorre penosamente ese mismo camino sin comprender su sentido⁴. En la medida en que avanza la reflexión vamos siendo obligados a cambiar de perspectiva, a buscar nuevos objetos del conocimiento que respondan mejor a las exigencias de nuestro conocer. Estos cambios sucesivos se nos van revelando gracias a las indicaciones de Hegel, a través del «para nosotros», como momentos encadenados necesariamente, como etapas sucesivas de una cadena lógica. Sin embargo, su sentido último no nos aparece todavía y por lo tanto no podemos comprender la manera como esas etapas se ordenan en función de ese sentido último. Aun cuando el filósofo es consciente, dado que lo va experimentando en su conciencia o espíritu.

Por tanto, para Hegel el espíritu objetivo se dispersa en la pluralidad de individualidades pertenecientes a diferentes lugares y momentos históricos que lo dotan de una infinitud de determinaciones diversas, no es una esencia ni una sustancia, es acto y movimiento puro que es la esencia de los individuos, y así lo tienen que reconocer mediante la educación, devenir incesante que se constituye sólo en sus manifestaciones; carece de fondo metafísico, es negatividad o vaciedad que lo muestra como libertad absoluta, entendida como indeterminación total que se determina y rebasa siempre toda determinación para darse otra nueva, dando lugar a una continuidad histórica imprevisible, dado que Hegel entiende que se encamina hacia la objetivación de la libertad en leyes, instituciones y Estados cada vez más racionales. Continuidad que se explica en relación con el legado cultural transmitido por medio de las generaciones que del mismo se alimentan y tienen ahí reinicio para proyectarse hacia nuevas creaciones.

Otro concepto de interés para la cuestión que aquí nos ocupa, dentro del acercamiento del concepto de autoritarismo y su relación con el «para nosotros» de Hegel, es la relación que existe entre la *auctoritas* y la *potestas*. Para analizarla seguiremos el libro de Myriam

⁴ El término de autoconciencia tiene aquí un significado especial: el espíritu se ha dado cuenta de que toda la realidad es para él, ha tomado conciencia de sí como el centro de la realidad, por ahora de la realidad del mundo. Y es ahora cuando entrará en contacto con la otra persona como diferente a las cosas del mundo, y comienza la lucha por el reconocimiento, la lucha para saber quién es el centro de la realidad. Ese sería el primer paso hacia la constitución de la comunidad. Hegel no habla de la autoconciencia en general, como se podría entender, sino que denomina autoconciencia a un momento en la génesis del espíritu, con lo cual “autoconciencia” adquiere aquí un significado muy concreto y específico. No quiere decir que en sucesivos momentos el espíritu no tenga conciencia de sí; muy al contrario, es al final del proceso cuando el espíritu toma por fin plena conciencia de lo que es.

Revault d'Allonnes, como guía de estudio de dichos conceptos⁵. En primer lugar, habría que decir que son nociones procedentes del Derecho Romano clásico que han mutado desde su significado original⁶. A este respecto, Revault d'Allonnes, basándose en Hannah Arendt, recuerda el esfuerzo de los romanos por perpetuar lo público inscribiéndolo en una duración indeterminada, para que no dependa de las variaciones políticas o institucionales. Esta autora sostiene que «el tiempo tiene fuerza de autoridad»⁷, ya que la tradición, en el sentido de lo que ha funcionado con anterioridad, tiene un valor, asignándole a la distinción entre la *potestas* y la *auctoritas* el acto fundacional de la *civitas* romana: «[...]. Así pues, el interés por la posteridad es insoluble del interés por la anterioridad. No se trata solo de perpetuar lo que siempre ha sido, sino asentar el cambio sobre el *continuum* temporal [...] La *auctoritas* se despliega siempre en el tiempo, se sitúa simultáneamente hacia atrás, como fuerza de proposición, y hacia adelante, como elemento de ratificación o de validación»⁸.

Por otro lado, tenemos que los conceptos de autoridad y poder se emplean en diversos sentidos en el campo de la filosofía política y de las ciencias sociales. Tal diversidad se debe, en parte, a la ubicuidad del fenómeno. Etimológicamente, *autoridad* es una palabra latina (*auctoritas*, sinónimo de *poder* legítimo y no coactivo) unida al verbo *augere*, «aumentar», y no ha sido un término peyorativo contrariamente al vocablo *autoritarismo*, utilizado hoy en forma despectiva⁹. También es cierto que los términos *autoridad* y *autoritarismo* están emparentados etimológicamente, dado que *autoridad* proviene del latín (*auctoritas*, *-ātis*)¹⁰, que en su acepción

⁵ REVAULT D'ALLONNES, M. (2006), *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*. Éditions du Seuil. Traducción de Estela Consigli: *El poder de los comienzos*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, 256 páginas.

⁶ El primer tipo de organización político-social que conocerá el asentamiento protorromano será el gentilicio. El protagonismo corresponderá en esta organización pre-cívica a las gentes. Posteriormente, tendrá lugar un proceso de disolución de la organización gentilicia y el tránsito a la *civitas* (= *universitas civium*'), de modo similar a la *polis* griega, momento incipiente de muchas de las instituciones romanas y también de la idea de *auctoritas*. La transmisión y proyección hacia el porvenir de este incipiente *ethos* romano conformará un acervo de hábitos sociales, jurídicos y religiosos que conocemos con el nombre de *inores maiorum*. Cfr. F. JAVIER MORA (1999). "El dualismo autoridad-potestad como fundamento de la organización y del pensamiento políticos de Roma". *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica* II, pp. 85-109.

⁷ *Ibid.*, pág. 35.

⁸ *Ibid.*, págs. 30-35.

⁹ *Ibid.*, pág. 229.

¹⁰ Autoridad: ἀξίωμα, ατος, τό *auctoritas*, dignitas.- Axioma, principio de valor en sí mismo: ἀξίωμα, ατος, τό *axioma*.- Autoridades: ἐξουσίαι, αί *potestates*, magistratus.- Crédito: βάρος, εος, τό *auctoritas*.- Con autoridad: κυρίως *cum auctoritate*.- Digna de fe: ἀξιοπιστία, ας, η *auctoritate fide digna*.- Dotado de: εξουσιαστικός, η, όν *qui valet auctoritate*.- Inviolable, sacrosanta: άσυλάρ- χης, ου, ό *sacrosanctus magistratus*.- Poder: κυριότης, ητος, η; κύρος, εος, τό *dominatio*, *auctoritas*.- πιστότης, ητος; πρόσχημα, ατος, τό; προσκύρησις, εως, η *auctoritas*.-

tercera nos informa de alguien o algo que tiene «prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia», y *autoritarismo* proviene de *autoritario*: «Actitud de quien ejerce con exceso su autoridad». La distinción entre *autoritarismo* y *autoridad* ha sido definida, con frecuencia, en función de la legitimidad del ejercicio del poder. Así, Stoppino cuando expone que: «una situación de autoritarismo tiende a instaurarse siempre que el poder es visto como legítimo por quien lo detenta, pero no es reconocido como tal por quien lo sufre», o que «una autoridad [...] puede transformarse en autoritarismo, en la medida en que la legitimidad es y la pretensión del gobernante de mandar se vuelve, a los ojos de los subordinados, una pretensión arbitraria de mando»¹¹.

