

Publicación indexada en categoría "C" de la base de datos Publindex de Colciencias, incluida en EBSCO INTERNACIONAL Y VLEX Colombia  
Julio - Diciembre de 2016 - Neiva - (Huila), Colombia

REVISTA  
Jurídica

# Pielagus

Volumen No. 15 ISSN impreso 1657 - 6799/ en línea 2539 - 522X

**Universidad Surcolombiana**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**RECTOR**  
PEDRO LEÓN REYES GASPAR

**VICERRECTORA ACADÉMICA**  
ISABEL CRISTINA GUTIÉRREZ DE DUSSÁN

**VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**  
ALBERTO DUCUARA MANRIQUE

**VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN SOCIAL**  
ANGELA MAGNOLIA RÍOS GALLARDO

**DECANO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
MARIO CÉSAR TEJADA GONZÁLEZ

**JEFE DE PROGRAMA DE DERECHO**  
GABRIEL ORLANDO REALPE BENAVIDEZ

**JEFE DE PROGRAMA DE CIENCIA POLÍTICA**  
ALEXANDRA URIBE SANCHEZ

**EDITOR**  
GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA  
Doctor en Derecho. Université de Paris II.  
Profesor de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas  
Universidad Surcolombiana

#### COMITÉ EDITORIAL

OLGA CECILIA RESTREPO YEPES  
Master en Derecho. Universidad de Medellín

OMAR HUERTAS DÍAZ  
Doctor en Derecho. Universidad Nacional de Colombia

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA  
Doctora en Filosofía y paz.  
Universidad Santo Tomás de Bogotá

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA  
Doctora en Derecho.  
Universidad Nacional Autónoma de Bucaramanga

#### COMITÉ CIENTÍFICO

ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA  
Doctor en Sociología. Universidad Santo Tomás de Bogotá

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA  
Doctor en Derecho. Universidad ICESI

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA  
Doctor en Derecho Canónico. Universidad de la Sabana

NELSON ERNESTO LÓPEZ  
Doctor en Ciencias Sociales. Universidad Surcolombiana

**ASISTENCIA EDITORIAL**  
CRISTIAN FERNANDO PERDOMO PARRA

**ILUSTRACIÓN**  
MARTHA CECILIA VARGAS HERNÁNDEZ

**IMPRESIÓN**  
OTI IMPRESOS - Calle 28 No. 1A-46 Cándido  
Telefax: 8758485 - Neiva (Huila)  
otimpresos@hotmail.com

Pielagus ISSN 1657 - 6799

Julio - Diciembre 2016

pp. 1-184

No. 15

Neiva (Huila)

Periodicidad Semestral

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana Tel.: 8754753 ext. 1176  
<http://www.revistapielagus.com/> - <http://journalusco.edu.co/index.php/pielagus>  
Av. Pastrana Borrero con Cra. 1a. - Oficina Maestría en Derecho Público  
Email: [pielagus@usco.edu.co](mailto:pielagus@usco.edu.co) - Neiva - Huila - Colombia.

# Pielagus



## ÁRBITROS ESPECIALIZADOS

El Comité Editorial de la Revista Jurídica Piélagus agradece la valiosa contribución a los evaluadores invitados de la presente edición

<b>LEOPOLDO MARIO ADOLFO GODIO</b> Master en Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires	Argentina
<b>MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN</b> Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid	España
<b>JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO</b> Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid	España
<b>ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ</b> Doctora en Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo	España
<b>NATASHA SUÑÉ</b> Master en Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires	Argentina
<b>JOAQUIN TORNOS MAS</b> Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona	España
<b>NORHY ESTHER TORREGROSA JIMÉNEZ</b> Doctora en Derecho, Universidad Libre Seccional Bogotá	Colombia
<b>RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ</b> Doctor en Sociología Jurídica, Universidad Libre de Bogotá	Colombia
<b>BEATRIZ EUGENIA CAPILLO VÉLEZ</b> Master en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana	Colombia
<b>DORA INES MUNEVAR M.</b> Doctora en estudios de género, Universidad Nacional de Colombia	Colombia
<b>JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL</b> Doctor en Procesos Sociales y Políticos en América Latina, Universidad Católica de Temuco	Chile
<b>FERNANDO PEDROZA</b> Doctor en Procesos Políticos Contemporáneos, Universidad de Buenos Aires	Argentina
<b>JULIÁN A. PIMIENTO ECHEVERRI</b> Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia	Colombia
<b>DANIEL CASTAÑO ZAPATA</b> Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de Medellín	Colombia
<b>MARÍA EUGENIA IBARRA MELO</b> Doctora en Ciencias Sociales, Universidad del Valle	Colombia
<b>ZURIÑE RODRÍGUEZ LARA</b> Master en Gobernanza y Estudios Políticos, Universidad del País Vasco	España
<b>SARA SOFÍA MORENO GALLO</b> Especialista en Derecho Ambiental, Universidad del Rosario	Colombia
<b>LUIS ALEJANDRO FONSECA PÁEZ</b> Doctor en Ingeniería, Universidad pedagógica y Tecnológica de Colombia	Colombia
<b>CAMILO TORRES SANABRIA</b> Doctor en Economía del desarrollo, Universidad Jorge Tadeo Lozano	Colombia

La responsabilidad de los autores corresponde a cada uno de ellos y no compromete el criterio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana.

Ninguna publicación, nacional o foránea, podrá usar, reproducir o traducir los artículos o resúmenes sin la autorización previa del editor de la Revista Jurídica Piélagus.



# Contenido

Revista Jurídica **Pielagus** Vol. 15 - Julio - Diciembre / 2016

<b>Editorial</b>	7
La Constitución y el matrimonio homosexual en España - A propósito de la STC 198/2012 del Tribunal Constitucional <i>La Constitution et le mariage gay en Espagne - A propos de l'arrêt STC 198/2012 du Tribunal constitutionnel</i> Hubert Alcaraz	11
Terrorismo Yihadista entre la realidad jurídica y la dogmática ideológica <i>Jihadist terrorism between legal reality and ideological dogma</i> Absaoui Imad	27
La protection judiciaire des droits sociaux en Colombie. Analyse jurisprudentielle <i>La protección judicial de los derechos sociales en Colombia. Análisis jurisprudencial</i> Germán Alfonso López Daza, Carlos Fernando Gómez García, Katherin Torres Posada	47
El matrimonio entre personas del mismo sexo: el caso de Alemania <i>Le mariage entre personnes de même sexe: l'exemple de l'Allemagne</i> Thomas Hochmann	63
El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte <i>The right to life as a fundamental right within the Ecuadorian constitutional framework with particular reference to abortion, euthanasia and the death penalty</i> Grisel Galiano Maritan	71
El realismo mágico en la vigente Constitución Polaca <i>Magical realism in the current Polish Constitution</i> Krystian Complak	87
Las empresas de servicios públicos domiciliarios. Reflexiones sobre su naturaleza jurídica <i>Home utilities companies. Reflections on their legal nature</i> Boris Carvajal Renza, Mireya Polanco Trujillo	103
Las medidas cautelares innominadas anticipatorias y el papel protagónico del Juez Constitucional <i>Nameless and anticipatory precautionary measures and the prominent role of the Constitutional Judge</i> Helber Mauricio Sandoval Cumbe	111

# Contenido

Revista Jurídica **Pielagus** Vol. 15 - Julio - Diciembre / 2016

- Determinismo genético, genocracia, multiculturalidad, diversidad sexual y nuevos derechos: una mirada en torno a la creación de familias homoparentales  
*Genetic determinism, genocracy, multiculturalism, sexual diversity and new rights: a look about the creation of homo-parent families.*  
Amparo de Jesús Zárate Cuello, Luis Gustavo Celis Regalado ..... ■ 127
- Tratamiento jurídico al terrorismo para la guerrilla Colombiana FARC en el marco de la justicia transicional  
*Legal treatment of terrorism for the Colombian guerilla FARC as part of transitional justice*  
Gabriel Pantoja Narváez ..... ■ 139
- Emergence of a dual constitution in transitional China  
*Surgimiento de una constitución dual en una China transicional*  
Shucheng Wang ..... ■ 155

## PAREJAS DEL MISMO SEXO: HACIA UN TRATO DIGNO E IGUALITARIO

La Revista Jurídica Piélagus tiene como tema central en la presente edición, el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, temática que es abordada en los artículos de Hubert Alcaraz, Thomas Hochmann, Amparo de Jesús Zárate Cuello y Luis Gustavo Celis Regalado. Los articulistas abordaron este tópico con una perspectiva crítica, analítica y objetiva, cada uno desde su panorama nacional: España, Alemania y Colombia.