Por lo tanto, quizás la delimitación del terreno donde nos moveremos es imprecisa y cambiante, ya que en la historia del pensamiento ambos conceptos han mutado de acuerdo con los sucesivos contextos, dando lugar a confusiones y a interpretaciones interesadas¹². En el campo político, el adjetivo *autoritario* y el sustantivo *autoritarismo* que deriva de él se emplean en tres contextos. En la tipología de los sistemas políticos, se suele llamar autoritarios a los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menosprecian el consenso. En sentido psicológico, se habla de personalidad autoritaria, centrada en la disposición a la obediencia ciega a los superiores y al trato arrogante con los inferiores jerárquicos o con los que están privados de poder. En cuanto a las ideologías autoritarias, son aquellas que niegan la igualdad entre los hombres, hacen énfasis en el principio jerárquico y exaltan los elementos de la personalidad autoritaria como si fueran virtudes. Desde el punto de vista de los valores democráticos, el autoritarismo es una manifestación degenerativa de la autoridad, mientras que desde el punto de vista de una orientación autoritaria, el igualitarismo democrático es el que no es capaz de producir la *verdadera*

Que ejerce la autoridad paternal: πατρονόμος, ος, ον auctoritatem paternam exercens.- Asumir la autoridad: ἐνεξουσιάζομαι mihi potestatem assumo.- Ejercer la autoridad: ἀρχέω, ἀρχεύω magistratum gero.- Dar autoridad: ἐξουσιάζω potestatem do.- Mandar con: διακορυνέω domini more impero.- Tener autoridad: ἐναυθεντέω, ἐξουσιάζω auctoritate valeo, potestatem habeo > Usurpar autoridad, arrogarse: αὐθεντέω auctoritatem usurpo.- Lugar donde se reúnen las: ἀρχεῖον, ου, τό magistratuuum curia.- Autoridad o destino dado según la renta que se posee: τιμοκρατία, ας, η dominationis species AUTORITARIAMENTE y absolutamente: αὐτεριτακτικῶς eorum more qui suo jure imperant.

<https://sites.google.com/site/pyrrus7/diccionario-espanol-griego-latin-2>

¹¹ STOPPINO, M. (1992), «Autoridad; autoritarismo» (Entradas), en Bobbio N., et al., *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1997, pág. 94.

¹² Autoridad: del latín (*auctoritas*, *-ātis*), [...] alguien, o algo que tiene «prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia». *Autoritarismo* proviene de *autoritario*: «Actitud de quien ejerce con exceso su autoridad». Ver: *DRAE*, Madrid, 2014.

autoridad¹³. Hecha esta aclaración, nuestro interés se centrará en el campo de las ideologías autoritarias.

Por otro lado, la época moderna, como es sabido, modificó el sentido de la autoridad, porque venía a impugnar la *auctoritas* y la *potestas* de la todopoderosa Iglesia de Roma, y con ello se quería sustituir la autoridad del papa por la de la conciencia de cada uno, es decir, la razón individual o subjetiva se constituye en la nueva autoridad¹⁴. Siendo el ámbito por excelencia de la razón moderna, el mundo académico y científico; el lugar natural del sujeto de la modernidad y de los valores ilustrados, roca fundamental de una identidad clara y precisa surgida en el siglo XVII a partir del *cogito* cartesiano, que se consolida en los siglos siguientes, al mismo tiempo que la idea de modernidad centrada en la razón como motor y norma de la sociedad. La idea de sujeto que se deriva de estas ideas es, por lo tanto, un ser consciente, indiviso, controlado, razonable y, por lo tanto, moderno. Por eso se viene a sustituir la autoridad de la Iglesia, monolítica y unitaria, que se la denominó de oscurantista y autoritaria, por una autoridad subjetiva, basada en la propia reflexión y cimentada en la ciencia como nueva *auctoritas* mundana, en contraposición a la Sagradas Escrituras. Además, planteó la cuestión de la diversidad de opiniones y credos, debido al fomento de la interpretación libre de la Biblia; fomentó un nuevo sentimiento de nación; elevó el prestigio de las lenguas vernáculas; cambió las actitudes hacia el trabajo, el arte y la emoción humana, y finalmente privó a Occidente de su antiguo sentido de unidad. Resumiendo esta reflexión, diremos que la *auctoritas* empieza a desplazarse desde los monasterios a la cultura laica de las universidades gracias a la invención de la imprenta de Gutenberg, que permite la expansión de la cultura escrita, que hasta entonces había estado restringida a los monasterios. Por tanto, el modo de legitimidad que la modernidad reivindica se apoya en la autoafirmación de la razón y se puede sostener porque reside en el proyecto de autofundación de sí, y este es básicamente un proyecto fundador de ruptura.

¹³ STOPPINO, M.: «Autoritarismo», en Bobbio N., et al., *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1997, pág. 125.

¹⁴ FRANK FUREDI, *Authority: A Sociological History*, Cambridge University Press (October 28, 2013), 453 pages. La preocupación por la autoridad es tan antigua como la historia de la humanidad misma. El pecado de Eva era desafiar la autoridad de Dios al desobedecer su gobierno. Frank Furedi explora cómo la autoridad fue disputada en la antigua Grecia y le da un significado de gran alcance en la Roma Imperial. Los debates sobre la autoridad religiosa y secular dominaron Europa durante la Edad Media y la Reforma. El mundo moderno intentó desarrollar nuevas bases para la autoridad —el consentimiento democrático, la opinión pública, la ciencia—; sin embargo, Furedi muestra que este problema sigue sin resolverse, con el argumento de que hoy se pone en duda la autoridad de la autoridad. Esta sociología histórica de la autoridad pretende explicar cómo los problemas contemporáneos de la desconfianza y la pérdida de legitimidad de muchas instituciones son informados por los intentos anteriores para resolver el problema de la autoridad.

Por tanto, en la modernidad el hombre se empieza a ver como autónomo en sus decisiones, si bien es cierto que fundamentado en los imperativos categóricos de Kant y en la razón Ilustrada; y en las afirmaciones de Locke y Hegel sobre la Razón y el Derecho, que van asentando la nueva *auctoritas* y *potestas* de la época moderna, mediante la creación de la metáfora del pacto social y del Estado, en el ámbito político. En este sentido, la modernidad es sinónimo de rupturas, pero también de construcción de nuevas subjetividades, de nuevas formas de conocer y ser en el mundo, un mundo diferente que requería ser explicado, cuestión a la que, desde el inicio de la modernidad, va a contribuir la Filosofía. Esta situación anterior empieza a cuestionarse, en cuanto a la razón Ilustrada, por los maestros de la sospecha¹⁵ (Nietzsche, Freud y Marx), con el progresivo deterioro de la metafísica, como reducto de la filosofía, por lo que esta empieza a perder su centro dentro de la cultura occidental mediante la descentralización del sujeto llevada a cabo por Heidegger y Derrida, habiéndose fraguado el nombre de postmodernidad¹⁶ para designar una nueva forma de entender nuestro presente, que se caracteriza por la sublimación del vivir el día a día, el no tener una idea o norma, que pueda regir en una sociedad (se habla de relativismo). Por lo que la palabra autoridad puede dar lugar a ser entendida como autoritarismo. Nos cuidamos muy mucho de nombrarla, no vaya a ser que se nos tache de fascistas trasnochados y autoritarios. ¿Pero realmente carecemos de norma o hay otras normas no visibles, que nos hacen aún si cabe más esclavos que la escolástica, el dogmatismo, la fe, el imperativo categórico o el espíritu absoluto de Hegel?

2.- LA AUCTORITAS Y LA POTESTAS DEL ESTADO HEGELIANO

Si hoy vivimos en un mundo conforme a la modernidad, en cuanto a sus instituciones: familiar, educativa, judicial, etc., de tal manera que nos parecen naturales porque ni siquiera nos damos cuenta, ya que las hemos naturalizado, se debe a la aportación de Hegel, quien en su filosofía política da un lugar central a la noción de Estado, a través de su obra *Principios de la filosofía del derecho*, en

¹⁵ La tríada Freud-Nietzsche-Marx fue propuesta por PAUL RICOEUR (1913-2005) en *Freud: Una interpretación de la cultura* (1970), y fue ampliamente citada y trabajada por diversos autores, entre ellos Michel Foucault, quien consideraba a estos autores como los tres críticos más lúcidos del idealismo, los defensores más brillantes de un materialismo radical. El criterio que utilizó Ricoeur para aunar a estos autores fue el tratamiento que recibió la conciencia como punto de partida para ellos. Marx afirmaba que en esta categoría influían elementos económicos, sociales e ideológicos. Nietzsche, que en la base de la noción de conciencia se halla una moralidad recibida y engendrada a partir de un resentimiento contra la vida. Y Freud, que el Yo «no es el dueño de su propia casa».

¹⁶ JEAN-FRANÇOIS LYOTARD (1979), *La condición posmoderna*, París, Editions Minuit, 106 págs.

1821¹⁷. Su obra se constituyó en la culminación del pensamiento moderno y fuente de gran parte de la crítica de la modernidad y del pensamiento contemporáneo en general, en sus vertientes ideológicas de izquierda, centro y derecha. La idea de que la realidad es dialéctica, la concepción de la historia como proceso contradictorio y conflictivo, la idea del deseo como motor de la subjetividad y de lo social, el lugar de la religión en la constitución de lo social, son algunas de las ideas hegelianas que se van a corporizar en teorías filosóficas, psicológicas y sociológicas posteriores. Todo lo anteriormente expuesto debe ser tenido en cuenta dentro de la salvedad de que la modernidad no es el fruto de un solo pensador, sino la conjunción, influencia y retroalimentación de diversos autores y corrientes filosóficas (Kant, Herder, Montesquieu, Diderot, Locke, Voltaire, etc.).

Para Hegel no hay oposición entre naturaleza y sociedad, por lo que el Estado es un organismo espiritual, así manifiesta: Como ciudadanos de este Estado, los individuos son personas privadas que tienen como finalidad su propio interés [...]. Aquí el interés de la idea —que no reside en la conciencia de estos miembros de la sociedad civil como tales— es el proceso de elevar la individualidad y naturalidad de los mismos a través de la necesidad natural así como a través del arbitrio de las necesidades a la libertad formal y a la formal universalidad del saber y del querer, de educar la subjetividad en su particularidad¹⁸.

Hegel rompe así con las teorías liberales del derecho natural (el individualismo inglés de tradición calvinista y francesa, que culminó en la declaración de derechos de la Revolución francesa)¹⁹, e influido por el romanticismo²⁰, postula una concepción orgánica del derecho. El derecho no es una realidad *a priori*, abstracta, opuesta a los pueblos concretos en su desarrollo histórico. El derecho deviene de la legitimidad del Estado, que es histórica y se apoya en la idea de que la moralidad absoluta reside en la nación, no en el individuo. Hegel ha presentado la filosofía como el saber de lo real, que da cuenta de lo que es y no de lo que debe ser. Esto se desprende claramente de sus

¹⁷ HEGEL, G.W.F. (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder, Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse* (trad. y prólogo de Juan Luis Vernal del original: *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia*, Barcelona, Edhasa, 2.ª ed., 1999).

¹⁸ *Op. cit.* Hegel (1821), § 187, pág. 308.

¹⁹ El derecho natural es individualista. Se funda en la idea de que el Estado es obra de los individuos y está hecho para estos, por lo que su función es garantizar las libertades individuales.

²⁰ Y también influido por el naciente nacionalismo moderno, cuyos primeros pasos se materializaban en la época de Hegel con los ejemplos constitucionales de Francia, España y otros estados-naciones modernos, incluidos muchos de la América Latina recientemente independizada. Ver HOBBSAWM, E. *Naciones y nacionalismos desde 1780*, Barcelona, Crítica; Grijalbo-Mondadori, (2.ª ed.) 1992. Disp.: <http://uhphistoria.files.wordpress.com/2011/02/eric-hobsbawm-naciones-y-nacionalismo-desde-1780.pdf>

lapidarias palabras en el prefacio a la *Filosofía del derecho*²¹, entre las que se destaca la afirmación relativa a que la filosofía, por ser la investigación de lo racional, consiste en la captación de lo presente y de lo real efectivo, y no en la posición de un más allá que sabe Dios dónde tendría que estar, aunque en realidad bien puede decirse donde está: en el error de un razonamiento vacío y unilateral²².

Otra afirmación —ampliamente discutida, entendida y mal entendida— sigue casi inmediatamente a la anterior: «Lo que es racional es real efectivo, y lo que es real efectivo es racional»²³. Y Hegel agrega que el tratado del que nos ocupamos, a saber, la *Filosofía del derecho*, «en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser otra cosa que el intento de concebir y exponer el Estado como algo en sí mismo racional. La enseñanza que puede radicar en el tratado, no consiste en enseñar al Estado como debe ser, sino en enseñar cómo el Estado, el universo ético, debe ser conocido. La tarea de la filosofía es concebir lo que es, pues, lo que es, es la razón. En lo que respecta al individuo, cada uno es, de todos modos, hijo de su tiempo; de la misma manera, la filosofía es su tiempo aprehendido en pensamientos. Es igualmente insensato creer que la filosofía puede ir más allá de su tiempo presente, como que un individuo puede saltar por encima de su tiempo»²⁴. Y como si esto no fuera suficiente, sostiene que, «de todos modos, la filosofía llega siempre demasiado tarde. En cuanto pensamiento del mundo, aparece en el tiempo solo después de que la realidad ha consumado su proceso de formación y se halla ya lista y terminada. Cuando la filosofía pinta con sus tonos grises, ya ha envejecido una figura de la vida que sus penumbras no pueden rejuvenecer, sino solo conocer; el búho de Minerva solo alza el vuelo en el ocaso»²⁵.