Así como ha ocurrido en muchos países con el reconocimiento de los derechos de estas minorías, en el caso colombiano se han realizado importantes avances para la protección de los derechos de los homosexuales, amparo que ha ido desde lo económico (derechos prestacionales) hasta lo familiar (matrimonio y adopción de menores), pese a la oposición de amplios sectores conservadores que no ven con buenos ojos el reconocimiento de estos derechos.

El camino recorrido ha sido largo y difícil pues la Corte desde un comienzo negó la protección igualitaria de estas minorías, amparada en lo expresado por la Constitución Política colombiana que solo reconoce los derechos de las parejas heterosexuales. Un caso paradigmático y que reflejaba el rigor con el que se excluía de protección a los homosexuales, fue lo decidido en la sentencia SU-623 de 2001 que revisó el caso de un hombre que solicitó a una Empresa Prestadora de Salud (E.P.S.), su afiliación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta que su compañero permanente era el cotizante del sistema.

En esta sentencia unificada (Sala Plena) la Corte negó la protección, amparada en las disposiciones legales vigentes que determinaban quienes eran los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud y que hacen referencia continua al concepto de familia. Es decir, hizo una interpretación literal de la norma expresando que ellas solo prevén la pareja heterosexual. A renglón seguido acudió a la definición del concepto de familia contenido en el artículo 42 de la Constitución Política que dice: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Es decir, aquí no caben los homosexuales.

En los años siguientes la posición excluyente de la Corte se ratificó en algunas sentencias como la C-814 de 2001 (imposibilidad de adopción para homosexuales) y la sentencia T-725 de 2004 (derecho de residencia en San Andrés de los cónyuges o compañeros permanentes, no son aplicables a las parejas homosexuales).

Tuvieron que pasar 6 años más para que la Corte diera un primer gran paso con la sentencia C-075 de 2007 con la cual el alto tribunal reconoció algunos efectos patrimoniales a las parejas del mismo sexo.

Después de este primer histórico fallo vinieron otros más en los que los derechos de las parejas homosexuales se fueron poco a poco equiparando a los de las parejas heterosexuales: extensión de protección patrimonial a parejas del mismo sexo mediante la afectación a vivienda familiar (sentencia C-029/09), reconocimiento de la unión entre parejas homosexuales (sentencia C-577 de 2011), adopción entre parejas del mismo sexo cuando el menor es hijo de uno de los dos cónyuges (SU-617 de 2014) y finalmente la adopción plena.

Este último paso que muchos sectores esperaban y otros temían, fue dado mediante la sentencia C-683 del 28 de octubre de 2015 que declaró que es inconstitucional el tratamiento desigual que da el Código de la Infancia y la Adolescencia a las parejas del mismo sexo que quieran adoptar un menor, con lo cual los puso en el mismo nivel de igualdad a las parejas heterosexuales.

Esta nueva realidad que se veía venir, tiene unos argumentos constitucionales muy fuertes como el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales y los derechos fundamentales del menor a tener una familia. Del lado de quienes no están de acuerdo con esta medida, está el fundamento de que los menores tienen el derecho a tener un padre y una madre como todos los niños, frente a lo cual los estarían discriminando al no darles el mismo tratamiento que a los niños que son adoptados por parejas homosexuales.

Dentro de esta discusión no se debe perder de vista el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos. En este punto surgen algunos interrogantes: ¿es preferible que un menor sea adoptado por parejas del mismo sexo, a que crezca en el ICBF y nunca logre tener una pareja heterosexual que la adopte? Al no existir evidencias científicas sobre las consecuencias en los menores por tener padres homosexuales, ¿estaremos experimentando con nuestros niños? En esta discusión ¿se estarán priorizando los derechos de las parejas homosexuales dejando de lado lo más importante, el interés del menor?

Más recientemente en la sentencia SU-214 de 2016, la Corte hizo una importante interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, pues aunque esta norma establece de manera expresa que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, el Alto Tribunal reinterpreto la norma aplicando la regla "inclusio unius est exclusio alterius". De esta forma estableció que es posible casarse entre hombres o entre mujeres pues en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

Desde septiembre de 2016, cinco meses después de que la Corte Constitucional dio vía libre para que las parejas del mismo sexo formalizaran su matrimonio, decenas de parejas han acudido a las notarías del país para casarse, según datos consolidados en la Oficina Asesora de Planeación de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Dentro de este panorama de igualdad, son muchos los interrogantes los que aún no han sido resueltos por la ciencia del derecho ni mucho menos han encontrado respuesta por la medicina o la psicología. A pesar de ello, en muchos países las parejas del mismo sexo por fin encuentran un reconocimiento legal y lentamente empiezan a ganar espacio en las sociedades, que ya no ven a esta población como enfermos mentales o depravados sino simplemente como seres humanos con una forma diferente de ver y asumir la vida.

**GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA**  
Editor



ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



*Red*  
1876  
aut 1700

# La Constitución y el matrimonio homosexual en España - A propósito de la STC 198/2012 del Tribunal Constitucional

*La Constitution et le mariage gay en Espagne - A propos de l'arrêt STC 198/2012 du Tribunal constitutionnel*

**Hubert Alcaraz**

Profesor Universidad de Pau y de los Países del Adour - Francia  
hubert.alcaraz@univ-pau.fr

Recibido: 01/04/2016 Aprobado: 03/08/2016

## RESUMEN

Los debates jurídicos a diario son alimentados en razón de las dinámicas sociales cotidianas. De ahí que el derecho esté en un constante cambio frente a los conceptos que se tengan y es así como ningún aspecto social es ajeno al debate. Es aquí donde este artículo pretende hacer una presentación académica frente a la irregularidad en la toma de decisiones para invalidar el matrimonio entre parejas del mismo sexo en España mediante la sentencia STC 198/2012 emitida por el Tribunal Constitucional español. Si bien las decisiones de este Tribunal son importantes pues deciden casos trascendentales, en algunos casos se verifican argumentos vagos y superficiales dentro de los cuales se hace mención a las condiciones que pueden brindar a los niños las parejas homosexuales frente a las parejas heterosexuales; de igual manera, se tiene en cuenta la postura que tuvieron los miembros del Tribunal que votaron de manera contraria a la decisión de la mayoría.

## PALABRAS CLAVE

Interpretación evolutiva; Matrimonio homosexual; Parejas del mismo sexo; Tribunal Constitucional español.

## RÉSUMÉ

Débats juridiques sont nourris quotidiennement en raison de la dynamique sociale. Le droit change fréquemment face aux nouvelles réalités et il n'est pas étranger au débat. Ce point est traité dans cet article lequel fait l'analyse académique de la décision du Tribunal Constitutionnel espagnol d'invalidier le mariage entre couples de même sexe en Espagne à travers l'arrêt STC 198/2012. Alors que les décisions de cette Cour Constitutionnelle sont importantes parce qu'elles décident des cas marquants, dans certains cas, des arguments vagues et superficiels sont vérifiées, dans lesquels mentionnent des conditions particulières des couples homosexuels, face aux couples hétérosexuels. De même, l'article considère et analyse la position prise par les membres de la Cour Constitutionnelle qui ont voté contrairement.