Por lo expuesto anteriormente, también queremos apreciar que al leer los comentaristas de Hegel, y a Hegel mismo, como apunta el profesor Arturo Klenner: “el lector puede quedar con una impresión, si no falsa, al menos poco matizada de la importancia de la eticidad en el ámbito del espíritu objetivo. Por eso, el tratado (*Principios de la filosofía del derecho*) se desarrolla hacia la eticidad y particularmente hacia el Estado. Es en estos momentos de la evolución del concepto donde la razón encuentra su mayor actualización, el máximo de concreción. El hilo conductor de los argumentos conduce, desde el primero hasta el último párrafo de la obra, hacia la eticidad en cuanto el grado mayor de libertad y de racionalidad”²⁶. El Estado

²¹ Cito según HEGEL, G.W.F. (1821), *Principios de la Filosofía del Derecho*. *Op. cit.*, § 187, pág. 308.

²² *Ibid.*, pág. 58.

²³ *Ibid.*, pág. 59.

²⁴ *Ibid.*, págs. 60-61.

²⁵ *Ibid.*, pág. 63.

²⁶ ARTURO KLENNER, “En torno a la filosofía del derecho de Hegel: cuestiones y objeciones”, *Revista Polis*, 3, 2002.

político puede ser «la realidad de la libertad concreta»²⁷ solo en la medida en que rechaza toda legitimación fundada en un principio de autoridad «positiva» (paternalista, patrimonial, contingentemente histórica) y asume justificar la autoridad y el derecho frente al tribunal de la razón. Por cierto, Hegel, en su realismo político-especulativo, sabe también que un mal Estado es mejor que ninguno, sabe que la contingencia y el accidente cuando duran, si bien deben superarse, son comprendidos en su contexto y en sus «razones», porque solo a partir de eso es posible transformarlos de un modo no abstracto ni veleidoso. Hegel sabe, en suma, que hay precios que la razón en su camino por el mundo debe pagar, que hay responsabilidades estructurales intrínsecas a la lógica constitutivamente práctico-especulativa de lo racional mismo y a su producción objetiva, a través del actuar de los hombres.

Por ello, en cuanto a la concepción de Hegel de la *auctoritas* y *potestas*, que legitima la noción de «Estado político» moderno, este se propone dar cuenta de una arquitectura «constitucional» (no en el sentido de un «papel» de garantía, sino en el sentido de una organización institucional que opera según leyes público-rationales) en la que los poderes sean distintos pero reconducidos a una unidad individual. Uno de los tres poderes (el del príncipe, que se suma al legislativo y al gubernativo) representa la «culminación y el inicio del todo», es decir, es «parte total», colocando en la *Verfassung* y conclusión de ella en la figura concentrada de la soberanía, ya que: «El perfeccionamiento del Estado gobernado por una monarquía constitucional» —que para Hegel es *tout court* «el argumento de la historia universal del mundo», porque dicho nivel institucional alto implica una articulación perfecta de la eticidad moderna, menos compacta y más libre— reúne la racionalización de la autoridad en el sentido de la institucionalización y mantenimiento de un nivel «autoritativo» superior (*Oberhaupt des Staates*)²⁸, al que se somete la decisión última de la voluntad»²⁹. Por tanto, la soberanía del príncipe da expresión al principio antiparticularista que inspira la universalidad concreta del Estado, sin el cual se derrumba todo el edificio del derecho moderno, con la vuelta de los estatus y los privilegios. En este sentido, ella se identifica con el monismo de la voluntad rousseauiana «voluntad general», que tiene por objeto lo racional en sí, y no como sumatoria³⁰. Soberanía y voluntad general son inderivables. La racionalidad de la autoridad estatal y de sus elecciones no pueden depender de intereses y opiniones particulares. Para Hegel dicha noción de soberanía estatal, que también tiene una valencia axiológica, ni siquiera puede ser entendida en sentido

²⁷ HEGEL, *Filosofía del derecho*. *Op. cit.*, § 260.

²⁸ «El jefe del Estado».

²⁹ Cfr. B. BOURGEOIS, «Le premier hegelien», en *Hegel et la philosophie du droit*, París, PUF, 1979, págs. 87 y ss.

³⁰ *Op. cit.*, § 258.

abstracto, so pena de su ineffectuabilidad política y la pérdida de un punto de apoyo estable e identificable, particularmente necesario en realidades complejas como los grandes Estados de la época moderna, que implican una marcada distancia entre poder e individuo, centro y periferia, y conocen los riesgos del atomismo social.

Sin embargo, las afirmaciones previas solo tienen validez si no nos ocupamos de la *eticidad*³¹ o del ámbito ético en un Estado o en una nación determinada, sino de la *eticidad* en términos abstractos, lo cual no desmiente que la *eticidad* sea el aspecto dialécticamente más concreto del espíritu objetivo. Pues, si procuramos aplicar el análisis a los distintos Estados o naciones que existen actualmente, o que han existido, nos percataremos de que el contenido de la *eticidad* no es siempre el mismo para todos, que no es siempre la máxima racionalidad, que no necesariamente es la realización de libertad, y que muchas veces no solo manifiesta defectos, sino que también presenta evidentes síntomas de corrupción y decadencia. Por ello nos dice Hegel: La historia particular de un pueblo histórico contiene en primer lugar el desarrollo de su principio, desde su primitiva situación infantil hasta su florecimiento, en el que alcanza una libre autoconciencia ética e ingresa en la historia universal. En segundo lugar, está el período de su decadencia y corrupción, pues allí se señala en él el surgimiento de un nuevo principio como lo meramente negativo del suyo propio [...]. En ese período, aquel pueblo ha perdido el interés absoluto, y si bien puede asimilar positivamente el principio superior y formarse de acuerdo con él, se comporta como en un terreno ajeno, sin vitalidad ni frescura. Puede incluso perder su independencia, o bien mantenerse o sobrevivir como un Estado particular o en un círculo de Estados, debatiéndose azarosamente en múltiples intentos internos y guerras externas³².

3.- CRISIS DEL ESTADO MODERNO HEGELIANO

Una vez hemos definido la concreción del Estado moderno en Hegel, también observamos que este ofrece en su tratado una concepción del Estado tan perfecta, que es difícil, por no decir imposible, reconocerla como efectivamente existente, no solo en los Estados de su época y en los precedentes, sino también en los posteriores y actuales. Debido a que para Hegel la libertad presupone

³¹ Es que este término de *eticidad* es tan abstracto como la línea del horizonte: no marca una meta clara y definida, sino un lugar ideal hacia el cual acercarse, con la conciencia de que nunca se llegará al mismo, pero que sirve como guía para el perfeccionamiento. De esta forma, la *eticidad* colectiva de un estado puede ser comparada a la «areté» individual que postularon los antiguos griegos como PLATÓN, en su diálogo llamado *Menón* (edición de 1958, reimp. 1970, estudio crítico, traducción y notas por Antonio Ruiz de Elvira: Madrid, Instituto de Estudios Políticos). Ver también: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez), Madrid, Alianza, 2001.

³² HEGEL (1988), *Principios de la filosofía del derecho*, *Op. cit.*, págs. 492-493.

constitutivamente una originaria parcialización (y por lo tanto una pérdida), esta debe «ensuciarse» para dar prueba de sí. La noción hegeliana de libertad implica la decisión, como diferencia de la «decisión a la finitud»³³. Cada edificación del Todo implica una renuncia originaria, una limitación, un contenido determinado y parcial en el cual construir y desde el cual se activa la energía productiva. El Todo es siempre conquista, déficit inicial, impulso; también el resultado es, hegelianamente, siempre «agitado», porque lleva la impronta de aquel, no es una posesión para siempre estática. El Todo es «político»³⁴. Autoridad y libertad están especulativamente conectadas. La libertad no es un dato «espiritual» originario, sino una construcción intrínsecamente «política», fruto del conflicto y de una educación a la obediencia, que históricamente ha producido el aplastamiento de las particularidades, la atenuación civilizadora de las obstinadas asperezas y una dinámica de «liberación»³⁵. Es decir, el orden moderno.

Por lo expresado anteriormente nos parece importante, en la práctica, preguntarse en los tiempos que corren, si estamos dispuestos a aceptar la concepción hegeliana del Estado, el derecho y la libertad, como un desafío que tomar en cuenta en el momento de pensar cómo queremos configurar la sociedad, y específicamente el Estado del tercer milenio. No se trata de repetir exactamente el modelo hegeliano —lo que sería un insensato anacronismo—, pero hay aspectos que deben ser considerados: la relación entre Estado y sociedad burguesa; la relación entre individuo y comunidad; la relación entre subjetividades (intersubjetividad); el rol de la familia en la sociedad; el sistema de las necesidades; la relevancia de la guerra; la posibilidad o imposibilidad de un derecho internacional, etc. Ciertamente en semejantes temas, es de suma relevancia tener claro, entre otras cosas, qué Estado, derecho y libertad queremos poner en práctica. Pero ¿creeríamos hoy que el Estado es la solución al problema del desgarramiento del mundo, problema cuyos días coinciden con los de la moderna sociedad capitalista? ¿Podríamos confiar al Estado el índice de un reconocimiento universal —de todos y de cada uno— de los miembros de una comunidad política, *la auctoritas y la potestas*?

Afirmar algo así hoy no evitaría levantar las peores sospechas hacia quien se atreviera a hacer tal afirmación. Desde la disolución del pensamiento moderno, las interpretaciones de la realidad han sido divergentes y no han podido agruparse en un paradigma único; así tenemos que la profesora D'Agostini establece que: ... en torno a los años 60, se puede definir el comienzo de la filosofía del presente,

³³ *Op. cit.*, § 13. Para dicha teoría de la libertad la referencia obligada, obviamente, son los fundamentales párrafos de la *Introducción a los principios* (sobre todo §§ 5-15).

³⁴ El modo de existir del Espíritu en el mundo es «lo político».

³⁵ *Op. cit.*, § 187.

aglutinándose el pensamiento contemporáneo en las siguientes ramas: la filosofía analítica, la hermenéutica, la teoría crítica del estructuralismo, y la epistemología positivista en sus distintas expresiones³⁶.

Ante esta situación Hegel es la última «bestia negra» de los últimos dos siglos de la filosofía: los defensores de la *Lebensphilosophie*³⁷, existencialistas de Kierkegaard en adelante, materialistas, historicistas, filósofos analíticos y empiristas, marxistas, liberales tradicionales, moralistas religiosos, deconstruccionistas y deleuzianos, que se definen ellos mismos a través de diferentes modalidades de rechazar a Hegel. Pero cuando todos empiezan a hablar el mismo idioma, es un signo fiable de que algo está eludiendo a todos.

Por lo tanto, a casi doscientos años de dictadas por Hegel estas descomunales y lapidarias reflexiones de *Principios de la filosofía del derecho*, la situación global espiritual es hoy muy distinta. Se revalora ahora una diversidad y un multiculturalismo con parámetros que no son ni «dogmático-prescriptivos ni totalitarios», como aquellos que imponía de manera explícita el espíritu absoluto³⁸ hegeliano. Tampoco se acepta hoy, sin caer en negligencias acríicas, ningún neocolonialismo cultural, implicado este también en la teodicea hegeliana. En las nuevas condiciones conceptuales, políticas y culturales con que acabamos de rebasar el primer decenio de este siglo XXI, los pueblos originarios —que por su cuenta y riesgo han proseguido, hasta ahora a contracorriente, sus respectivos y muy particulares desarrollos— se aprecian, en y con dialécticas incluyentes que los acreditan como distinguidos dialogantes. Este aprecio es cada vez más notorio en ámbitos intelectuales y académicos de vanguardia; intelectuales y académicos que muestran su solidaridad social a esos mismos pueblos originarios que tematizan en su visión conceptual³⁹. Por sí solo, este hecho da cuenta de una nueva realidad epistemológica del sujeto cognoscente convencional, ese que otrora se hacía el escurridizo y se excluía *a priori* de la relación objetiva con sus temas de estudio científico y conceptual.

³⁶ FRANCA D'AGOSTINI, *Analíticos y continentales* (trad. Mario Pérez Gutiérrez), Madrid, Cátedra, 2.ª edición, 2009, pág. 31.

³⁷ *Filosofía de la vida*. Traducción: *Diccionario Collins Alemán-Inglés*.

³⁸ Habría que agregar aquí al sucesor materialista del espíritu hegeliano: la «lucha de clases» marxista como dogma fundamental de los descendientes de Hegel en el siglo XX y su encasillamiento del análisis de todas las sociedades bajo el molde inamovible de los «modos de producción».

³⁹ Esta caracterización de los pueblos «originarios» es refutada por las más modernas teorías antropológicas, que basadas en las semejanzas genéticas, han establecido que los «originarios» en realidad no son más que inmigrantes más o menos tempranos de todos los continentes, excepto de África, considerada hoy como la «cuna» de la especie actual del *Homo sapiens*. Ver este tema en ARSUAGA, J. L. y MARTÍNEZ, I. *La especie elegida: la larga marcha de la evolución humana*, Barcelona, Temas de Hoy, 1999.