## MOTS CLÉS

Cour Constitutionnelle espagnole; Couples de même sexe; Interprétation évolutive; Mariage homosexuel.

## INTRODUCCIÓN

Más de ocho años después de su introducción en el ordenamiento jurídico español, el matrimonio homosexual<sup>1</sup> -que en un tiempo llegó a los titulares<sup>2</sup>- ya no parece despertar la emoción en la tierra de Don Quijote<sup>3</sup>. Sin duda, el apaciguamiento y la normalización son explicados por el paso del tiempo, pero también por la intervención del Juez Constitucional quien, juzgando la ley que introdujo del matrimonio de parejas del mismo sexo en el derecho español conforme a la Constitución, desactivó sobre el plano jurídico un debate que, a su vez se ha extinguido sobre el plano político, la alternancia que no provocó el cuestionamiento temido por algunos. Sin embargo, hay que reconocer que el epílogo duró mucho tiempo para intervenir, alimentando esperanzas y preocupaciones: no menos de siete años fueron necesarios para que el Tribunal Constitucional español decidiera sobre el tema. De hecho, demandado en el 2005 por la conformidad de la Constitución de la Ley 13/2005 de abrir el matrimonio y la adopción a las parejas del mismo sexo, no fue sino hasta el año 2012, siete años después, en la sentencia del 6 de noviembre, donde el Tribunal finalmente rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Inicialmente y una vez más, el

tiempo utilizado por el Tribunal Constitucional fue excesivamente largo para tomar una decisión.

Sin embargo, la solución, si ahora parece satisfactoria a los ojos de la opinión pública española<sup>4</sup>, estaba lejos de ser adquirida y cada quién podía discutir de un modo u otro: con la demanda, la Constitución fue objeto de diversas interpretaciones, cada una queriendo encontrar las disposiciones propias para apoyar su posición, favorable o no, siendo contraria a la constitucionalidad del texto del 2005. El argumento constitucional, desde el principio ampliamente invocado, estaba evidentemente en el corazón de la demanda presentada ante el Tribunal Constitucional y de su razonamiento. Sin embargo, la lectura de la sentencia es desconcertante, ya que su motivación parece debilitar la validación de la reforma por el tribunal constitucional.

Durante los ocho años de la presidencia del Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero<sup>5</sup>, las reformas de la sociedad nutrieron el proyecto político del líder del PSOE (Partido Socialista Obrero Español). La ley relativa al matrimonio homosexual, así como aquella de la legalización del aborto, constituye uno de los hitos más importantes, pero también uno de los más controvertidos<sup>6</sup>. Anunciado oficialmente en el

1 - En España, el uso de "matrimonio homosexual" no despertó la oposición, en principio, en la medida en que la reforma promovida por el Gobierno socialista había indicado claramente como objetivo abrir el matrimonio a una población determinada; ya que el término "matrimonio para todos" no se utiliza, no sólo en contraste con la del matrimonio homosexual o la del matrimonio gay, que será utilizado aquí de forma intercambiable.

2 - Los acontecimientos en España eran de menor escala que los experimentados por Francia desde la más grande realizada por el Foro Español de la Familia reunido el 18 de junio de 2005 en Madrid con cerca de 180.000 personas (Millón y medio según los organizadores, 700.000 según la Comunidad autónoma de Madrid, 166.000 según el gobierno), entre ellos 19 obispos y una representación del partido Popular (PP - principal partido de la oposición política de la época, ahora en el gobierno). No participaron ni el líder del PP, Mariano Rajoy (ahora presidente del gobierno) ni el presidente de la Conferencia Episcopal Española, arzobispo de Bilbao, Ricardo Blázquez.

3 - Recientemente, el ex jefe de gobierno de J.L. Rodríguez Zapatero, ha preguntado por la acción del Secretario General del Partido Socialista Español (PSOE - Partido Socialista Obrero Español), Alfredo Pérez Rubalcaba, ha vuelto a lo que ahora se considera un "acervo" de su presidencia del gobierno, "Zapatero anima a apoyar y a escuchar los "impulsos" de Rubalcaba". El País, 1 de Julio 2013.

4 - Las publicaciones en la prensa fueron muchas, lo que dio la bienvenida a la solución finalmente adoptada por el Tribunal Constitucional español. Sin ser exhaustivos, se encuentran: Peral, "Amplio respaldo del Tribunal Constitucional al matrimonio homosexual", El Mundo, 7 de noviembre de 2012; A. López Lozano y A. Gil Arroyo, "¡Por fin!". El País 7 de noviembre de 2012; El Sr. Altozano, "El matrimonio gay está aceptado por la sociedad y no afecta al derecho a casarse", El País, 15 de noviembre de 2012

5 - José Luis Rodríguez Zapatero tomó posesión como presidente del Gobierno por primera vez el 16 de marzo de 2004, después de las elecciones generales del 14 de marzo durante la apertura de la octava legislatura; la segunda vez el 11 de abril de 2008, después de las elecciones generales del 9 de marzo. Él dejó la presidencia el 8 de febrero de 2012, sustituido por Mariano Rajoy, el líder del PP, tras las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011.

6 - En materia social, bajo la presidencia de J. L. Rodríguez Zapatero, también incluimos la ley sobre la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia o la ley para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

discurso de investidura de José Luis Rodríguez Zapatero a la Presidencia de Gobierno del 15 de abril de 2004, el proyecto de ley, después de la oposición del Senado, se aprobó finalmente el 1 de julio de 2005. La reforma es radical, incluso si es de apariencia modesta: la ley 13/2005 permite el matrimonio para los homosexuales y establece la igualdad absoluta entre las parejas que se casan, independientemente de la orientación sexual de los cónyuges. Modestamente, la ley se contenta con sustituir las referencias del hombre y la mujer que figuraban hasta ese momento en el Código Civil, para fijar una indeterminación a los cónyuges. Las modificaciones esenciales resultan a partir de la introducción de un nuevo texto en el numeral 2 del artículo 44 del Código Civil, que ahora establece que "el matrimonio reunirá las mismas condiciones y el mismo efecto aunque las dos partes contratantes sean del mismo sexo o de sexo diferente". La reforma es sin embargo radical ya que en ella se establece una asimilación completa de la situación jurídica de los dos tipos de relaciones, heterosexuales y homosexuales: además del matrimonio que se permite a las parejas homosexuales, se puede recurrir a la adopción y a la procreación asistida médicamente.

Incluso más allá de la esfera política, las reacciones institucionales fueron importantes. Al poco tiempo, la cuestión de la conformidad del proyecto con la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 fue evocada, tanto por el Consejo de Estado español como por el Consejo General del Poder Judicial;

ambos dudaron de su constitucionalidad, con el argumento de que el matrimonio, en el sentido constitucional, no podía ser más que heterosexual<sup>7</sup>. Y el 30 de septiembre de 2005, casi cuatro meses después de la entrada en vigencia de la ley<sup>8</sup>, un recurso de inconstitucionalidad fue invocado por los diputados del Partido Popular<sup>9</sup>. El argumento de los demandantes gira en torno a numerosas objeciones, a menudo mal documentadas. Entre estas objeciones, dos críticas principales surgen fundadas sobre el alcance de dos artículos de la Constitución: el 32 y 39. Al igual que las observaciones formuladas por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial, los autores de la apelación alegaron, en primer lugar, que la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil violaría el artículo 32 de la Constitución, dando al término "matrimonio" un significado distinto "que el que siempre ha tenido"; en segundo lugar, que el artículo 39 del texto sería desconocido por la posibilidad de adoptar ofrecido a las parejas del mismo sexo, violando la obligación de los poderes públicos para garantizar "la protección integral de los niños".

Por ocho (8) votos a favor, tres (3) en contra y una (1) abstención<sup>10</sup>, el Tribunal Constitucional rechazó la petición y sostuvo que la decisión de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo no atenta contra la institución matrimonial en particular a lo que la Constitución designa bajo el término "matrimonio", sin concebir que la ventaja en la posibilidad de la adopción de estas parejas casadas no desconocía el interés del niño. En apariencia sintética y clara, esta

7 - Consejo de Estado, Dictamen Nº 2628/2004 de 16 de diciembre de 2004, sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil en relación con el matrimonio (el Consejo de Estado español es un órgano consultivo del Gobierno español y los presidentes de las Comunidades autónomas, que no tienen facultades contenciosas); Consejo General del Poder Judicial (equivalente del Consejo Superior del poder judicial francés), estudio de fecha 26 de enero de 2005.

8 - Al contrario de lo que a veces ha sido reportado por la prensa francesa; cf. F. TANNEAU, "España: el matrimonio homosexual válido Tribunal Constitucional", *Le Monde* 6 de noviembre de 2012.

9 - Recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 conformada por setenta y dos miembros del grupo parlamentario del Partido Popular (PP) en el Congreso de los Diputados, de conformidad con el artículo 162 de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). La apelación fue admitida por el Tribunal mediante Providencia, emitida el 25 de octubre de 2005, de conformidad con el artículo 34 de la LOTIC.

10 - Por un auto, es decir, un pronunciamiento judicial, bajo el número 140 del 4 de julio de 2012, la Asamblea Plena Constitucional confirmó la solicitud de indulgencia por don Francisco José Hernando Santiago, que antes de ser nombrado juez en el Tribunal Constitucional, había servido en el Consejo General del Poder Judicial y había, en esa ocasión, dado a conocer su oposición a lo que estaba siendo un proyecto de ley para más adelante convertirse en la Ley 13 / 2005 (Consejo General del Poder Judicial, el Estudio 26 de enero de 2005).

solución no satisface menos a una avalancha de medios: fuera de la violación de los artículos 32 y 39, los demandantes invocaban confusamente aquellas de los artículos 9 numeral 3<sup>11</sup>, artículo 10 numeral 2<sup>12</sup>, así como también el artículo 14 (conjuntamente con los artículos 1 numeral 1, y artículo 9 numeral 2)<sup>13</sup>, artículo 53 numeral 1<sup>14</sup>, y artículo 167 de la Constitución<sup>15</sup>. Ante estas abundantes objeciones, el Tribunal Constitucional ha tratado de hacer el trabajo educativo y cuida desde el primer fundamento jurídico de la sentencia<sup>16</sup> para especificar el objeto del recurso. Por lo tanto, el tribunal no examina más que los eventuales desconocimientos de los artículos 32 y 39, que eran en realidad, las principales razones de inconstitucionalidad invocadas. En efecto, el éxito de la argumentación de los recurrentes dependía esencialmente de la respuesta dada a la cuestión de la definición constitucional del matrimonio. De su parte, la familia, si es evidente que no estaba ausente, nutría la remisión y, al igual que las otras objeciones, la validez de la apertura de la adopción que está directamente relacionada con la del

matrimonio. Además, también por la vía de la limitación de la investigación, todas las otras objeciones planteadas<sup>17</sup> son descartadas como inoperantes, no autónomas o infundadas<sup>18</sup>.

Finalmente, siete años después de la entrada en vigencia de la ley, y la celebración de un poco más de veintidós mil uniones<sup>19</sup>, es el conjunto de un nuevo dispositivo validado. Lo anterior es preocupante, ya que tal escenario no es exclusivo de España<sup>20</sup>. Es por tanto tan preocupante que parecía difícil, desde un punto de vista estrictamente jurídico, anticipar la solución finalmente tomada por el Tribunal Constitucional tanto en las disposiciones constitucionales como en la jurisprudencia relacionada, pudiendo ser objeto de diversas lecturas, incluso opuestas. Las posibilidades de éxito del recurso como de fracaso, podrían parecer igualmente probables. Ciertamente se objetará sobre el plano "estratégico", en un periodo en donde su prestigio fue largamente alcanzado, el Tribunal Constitucional podría ser cuidadoso de no provocar, una vez más<sup>21</sup>,

11 - "La Constitución garantiza (...) la responsabilidad de las autoridades y la interdicción de la arbitrariedad de su parte".

12 - "Las normas de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

13 - "Los españoles son iguales ante la ley; que no pueden ser objeto de discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

14 - "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo una ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de estos derechos y estas libertades (...).

15 - En este artículo se define el procedimiento de revisión de la Constitución.

16 - Los fundamentos jurídicos (FJ), designando y ocupando la segunda parte de la sentencia, establecen el razonamiento del juez para decidir el caso y corresponden con los considerandos de las decisiones de los tribunales constitucionales y administrativas francesas.

17 - Rechazado desde el principio de su razonamiento por el Tribunal Constitucional, basta con mencionar estos argumentos. Entre los medios que carecen de autonomía son las supuestas violaciones en los artículos 9, numerales 3, 10, 2, 53, párrafo 1, y 167 de la Constitución, su posible violación es de hecho directamente relacionado con el artículo 32, por lo que el Tribunal le hizo algunos comentarios. A continuación, desestima la queja, aunque autónoma, el Tribunal cree que es irrelevante. Este es el caso, en primer lugar, del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución. Del mismo modo, la referencia al artículo 9 de la Constitución se refiere simplemente a los argumentos sobre la violación de los artículos 14, 32 y 167 de la Constitución; los autores de la apelación tampoco afirman que la ley aprobada es el resultado de una "discriminación normativa" o que parece "absolutamente carente de base racional" (FJ 2 a y b).

18 - Las acusaciones en causa que no eran constitutivas de "causas de inconstitucionalidad autónoma" claramente parecen infundadas.

19 - 22,442 matrimonios entre personas del mismo sexo de acuerdo con las cifras de 2011 publicadas por el Instituto Nacional de Estadística Español.

20 - Como se recordará, por ejemplo, que el recurso de inconstitucionalidad del 27 de febrero de 1989 contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988, del 22 de noviembre, Sobre Técnicas de Reproducción asistida) fue juzgado la sentencia 116 del 17 de junio de 1999, mientras que el recurso contra el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, presentado el 31 de julio de 2006, se decidió por la sentencia 31 del 28 de junio de 2010.

21 - La revisión del recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, y la sentencia 31/2010, había atraído una considerable cantidad de críticas, incluso causando la organización de eventos.

la desconfianza de una parte de la opinión pública<sup>22</sup>. Por otra parte, desde un punto de vista político, varias personalidades del Partido Popular, algunos de los cuales son ahora ministros, habían dado a conocer en 2005 su oposición a toda acción contenciosa ante el Juez Constitucional contra la ley que posibilita el matrimonio a las parejas de mismo sexo<sup>23</sup>. Sobre el plano jurídico, el Tribunal no podía ser indiferente a las preocupaciones de seguridad jurídica. Lo cierto es que más allá de estas conjeturas, la sentencia 198/2012 resuelve la cuestión ampliamente controvertida que había acaparado el verdadero debate. Sin embargo, hay que lamentar que lo haga sobre la base de un razonamiento poco convincente, por lo que si la solución retenida parece bastante admisible, una motivación alternativa habría debido ser tenida en cuenta: haciendo prueba de una cierta audacia, el Tribunal Constitucional utiliza una mala motivación que admite la constitucionalidad de la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. La posibilidad de adoptar, reconoció a estas parejas casadas e indicadas en la estrecha dependencia de la definición de matrimonio que se encuentra igual y lógicamente validada.