Por otro lado, en la actualidad existe un consenso general en torno a la crisis de la autoridad y de los sistemas conceptuales de la cultura occidental: de la filosofía del sujeto, del fundamento y de la metafísica, de la comprensión lineal de la historia, del predominio de la razón (sobre todo de la instrumental), de la idea de progreso, de la vitalidad del Estado-nación, hacia la pluralidad de interpretaciones y la fragmentación. En cuanto a lo político, el término *postmoderno* lo puso en circulación, como es sabido, Arnold Toynbee⁴⁰ en el año 1947. Al reducir a uno los seis primeros volúmenes de *Un estudio de la historia*, Sommerwell, el compilador, propuso llamar *postmoderno* a lo que el autor había llamado simplemente «IV período occidental». Ya en 1954 Toynbee sostenía que la edad moderna (iniciada a finales del siglo xv con la dominación europea de otras tierras y otros pueblos) empezaba a ceder ante el empuje de una nueva edad posmoderna, caracterizada por la coexistencia de diferentes culturas.⁴¹ En este período, que a juicio de Toynbee comenzó en torno a 1875, los poderes actuantes en la historia habrían perdido ya su condición nacional para dar paso, por decirlo así, a un juego de fuerzas a nivel planetario. El nombre y el concepto tuvieron éxito y, más o menos por aquel entonces, se desarrollaron también otras teorías de corte sociológico sobre la civilización industrial, el agotamiento de las ideas, el fin de las ideologías, la razón instrumental, el hombre unidimensional, etc.

Esclareciendo un poco más, Arnold Toynbee en el octavo volumen de su monumental *A Study of History* (1954) la escribió para caracterizar la nueva situación geopolítica abierta tras la guerra franco-prusiana de 1870; y a pesar de que no se prestara atención al término, la idea de Toynbee era acertada, como se revelará con toda pujanza veinte años después. El gran historiador había visto en la conjunción del industrialismo y del nacionalismo la matriz del Occidente moderno, así como observado que a finales del siglo xix esa conjunción (en paralelismo con el destino de las vanguardias) se había invertido hasta formar una completa contradicción: la industria internacional capitalista convertía por un lado en obsoletos los vínculos y las fronteras de los Estados surgidos del Congreso de Viena⁴², mientras que por otro los *nacionalismos* («irredentos»)

⁴⁰ ARNOLD JOSEPH TOYNBEE (Londres, 1889 - York, 1975). Filósofo e historiador británico, considerado como uno de los más importantes filósofos de la historia, fama lograda gracias a sus doce volúmenes de *A Study of History* (*Estudio de la historia*, 1934-1961). Publicada en castellano por Editorial Vergara (trad. de Pablo Uriarte), Barcelona, 1963, en XVIII tomos.

⁴¹ TOYNBEE, A.J., *A Study of History* (vol. 8), Londres, Oxford University Press, 1954, pág. 338 (citado por CRAIG OWENS, en «The Discourse of others», pág. 57).

⁴² Tras la derrota de Napoleón, los monarcas absolutos europeos buscaron regresar al absolutismo de la etapa anterior a la Revolución francesa, lo que significó la supresión de las medidas sociales, políticas y económicas promulgadas por los ideales revolucionarios del siglo xviii, sobre todo los referentes a las constituciones y la soberanía nacional, para dar paso al poder ilimitado de los reyes, devolver a la nobleza y al clero sus privilegios, reconstruir el mapa de Europa que había sido

tendían al desgarramiento interno no solo de los grandes Imperios (como se veía a las claras tras 1918), sino también del Estado-nación en cuanto tal, con la consiguiente aparición virulenta de reivindicaciones étnicas y localistas. Toynbee lamenta al respecto el quebrantamiento de la clase media burguesa como elemento rector de la sociedad, ahora dividida en dos grandes bloques: al Oeste, la clase industrial trabajadora; al Este, la configuración de una *nomenklatura*, de una *intelligentsia* dictatorial, que se aprovecha de los logros maquinistas occidentales para volverlos contra la cultura moderna, como en Japón (Meiji), Rusia (el bolchevismo), Turquía (Kemal Atatürk) o China (con la Gran Marcha maoísta).

4.- CONSIDERACIONES

Parece ser que lo que está en juego no solamente es el Estado-nación, sino también la filosofía de la historia, el sujeto de la historia y por ende la razón moderna. Por ello, en referencia a la *auctoritas* legítima de la política democrática, la misma se ve socavada por el «nihilismo total» de la técnica y las *authorities* de los poderes económicos y mediáticos. Recordemos que para Hegel todo es razón, aunque esta se manifieste desplegándose a fuerza de contradicciones. Razón científica, social, religiosa, moral... Nada escapa a la razón; esta es omnipresente y da cuenta de todo: Lo verdadero es el todo. Pero el todo es solamente la esencia que se completa mediante su desarrollo. De lo absoluto hay que decir que es esencialmente resultado, que solo al final es lo que es en verdad, y en ello precisamente estriba su naturaleza, que es la de ser real, sujeto o devenir de sí mismo⁴³.

Por eso, en estas circunstancias Nietzsche será el gran enemigo de Hegel. Por otro lado Schopenhauer influyó en el pensamiento de Nietzsche; el mundo acaba en representación humana⁴⁴. Y la inteligencia ¿qué es? Herramienta al servicio de los sentidos⁴⁵.

Por tanto, el autoritarismo (de derechas o de izquierdas), entendiendo por tal la tesis según la cual el poder constituido tiene un derecho institucional a la obediencia incondicional sea cual sea lo que ese poder exija, es una tesis política, pero también consiste en un modelo de conducta o una mentalidad; argumentando Horkheimer que el Estado autoritario se afirma tanto en los regímenes fascistas

desfigurado por Napoleón y con base en un sistema de seguridad conjunta y equilibrada que no permitiera más revoluciones ni intentos de cualquier país por lograr la hegemonía continental y replantear la vida internacional a base de congresos.<http://pares.mcu.es/Bicentenarios/portal/CongresoDeViena.html>.

⁴³ HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu* (trad. de Wenceslao Roces), México, Fondo de Cultura Económica, 16.ª reimpresión, 2006, pág.16.

⁴⁴ ARTHUR SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, México, Porrúa, 4.ª edición, 1997, 315 págs.

⁴⁵ Cfr. OCTAVI FULLAT, *El siglo postmoderno (1900-2001). El referente Nietzsche*, Barcelona, Crítica, 2002, págs. 93-112.

como en las sociedades liberal-democráticas, como efecto de la exigencia de control y planificación implícita en el pasaje de un capitalismo fundado en la competencia a un capitalismo monopolista del Estado, que vive de las grandes comisiones públicas, del desarrollo de la industria bélica y necesita de una integración forzosa de las masas en la vida política, que neutralice su carga de emancipación⁴⁶.