## 1. EL RECONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO GAY

A la interpretación emitida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 198/2012 no le falta audacia, en el sentido de que el Juez Constitucional desvía aquí la principal objeción planteada por los solicitantes, resolviendo una controversia que venía desde hace varios años. A costa de un argumento largo y sinuoso, recurre a una interpretación que él llama "evolución" del artículo 32 de la Constitución y cierra el debate de la conformidad de la ley a esta disposición. Sin embargo, el lector no puede sino lamentar que se apoye en un razonamiento sin argumentos que debilita la solución final.

### 1.1. La "interpretación evolutiva" del artículo 32 de la Constitución

La principal contribución de la sentencia consiste en que aunque la doctrina había fracasado hasta ahora en llegar a una interpretación indiscutible del artículo 32, se levanta la prohibición constitucional "para abogar por el reconocimiento legislativo del matrimonio homosexual". En virtud de esta disposición, "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley determinará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad necesarias para el contrato, los derechos y deberes de los esposos, las causas de separación y disolución y sus efectos". Dicha escritura, en especial la referencia explícita de "hombre y mujer", había planteado dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma, a veces expresada con firmeza incluso militante, por algunos organismos del Estado. En este sentido, si la ruta de la "privatización" del matrimonio parecía comprometida, no todos los cambios se han completado y la jurisprudencia constitucional en sí, aunque ha sufrido cambios, no parecía claramente mirar en la dirección de una interpretación particular. El debate estaba en furor y el Tribunal Constitucional decidió valientemente fallar a favor.

Influenciada directamente por el derecho constitucional alemán y la teoría alemana de los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional española siempre ha identificado en el artículo 32 de la Constitución un contenido doble: por un lado, una garantía institucional al beneficio del matrimonio y por otra parte, un derecho subjetivo. De acuerdo a esta concepción, el matrimonio se presenta a la vez como una institución garantizada por la Constitución y al mismo tiempo, como un derecho fundamental subjetivo, al de "contraer matrimonio". Si bien es el "derecho a contraer matrimonio"<sup>24</sup>, es decir el derecho a casarse o no, es también el derecho a contraer

22 - De acuerdo con las encuestas de opinión, después de siete años de implementación, el matrimonio de parejas del mismo sexo ya no despertó las reservas y las divisiones que habían ido apareciendo en el momento de su adopción. El número de matrimonios del mismo sexo es modesta, en representación de entre 1,60 y 2,10% de todos los matrimonios celebrados cada año en España.

23 - Por cierto, el gobierno conservador de Mariano Rajoy ha indicado, a través de su Ministro de Justicia, desde el pronunciamiento de la sentencia, que no tenía la intención de derogar la ley.

24 - La ley española utiliza el término "Derecho a contraer matrimonio". Se refiere el numeral 1 del artículo 32 de la Constitución.

libremente matrimonio con la persona de su elección, esto ha sido invocado por los autores del recurso y es ante todo entorno a la garantía institucional del matrimonio que han construido su argumentación. Por lo tanto, es frente a este doble contenido, que el Tribunal debía examinar la ley con el fin de buscar por un lado, si ésta introducía la garantía institucional del matrimonio y por el otro, si ella introducía límites constitucionalmente inaceptables sobre el derecho a casarse; sólo la cuestión de la garantía de la institución del matrimonio retenía fundamentalmente la atención que nutría a una inconstitucionalidad real.

De manera más precisa, en el contenido de la garantía institucional, se argumentó que la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil cambió la institución del matrimonio para dar como resultado, su simple desnaturalización. En otras palabras, es posible que una naturaleza inherentemente heterosexual del matrimonio estuviera implicada. Desde este punto de vista, la pregunta era aparentemente sencilla: ¿la reforma en cuestión se diversifica simplemente en suposiciones del matrimonio o se transforma radicalmente, yendo así más allá de lo permitido por la Constitución? Para los autores de la apelación, todas las interpretaciones del artículo 32 que puedan ser seleccionadas, confirman la exclusión constitucional de parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio. En efecto, de acuerdo con una interpretación literal, la referencia que expresa al hombre y a la mujer, permite considerar que existe un "matrimonio de reserva constitucional para las parejas heterosexuales" y a su vez, la interpretación "sistemática" es decir, una lectura conjunta de los artículos 32, 39 y 58 de la Constitución llevaría, a la misma conclusión. Por último, una interpretación "auténtica", basada esta vez en los trabajos preparatorios de la Constitución conduce a la misma solución.

En el litigio constitucional, la garantía institucional se presenta tradicionalmente como un mecanismo para proteger a una institución determinada y reconocida

por la Constitución, en contra de los intentos del legislador para eliminar o desnaturalizar. De esta manera, se trata de "la existencia de una institución, es decir, un objeto jurídico instituido, que sólo existe por el efecto del orden jurídico estatal". En este sentido, sin confundirse con la dimensión objetiva del derecho fundamental implicado<sup>25</sup>, la garantía institucional complementa la dimensión subjetiva del derecho y el Estado no puede perjudicar el ámbito institucional protegido por él. Esta técnica "objetiviza" el derecho fundamental, pues ella convierte su contenido no sólo en la capacidad abstracta de actuar sino también en un desarrollo normativo de una determinada realidad, en este caso, el matrimonio. El Tribunal Constitucional ya había indicado que una garantía "no asegura un contenido o un dominio de competencias determinadas y definitivamente fijadas sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que ella reviste en la conciencia social en cualquier momento y en cualquier lugar". Además, leyendo la jurisprudencia, el alcance está constituido "cuando la institución está limitada", por lo que prácticamente se ven privados de sus posibilidades de existencia real como una institución para convertirse en simplemente un nombre. (...) En resumen, la única prohibición claramente identificable consiste en la ruptura clara y limpia con la imagen comúnmente aceptada de la institución (...).

Observando la preocupación de los constituyentes, que consistía en "desconectar matrimonio y familia para proclamar la igualdad de los cónyuges dentro de la institución, y de constitucionalizar la separación y con la disolución", sin preocuparse por otras cuestiones, el tribunal subrayó que el silencio del texto en relación con las otras características del matrimonio no permite atraer ninguna conclusión, en cualquier sentido que éste sea. El tribunal eligió usar un supuesto metodológico según el cual es la lectura dinámica del texto constitucional la que debe ser privilegiada: "la Constitución (...) a través de una interpretación progresiva, acomoda las realidades de

25 - Los límites de esta clasificación, que distingue con propósito defensivo, subjetivo y efectos objetivos de los derechos fundamentales, se destacaron por D. Capitán, op. cit., espec. p. 189 y s.; sin embargo, en lugar de preferir la distinción entre la función funciones negativas y positivas, el Tribunal Constitucional sigue utilizándolo, razón por la cual se hace referencia.

la vida moderna (...) no sólo porque es un texto cuyos principios son aplicables a los supuestos que los redactores no previeron, sino también porque los poderes públicos (...) actualizan lentamente estos principios y porque el Tribunal Constitucional (...) dota las normas de un contenido que se puede leer en el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y necesidades de la sociedad actual (...)" La interpretación del artículo 32, y principalmente la garantía institucional que ésta contiene, debe en consecuencia, ser hecha teniendo en cuenta la visión "plural" de la institución del matrimonio, lo que puede permitir la inclusión de otra forma de unión: la pareja estable formada por dos personas del mismo sexo.

Aunque el cambio es innegable, después de la reforma, la institución del matrimonio no es menos organizada en términos compatibles con la imagen que la sociedad española tiene del matrimonio hoy en día. Dado que la naturaleza de la unión heterosexual no hace parte, según el Tribunal Constitucional español, de las características esenciales del matrimonio<sup>26</sup>, el legislador ha simplemente hecho uso de la competencia que él dispone en materia de la organización de la institución, sin sobrepasar los límites establecidos por la Constitución<sup>27</sup>. No sobra más que examinar el contenido del derecho fundamental, entendido en su sentido subjetivo, lo que a su vez, no suscitara reales controversias: ni la regla de la igualdad jurídica entre los cónyuges, ni aquella del mutuo consentimiento, ni la pluralidad de derechos y deberes inherentes al matrimonio, sin más ventajas que el derecho a no casarse, se vieron obstaculizadas o desnaturalizadas, en la medida en que la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales en nada privan a las parejas heterosexuales de las facultades que ellas disponen previamente y prosiguen a escoger libremente si se casan o no. Y en esta etapa de su razonamiento, el Tribunal Constitucional no puede más que concluir según una fórmula similar a la

utilizada por el Consejo Constitucional francés: no corresponde al Tribunal Constitucional "examinar la conveniencia o pertinencia de una elección tomada por el legislador, sin más que la de determinar si se trata de la mejor o la más adecuada solución posible". Sin embargo, es de lamentar que esta solución está sentada en una mala motivación.

## 1.2. Una motivación inadecuada

La intención era loable y los resultados notables. Es posible criticar que el razonamiento desplegado, haya sido mal construido y muy frágil, así como la solución a la que se llegó. En efecto, frente a las lecturas contradictorias que parecían hechas a partir del texto constitucional, el Tribunal Constitucional decidió hacer prevalecer la conciliación. Pero el camino recorrido para lograr esto parece cuestionable, al menos en dos puntos: que la solución pareció estar hecha, por un lado, por vacilaciones y recurriendo, por otra parte, a la dudosa noción de "cultura jurídica".

Por otra parte, las indecisiones nacen de la estructura de la misma motivación. Estas son las tres bases jurídicas que son consagradas a la cuestión del cumplimiento del nuevo marco legislativo del matrimonio con el artículo 32 de la Constitución. Ahora bien, el recurso parece resuelto desde el comienzo, ya que el juez constitucional escoge una interpretación evolutiva de la Constitución, según la cual, el nuevo dispositivo no es contrario al artículo 32, siendo el matrimonio hoy en día una noción "plural" de las uniones estables entre personas del mismo sexo. Pero antes de que se conserve esta premisa metodológica, el Tribunal ya había realizado una doble afirmación: en primer lugar, si los redactores de la Constitución de 1978 no consideraron el matrimonio de parejas del mismo sexo, ellos no lo han excluido; y, en segundo lugar, la libertad y la igualdad garantizada por la Constitución no son aplicables exclusivamente a los matrimonios

26- La sentencia menciona tres características: la igualdad de los cónyuges, el libre albedrío para casarse con la persona de su elección y la manifestación de esa voluntad.

27 - « (...) no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador (...), dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente (...) ».

heterosexuales, sino que también se benefician las uniones homosexuales<sup>28</sup>. Por lo tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo "es una opción no excluida por el constituyente". El punto más discutido del caso, que suscita todavía algunas dudas, aparece de alguna manera "prejuizado", lo que siguiendo el razonamiento, no viene a negar lo contrario. Tomamos como evidencia el hecho de que una vez esta objeción fue aparentemente descartada, los desarrollos sustanciales fueron consagrados como una supuesta violación del derecho fundamental a contraer matrimonio, en el que nadie sostenía seriamente que ella pudiera ser demostrada en este caso.

Por otra parte, y este es el elemento más desestabilizador, el Tribunal optó por regresar a la noción de garantía institucional, ya discutida en detalle, para enfatizar que lo cuestionado en la dimensión subjetiva del derecho fundamental a contraer matrimonio, la garantía institucional lo fusiona con su contenido esencial. En ambos casos, la reclamación pretende alcanzar una eventual ruptura de la "imagen de la institución en la cultura jurídica" y su "buen funcionamiento". Por otra parte, se ha dicho que la cuestión de constitucionalidad no parecía ser ¿la cuestión no ha sido ya resuelta? Esa es la conclusión que parece alcanzar el propio Tribunal Constitucional: después de haber indicado una distinción poco convincente donde la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil permite que "el ejercicio del derecho se realice con una persona del mismo sexo", lo que no corresponde a "un aumento en la lista de titulares del derecho individual, sino a una modificación de las formas de su ejercicio"; consagra nuevos desarrollos al contenido esencial del derecho al descartar la idea de que el artículo 32 obligaría al legislador a reservar el matrimonio a las parejas heterosexuales. Aquí es difícil seguir la lógica, especialmente una vez que la referencia a la noción de garantía institucional parece reconocer inmediatamente que se trata de un elemento de retórica. De hecho, el concepto fue

acuñado para hacer frente a la falta de efectividad de los derechos y las libertades del legislador, con el fin de conferirles una forma de indisponibilidad frente a las acciones del parlamento; el uso de esta categoría legal es por lo tanto superflua actualmente en un estado de derecho constitucional como España.

Sin embargo, el Tribunal todavía utiliza al momento de poner en marcha una "interpretación evolutiva" de la Constitución, basada en la "cultura jurídica" y una motivación más dudosa todavía. Desde este punto de vista, si el recurso expreso al argumento del derecho comparado es frecuente en el contencioso constitucional español, es raro que este tome una dimensión comparable a aquella que reviste en este caso. En efecto, la sentencia no se limita sólo al recuerdo de una jurisprudencia extranjera, sino que basa su argumento en el razonamiento del Tribunal Supremo de Canadá al adoptar una visión comparable a lo que está en un texto constitucional: "un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se adapta a las realidades de la vida moderna para garantizar su propia importancia y legitimidad, no sólo porque se trata de un texto cuyos principios son aplicables a hipótesis que sus redactores no habían imaginado, sino también porque los poderes públicos, en especial el legislador, actualizan estos principios lentamente y porque el Tribunal Constitucional cuando controla la adecuación constitucional de estas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permite leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y las exigencias de la sociedad actual a las cuales la norma fundamental del ordenamiento jurídico debe dar respuestas, bajo el riesgo en el caso contrario, de quedar como letra muerta".

Y agrega que esta lectura "evolutiva" de la Constitución, que opta por aplicar "expone el concepto de cultura jurídica". Este último se construyó "no solamente a partir de una interpretación literal, sistemática u original de textos normativos" sino igualmente a

28- Por otra parte, está la posición adoptada por el legislador en el preámbulo de la Ley 13/2005: "(...) la Constitución, dando al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye una enmarcación que concibe las relaciones pareja de manera diferente a la que ha prevalecido hasta ahora, un marco que les daría a nuevas formas de relaciones afectivas."

partir de "la observación de la realidad social que puede ser de importancia a la ley, sin que esto lleve a reconocer una fuerza normativa directa a los hechos" bajo la mirada de las "opiniones de la doctrina jurídica" del derecho comparado, "con la actividad internacional de los Estados", de la jurisprudencia Europea y comunitaria y las opiniones expresadas en el marco del sistema de las Naciones Unidas<sup>29</sup>. Por eso, en su opinión, la garantía institucional del matrimonio debía ser el objeto de una relectura teniendo en cuenta los cambios en la sociedad.