Pero no solamente es el devenir histórico y la construcción histórica de la historia por el sujeto moderno lo que está en crisis, sino además el concepto mismo de sujeto, que se pone en duda por la postmodernidad —o más exactamente por los postestructuralistas—; puesto que no hay sujetos de la historia que organicen la libertad desde la racionalidad, entonces toda la racionalidad y toda la libertad se dan dentro del discurso y fuera de él no hay nada⁴⁷, dando lugar a que pensadores como Richard Rorty partan de una concepción contingente del ser humano⁴⁸, siguiendo los pasos del descentramiento del sujeto proporcionado por Nietzsche, Heidegger, Wittgenstein, Freud y Sartre. Por tanto, el ser humano es algo relativo a la circunstancia histórica, algo que depende de un acuerdo transitorio acerca de qué actitudes son normales y qué prácticas son justas o injustas. El sujeto es una realidad contingente, fortuita y variable producto del contexto histórico, social y cultural, es decir, el hombre no tiene esencia, por lo que expresa Rorty: Habría resultado oportuno que Sartre hubiera completado esta observación de que el hombre es el ser cuya esencia es no tener esencia, diciendo que esto valía también para todos los demás seres... La utilidad de la opinión «existencialista» es que, al proclamar que no tenemos esencia, nos permite ver las descripciones de nosotros mismos... en pie de igualdad con las diversas descripciones alternativas presentadas por poetas, novelistas, psicólogos profundos, escultores, antropólogos y místicos⁴⁹.

De ello podemos deducir que lo que está en juego es el destino de la racionalidad moderna tras lo que la Escuela de Frankfurt consignó como la dialéctica de la Ilustración. No en vano la posición que representa el segundo Heidegger, como nos comenta el profesor David Hernández: "supone una ruptura con el concepto hegeliano de cancelación (*Aufhebung*), y una reproposición de determinadas ideas

⁴⁶ MAX HORKHEIMER y THEODOR W. ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración* (introducción y trad. de Juan José Sánchez), Madrid, Trotta, 7.ª edición, 2005, pág. 60-61.

⁴⁷ Cfr. En «Comunidad política y nihilismo». QUINTÍN RACIONERO CARMONA, en *Pensar la comunidad*, Madrid 2002. Ed. Dykinson, S. L. pág.38

⁴⁸ El término *contingencia* es un término frecuentemente empleado por Rorty en toda su obra, con este término trata de expresar el carácter inestable y azaroso de todo proceso humano y social. En oposición a una concepción antropológica determinista, fija y estable, Rorty pretende resaltar los elementos relativos y fortuitos que se dan en la configuración y construcción de subjetividades en nuestra sociedad. PUTNAM H.: *Renewing Philosophy*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1992. Pág. 118.

⁴⁹ RORTY, R. *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. O.C., pág. 327.

exploradas por Hölderlin y continuadas por Nietzsche: el pensamiento debe realizar un salto (*Sprung*), un cambio de plano, para reubicarse en otro inicio (*Ein anderer Anfang*) de la tradición filosófica occidental. Y ello porque esta tradición, a diferencia de lo que pensaba Hegel, se ha movido en círculos en torno a una trabazón común formada por una ontología nihilista, cuya consecuencia última es el olvido de la diferencia ontológica y la tecnificación de todos los ámbitos de la realidad”⁵⁰.

Por tanto, si la política renuncia al desafío típico de la modernidad, inscrito en su horizonte «estatalista» y «revolucionario» de la (re)edificación de espacios públicos —tanto micro como macro, tanto infraestatales como supranacionales— de autoridades políticas socialmente legitimadas (es decir, decentemente democráticas) y por eso adecuadas a gobernar los amplios espacios del mundo unificado, refugiándose en la utopía de la *civitas máxima* o en la más prosaica realidad de una única hegemonía económico-militar (a lo mejor intercambiando o justificando la segunda con la primera), a procurarse una realidad concreta no serán ni un nuevo derecho de las gentes ni mucho menos los derechos humanos, sino solamente — como es en la actualidad— el derecho del comercio internacional, única norma fundamental de la edad global. Una norma administrativa de aparatos tecnocráticos sin *auctoritas*, y sin embargo demasiado poderosos.

En la situación sociocultural del mundo, evidentemente, hoy se necesita diálogo entre culturas, pero esto no significa ir hacia una neutralidad homogeneizante. Cuando no se admite una verdad de orden superior (anterior al consenso, es decir, la autoridad como el poder de los comienzos⁵¹) acerca del hombre, no son posibles ni la discusión racional ni el acuerdo consensual, y todos esos derechos quedan en manos de lo que decida la mayoría, o la mejor oratoria. No es por azar por lo que los postmodernos conciben el futuro bajo el signo de una fragmentación múltiple y de una exaltación de la diferencia que, a primera vista, resultan difíciles de conciliar con el proyecto de una Europa-Occidente unida. Es bien cierto que, llevado al límite, el pluralismo de los postmodernos es inviable. A última hora, en el orden del pensamiento la diferencia absoluta es la propia del idiota ajeno a toda universalidad; y en el terreno de la política, la consecuencia es Babel. No obstante, si lo que nos quieren decir los postmodernos es que están en contra de las unificaciones mastodónticas, de los monolitos totalitarios; si lo que defienden esos pensadores es el respeto a las minorías, a la razón histórica, o sea, el derecho a que cada cual profundice en la significación y valor de lo suyo; en definitiva, si se pretende proteger lo micro y lo *light* de lo

⁵⁰ DAVID HERNÁNDEZ CASTRO «Bailando en el claro del bosque. En torno a la publicación de *El Segundo Heidegger: Ecología. Arte. Teología*», en *Daimon*, nº 62, 2014, pp. 142-143.

⁵¹ *Op. Cit.* REVAULT D'ALLONNES, M. (2006).

macro y lo *heavy*, si lo que hay es un compromiso de apoyo a las minorías en problemas de política, sexo, raza o lenguaje, entonces la opción postmoderna posee un cierto sentido de legítima defensa frente a un racionalismo opresor, que funciona al servicio de la voluntad de poder.

En otras palabras, sea o no la voluntad de poder⁵², el fundamento último de la modernidad, estuviera o no en lo cierto el inventor del superhombre, lo indiscutible es que el cientificismo de la modernización de Occidente carece de sensibilidad para sus fines y puede estar al servicio acrítico del poder. En último extremo, la modernidad no ha creado un *Übermensch*, un superhombre, sino un *Überwelt*, un supermundo que amenaza con dominarlo todo. En este aspecto, pensamos que la postmodernidad podría hacer de valla protectora contra la implacable mecanización (Heidegger) que viene asediando al mundo de la mano de la modernidad. Contra la tecnificación de la vida humana, contra el fundamento y las ideas que sostienen esta inmensa operación del *De-Stell* es a última hora contra lo que alzan su voz, no siempre bien timbrada, los postmodernos, a los cuales no hay que tomarlos tan a la ligera. Al final, o bien Europa opta por una organización más polimorfa y flexible que la de la racionalización weberiana, o su sociedad acabará arrojada en el fondo de la «jaula de acero» que predijo Weber. El temor al totalitarismo es lo que explica, y en una buena medida justifica, la actitud deconstructiva de los postmodernos frente a muchas cosas. Esto no es ninguna ligereza.