¿Por qué utilizar un argumento ambiguo y confuso? El legislador tiene, en efecto, no solo la obligación de respetar las estructuras fundamentales de la institución sino también, la obligación de adaptar la legislación vigente a la evolución del contexto social en el que se ha registrado, con el fin de garantizar la preservación de esta institución en sus características. Se hace innecesario acudir a la jurisprudencia canadiense y la metáfora del "árbol vivo"<sup>30</sup>. El concepto de garantía institucional, no asegura la petrificación de la mencionada institución, pero supone por el contrario, su naturaleza evolutiva y la apertura a los cambios sociales; en consecuencia, nada impide al legislador ampliar la institución con el fin de incluir nuevas hipótesis, en tanto que él le reste importancia al margen de maniobra del que dispone y le impida encontrar una prohibición constitucional expresa. Esto no atenta en contra del texto constitucional ya que en esta materia, la única restricción que resulta de la Constitución consiste en la prohibición para la nueva ley, de eliminar o alterar sustancialmente los elementos esenciales, es decir, el núcleo duro de la institución garantizada. Ciertamente, se refutará

entonces en este punto, que es claro que el matrimonio heterosexual constituye precisamente uno de los elementos esenciales. Sin embargo, ¿por qué deberíamos deducir que el reconocimiento legal del matrimonio homosexual atenta contra estos elementos esenciales? ¿Cómo la admisión de una nueva forma de matrimonio atentaría la autorización -perdurable-, del matrimonio entre un hombre y una mujer en elementos intangibles de la institución? Este núcleo duro no es garantía para impedir desarrollos posteriores de la institución, susceptibles de aumentar su alcance, pero, por el contrario, con el fin de impedir toda restricción legislativa que resultaría en la eliminación de esta institución<sup>31</sup>.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional habría podido contentarse con constatar que la apertura del matrimonio podría ser considerada como el resultado de la evolución social. En lugar de esto, optó por multiplicar las justificaciones, y recurrir a una motivación cuestionable<sup>32</sup>. El rol del juez constitucional no es para decir si la ley se ajusta a la Constitución, sino para decir si ella es o no contraria. El hecho de que el diseño de una institución se transforme un poco, tiene que ver con una interpretación evolutiva de la Constitución; es el contenido de la garantía institucional que ha cambiado y no el sentido que el juez constitucional entiende con la intención de unir esta institución en el caso del matrimonio, salvo para él dejar su oficio y convertirse en "poder constituyente permanente"<sup>33</sup> e incurrir en la crítica del "gobierno de los jueces", además de que la constitucionalidad del matrimonio fue adquirida, la posibilidad de adoptar fue subsecuentemente validada.

29- El juez constitucional añadió que teniendo en cuenta todos estos elementos, se requiere por el propio texto constitucional a través de su artículo 10, numeral 2 de la Constitución que establece que "las normas para los derechos y las libertades fundamentales reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de los derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

30 - Tal metáfora está obligada a ser comparada con el tiempo de referencia por la Corte Suprema de los Estados Unidos de los derechos que resulten de las emanaciones de la Declaración de Derechos, en particular en la sentencia *Griswold v. Connecticut* 1965.

31- Además, algunos comentaristas han fallado en no señalar que no podía apoyar "la reforma legislativa desfigurando algo que ha dejado absolutamente intacto".

32 - Opinión concurrente independiente hecha por el magistrado Manuel Aragón Reyes al final: "Si el diseño de una institución no es unánime, sino plural, es decir, si lo es, en términos constitucionales, de un tema debatido, hay que aplicar la máxima *in dubio pro legislatoris*".

33 - Opinión concurrente independiente hecha por el magistrado Manuel Aragón Reyes.

## 2. LA CONSTITUCIONALIDAD SUBSECUENTE DE LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR OFRECIDA A LAS PAREJAS CASADAS DEL MISMO SEXO

La única demanda formulada contra la posibilidad de adoptar ofrecida a las parejas casadas del mismo sexo, residía en el logro que sería así alcanzado a la protección del interés del niño. Esta preocupación no solo reenviaría de manera más general a la cuestión sobre la definición de la familia, sino también a la problemática de la facultad ofrecida al legislador de distinguir entre diversos tipos de familia. La admisión a la adopción, en favor de las uniones del mismo sexo resulta de una definición liberal de la familia, a raíz de una jurisprudencia ampliada, permitiendo al juez esta vez, a través de breves desarrollos, validar la asimilación de las uniones heterosexuales y homosexuales en los derechos inherentes al matrimonio.

### 2.1. La confirmación de una definición liberal de la familia

El matrimonio de las parejas del mismo sexo, como definición de familia, ya había ocupado, aunque en diferentes proporciones, las reflexiones del Juez Constitucional español. En particular, el concepto de familia, determinante frente a la admisión de la adopción por parte de parejas homosexuales, llamó la atención del Tribunal Constitucional español, quien tomando acto de las reformas de la Constitución de 1978, estableció una visión bastante liberal de lo que se entiende por "familia".

Por una parte, la familia legítima desde la perspectiva de su diferenciación con las uniones de hecho, en particular homosexuales para lo que nos interesa, habría nutrido desde los años 1990, el litigio constitucional. A propósito, especialmente para parejas del mismo sexo, el Tribunal consideró que la diferencia fundamental existente entre parejas de distinto sexo y aquellos que deseaban unirse con una persona del mismo sexo, fue el hecho de que los primeros tenían la opción de escoger entre una unión

formalizada o una coexistencia ampliamente libre encuadrada en lo normal, mientras que los segundos no se benefician de esta alternativa. Por lo demás, el Tribunal había admitido que la diferencia de trato entre las parejas casadas y no casadas era regular y en 1994 reenvió al legislador para sus responsabilidades. En este sentido, es sobre la base de los artículos 32 de la Constitución y 44 del Código Civil que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los conceptos de la Dirección General del Estado Civil habían sido construidos y rechazaban la celebración de la unión de dos personas del mismo sexo<sup>34</sup>.

Sin embargo, algunas señales podrían sugerir que la posición del Tribunal Constitucional no estaba fija. De hecho, se considera que "como la coexistencia de facto de una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución legalmente controlada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, a diferencia del matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional que hace nacer *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes". Por lo tanto, según él, había que "admitir la plena constitucionalidad de un principio heterosexual como calificativo del vínculo matrimonial (...); de tal suerte que los poderes públicos pueden reservar un tratamiento privilegiado a la unión familiar constituida por un hombre y una mujer (...)". Sin embargo, agregó de inmediato que esto "no excluye que el legislador pueda establecer un sistema que las ponga en igualdad, gracias al cual las parejas homosexuales puedan beneficiarse de todos los derechos y beneficios vinculados al matrimonio, según lo propuesto por el Parlamento Europeo". Manteniendo una cierta ambigüedad, esta decisión no abogaba por una apertura del matrimonio ni a los derechos que son ligados a las parejas del mismo sexo, sin más ventaja que su oposición. El Tribunal Constitucional tuvo la precaución de decidir en cierto sentido, prefiriendo sin duda alguna proporcionar flexibilidad para el futuro. Por otra parte, la alejada solución intervenía antes de lo que algunos han llamado "los cambios radicales de mentalidades que tienen lugar

34 - Decisión 222/1994: esta sentencia se profirió ante la negativa de aprobar una pensión de supervivencia para una pareja homosexual.

a finales de 1990<sup>35</sup>, y por la vía de una simple decisión. Probablemente consciente de estas incertidumbres, el Tribunal Constitucional tomó aquí la precaución de precisar el alcance de esta orden: "no se puede deducir de forma automática que el matrimonio heterosexual es la única opción constitucionalmente legítima".

Además, una cierta ambigüedad se mantuvo frente a las evoluciones en el trabajo en las comunidades autónomas españolas. De hecho, desde 1998, estos últimos han aprobado leyes relativas en materia del marco regulador de las parejas estables del mismo sexo, en algunos casos otorgándoles el derecho a adoptar<sup>36</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha retrasado constantemente el momento de decidir sobre la cuestión de conformidad con la Constitución de algunas de estas nuevas disposiciones. Por otra parte, incluso antes de la sentencia 198/2012, hubo un rechazo para conocer la constitucionalidad de la ley 13/2005, cuando había sido impugnada por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Entre los jueces a cargo de mantener los registros del estado civil, algunos impugnaron en bloque la conformidad de la ley con la Constitución, mientras que otros invocaron su derecho a la objeción de conciencia para escapar de su deber. En todas estas ocasiones, el Juez Constitucional logró escapar de un juicio sobre el fondo del asunto rechazando las cuestiones de inconstitucionalidad como improcedentes, ya que los jueces no actuaban cuando estaban en función del estado civil, como órganos judiciales sino como agentes del Ministerio de Justicia<sup>37</sup>. En cualquier caso, la inadmisibilidad no permite extraer conclusiones definitivas sobre el posible éxito de la acción de inconstitucionalidad al mismo tiempo.