Por tanto, podemos preguntarnos: ¿nos encontramos, pues, ante la muerte de la *auctoritas* y *potestas* del Estado hegeliano? Así el Estado moderno se compone de individuos y no de un cuerpo social vertebrado. La sociedad se edifica sobre un individualismo intrínseco que considera a la persona como un agente económico que actúa en el mercado, como un voto o un sujeto de imputación jurídica. Se conforma así una total subversión de los subsistemas sociales, que se caracterizan por una concepción antropológica, filosófica, económica, política o jurídica de la persona que pone de manifiesto que solo el poder resulta hoy valorado. Por lo que podríamos decir que, cuando la *auctoritas* y la *potestas* se encuentran en equilibrio, es sano para el desenvolvimiento de la sociedad considerarlas del siguiente modo: *autoridad* es el saber socialmente reconocido, y *potestad* es el poder socialmente reconocido. Ambos conceptos llevan a continuación una nota explicativa en donde la autoridad se equipara con el «prestigio del saber», que se manifiesta a través del consejo y, primordialmente, es la única instancia capaz de actuar como límite de la potestad. La autoridad, al ser «saber», es personalísima y, por tanto, indelegable. La potestad, por su parte, es indivisible, y delegable.

⁵² NIETZSCHE FRIEDRICH (1901), *La voluntad de poder*, Madrid, Edaf, 1.ª ed., 2011.

Terminamos pensando que una explicación de la crisis de la *auctoritas*, en nuestras sociedades occidentales, la podemos encontrar en la estrecha relación con la esencia del poder como disposición de bienes. Como el dinero es el medio más universal para obtener fines, la unión entre poder y la riqueza material se ha estrechado exageradamente. Por lo que la confusión de los conceptos de *auctoritas* y *potestas* constituye la causa más profunda de esa crisis. Esta situación se puede evidenciar en la actualidad, con los casos de corrupción que asolan a nuestro país, desde aquellos que se suponen, tienen que ser referentes de la *auctoritas* socialmente aceptada —gobernantes, políticos, jueces, sindicatos, Iglesia, empresarios, etc. — con la *potestas* que debe ser aplicada.

Por último, dado que el proyecto moderno se legitima en el hecho de reivindicar la autoafirmación y la autofundación, hay que decir que ello no implica que se debiera abolir la distancia existente entre la intención y su cumplimiento, sino más bien asumir que es un proyecto habitado por una crisis de legitimación. Por tanto, al cuestionar el orden tradicional, ya no es posible creer en la validez de lo que siempre ha sido, el mundo moderno se encuentra con un presente amenazado de manera constante por su propia contingencia. No obstante, ofrece una alternativa, ante el *politeísmo de valores y los modos antagónicos de legitimidad*⁵³ que se presentan; nuestra capacidad de juicio y acción se recompone en tanto somos capaces de procurarle un sentido al mundo. Si bien el nuevo sentido que emerge no es fruto de una construcción *ex nihilo*, se nos plantea el desafío de su conquista. Por lo que estamos de acuerdo en lo que Revault d'Allonnes sostiene, y es que no asistimos al vaciamiento o pérdida de sentido de la *auctoritas*, sino a su pluralización, y que este es un punto crucial en la temática de la autoridad, siendo la tesis fuerte que plantea esta autora la del cambio de la autoridad de la tradición a la autoridad de la transmisión. Para desarrollar esto sostiene que la problemática de la autoridad en los modernos está orientada hacia el futuro, la autoridad se autoriza autorizando: «Antes, se procedía de la tradición a la transmisión. Los modernos proceden a la inversa: de la transmisión a la autorización. Se pasó de la autoridad de la tradición a la autoridad de la transmisión»⁵⁴. Por ello, es esencial en estos momentos acordar qué herencia debemos dejar a las generaciones futuras, tanto en lo que se refiere a la *auctoritas* que nos sostiene como a la *potestas* que aplicar, que sean socialmente aceptadas, para que ello no derive en una imposición autoritaria de los mercados.

5.- BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Política* (traducción y notas de Manuela García Valdés),

⁵³ Estos dos conceptos se toman de WEBER.

⁵⁴ REVAULT D'ALLONNES, M. (2008), *op. cit.*, pág. 106.

- Madrid, Gredos, 2007.
- B. BOURGEOIS, «Le premier hegélien», en *Hegel et la philosophie du droit*, París, PUF 1979.
- D'AGOSTINI, Franca, *Analíticos y continentales* (trad. de Mario Pérez Gutiérrez). Madrid, Cátedra, 2.ª edición, 2009.
- FULLAT, Octavi, *El siglo postmoderno (1900-2001). El referente Nietzsche*, Barcelona, Crítica, 2002, págs. 93-112.
- FUREDI, Frank, *Authority: A Sociological History*, Cambridge University Press (October, 2013).
- HEGEL, G. W. F. (1807), *Fenomenología del espíritu* (traducción de Wenceslao Roces y Ricardo Guerra). México, Fondo de Cultura Económica, 1966. 1.ª edición en español, Madrid, 1966. Además, hay una edición bilingüe, con traducción y notas de Antonio Gómez Ramos, en Abada editores / UAM, Madrid, 2010. Versión original en alemán: G. W. F. Hegel (1807), *Phänomenologie des Geistes*, en *Gesammelte Werke*, Hamburgo, Felix Meiner, 1980.
- HEGEL, G. W. F. (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder, Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse* (trad. y prólogo de Juan Luis Vernal del original *Principios de la filosofía del derecho*), Barcelona, Edhasa, 2.ª ed., 1999.
- HELLER, A. (1998), *La revolución de la vida cotidiana*, Barcelona, Península.
- HERNÁNDEZ CASTRO, DAVID «Bailando en el claro del bosque. En torno a la publicación de *El Segundo Heidegger: Ecología. Arte. Teología*», en *Daimon*, nº 62, 2014, pp. 142-143.
- HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor W., *Dialéctica de la Ilustración* (introducción y trad. de Juan José Sánchez), Madrid, Trotta, 7.ª edición, 2005, págs. 60-61.
- KLENNER, ARTURO "En torno a la filosofía del derecho de Hegel: cuestiones y objeciones", *Revista Polis*, 3, 2002.
- MAYZ-VALLENILLA, Ernesto, *El dominio de poder*, Ed. de la Universidad de Puerto Rico, 2.ª ed., 1999.
- RACIONERO CARMONA, Quintín, «Comunidad política y nihilismo», en *Pensar la comunidad*, Madrid, Dykinson, S. L. 2002, pág. 38.
- REVAULT D'ALLONNES, M. (2006), *Le pouvoir des commencements. Essai sur l'autorité*, Éditions du Seuil (traducción de Estela Consigli: *El poder de los comienzos*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008).
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Buenos Aires, Editorial REI, 1990.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, México, Porrúa, 4.ª ed., 1997, 315 págs.
- STOPPINO, M. (1992), «Autoridad; autoritarismo» (entradas), en BOBBIO N., et al., *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1997.
- TOYNBEE, Arnold Joseph, *A study of History*, Oxford University Press (10 de diciembre de 1987). Publicada en castellano por Editorial Vergara (trad. de Pablo Uriarte): *Estudio de la historia, 1934-1961*, Barcelona, 1963, en XVIII tomos.