Por otra parte, en cuanto a la familia considerada de forma más general, en esta ocasión el Tribunal Constitucional español había tomado nota de la evolución marcada por la Constitución de 1978: el nuevo texto constitucional, portador de una mutación considerable pone el acceso al matrimonio como un derecho autónomo frente a la familia en la que estuvo vinculado hasta ahora tradicionalmente. El matrimonio es desde entonces diferenciado de la familia. En el sentido constitucional, la familia no solo está conformada después del matrimonio, sino que cubre también otras formas de convivencia afectiva conservando la constitución una concepción amplia de los lazos familiares. Ella representa una realidad afectiva que no se limita a las relaciones padre - hijo, sino que debe, en cambio, extenderse a las relaciones sentimentales ascendientes - descendientes y las relaciones afectivas que no necesariamente coinciden con la sangre y con la reproducción. Así, la sola existencia del lazo afectivo es suficiente para crear una familia en el sentido del artículo 39 de la Constitución. Desde este punto de vista, el Juez Constitucional ya señalaba la libertad de organización que dispone el legislador, con el fin de no pasar por alto la existencia de uniones de hecho. Solo desde esa perspectiva, era posible argumentar que el Tribunal no dejaría atrapados en la "batalla de los expertos" en torno a la cuestión de la educación de los niños por parte de parejas homosexuales, pues se sabe que todavía no ha habido respuesta científica indiscutible<sup>38</sup>. Esto se reveló tan cierto, que la concesión del derecho a adoptar a las parejas homosexuales estaba relacionada con la apertura del matrimonio.

35 - Según F. Rey Martínez, el "panorama cambia por completo durante los últimos años de la década de 1990 a partir del desarrollo del derecho comparado, especialmente el derecho europeo" op. cit., p. 116.

36 - La Ley Foral de Navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables, concede, desde el año 2000, el derecho de adoptar a las parejas del mismo sexo. Sugiere que, en su razonamiento, la Constitución Española imponga una concepción amplia de la familia, de modo que la no ampliación de los derechos inherentes al matrimonio heterosexual a las uniones homosexuales estables, sea una discriminación constitucionalmente inadmisibile.

37 - De conformidad con los artículos 163 de la Constitución y 35 de la LOTC: sentencias ATC 505/2005 y ATC 508/2005 de 13 de diciembre, el Consejo General del Poder Judicial, por su parte, había reprendido a los jueces, en el acuerdo de asamblea plena, señalando que no podían escapar al ejercicio de las funciones legalmente establecidas, lo que confirma su sumisión a la ley (art. 117, párr. 1, de la Constitución).

38 - Para una revisión de estos elementos, v. gr. la extensa bibliografía citada en Rodríguez B. Ruiz, op. cit., p. 78. La decisión de un juez de familia de Pamplona había causado un gran revuelo en el año 2004 mediante la aplicación de la ley de Navarra en julio de 2000, que había concedido la adopción de dos niñas menores a una pareja de lesbianas. A juzgar en este caso, el interés superior de los niños estaba garantizado por la persona que adopta, en la medida en que ella era la pareja de la madre biológica durante siete años y que juntas habían utilizado la reproducción médica asistida para estos niños, tras el acuerdo del centro de planificación familiar.

## 2.2. La validación de la asimilación de las uniones heterosexuales y homosexuales

La posición de los solicitantes se basa en la idea de que las parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta la identidad sexual de ambos padres, no podrían garantizar un hogar ni la educación de una persona adoptada de conformidad con el requisito de la "protección integral de los niños" que plantea el artículo 39, numeral 2, de la Constitución<sup>39</sup>. Según ellos, la ley impugnada "haría prevalecer la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales sobre los intereses del niño (...) así como la idoneidad de los adoptantes". En este sentido, ya que no han dejado de recordar a los autores de los tres votos disidentes formulados en el resultado de la sentencia<sup>40</sup>, la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los menores, o las modalidades de la puesta en marcha de dicha protección, era muy abundante, pero los desarrollos que son consagrados sobre esta cuestión en la sentencia son bastante reducidas<sup>41</sup>. El juez Andrés Ollero Tassara resalta así en su voto disidente, que está "sorprendido de que la cuestión haya sido resuelta con tanta prontitud".

No hay nada sorprendente en ello, pues el Juez Constitucional lo había indicado desde el inicio de su motivación ante su decisión; la finalidad de esta objeción dependía en gran medida de la solución propuesta sobre el matrimonio. En efecto, la ley tiene la intención de asimilar en todos los puntos el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual, de tal suerte que el nuevo artículo 175, numeral 4 del Código Civil establece ahora que:

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando la adopción se lleva a cabo al mismo tiempo o secuencialmente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado posteriormente a la adopción, permite a la persona casada adoptar el hijo de su

cónyuge. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sea privado de sus derechos en virtud del artículo 179, una nueva adopción de la persona adoptada es posible<sup>42</sup>.

Debido a que no existe una diferencia en la situación prevista por el orden jurídico, es difícil justificar una disparidad en el tratamiento entre estas uniones.

El Tribunal Constitucional se conforma entonces con recordar los principios que rigen el procedimiento de adopción y, en particular, las modalidades de la forma para tener en cuenta el interés del niño adoptado: este interés está protegido en cada caso a través del control al cual se encuentran sometidas las personas que desean adoptar, independientemente de su orientación sexual. Está implícitamente planteado que, tan pronto como se presente el control, (que es el mismo independientemente del matrimonio en cuestión) no es posible sostener que el interés del niño es ignorado o que este se tiene menos en cuenta en una hipótesis que en otra, salvo para sostener que tal control debería ser diferente de acuerdo a la orientación sexual de las personas adoptantes. Estimar que el control en cuestión debe ser diferenciado, llevaría a sostener que cuando la pareja que desea adoptar no es heterosexual, no debe ser autorizada para hacerlo o que debería ser objeto de una supervisión reforzada. Salvo que se desee establecer la discriminación, la jurisprudencia Constitucional exige la demostración de una diferencia en la situación que los solicitantes no alcanzan a establecer. Además, para apoyar su argumento, como de costumbre, el Tribunal cita numerosos extractos de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular la sentencia Fretté de 26 de febrero de 2002. Aunque la Corte haya juzgado con una débil mayoría el rechazo de las autoridades francesas, la adopción por parejas homosexuales no es contraria a los artículos 8 y 14 de la Convención

39 - Artículo 39: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley hará posible la determinación de la paternidad. (...)".

40 - Votos disidentes expresados por los jueces Juan José González Rivas, Andrés Ollero Tassara y Ramón Rodríguez Arribas.

41 - Para la comparación, se observó que ocupan menos de 4 páginas, mientras que son un poco más de 17 páginas están dedicadas al examen del cumplimiento del nuevo artículo 44 del Código Civil en el artículo 32 de la Constitución.

42 - El artículo 179 del Código Civil español se ocupa de las consecuencias que acarrearán la pérdida de autoridad de los padres con respecto al adoptado.

Europea de Derechos Humanos, más allá de la solución específica, se señaló que esta decisión, incluyendo su redacción, era susceptible de anunciar una evolución en la materia.

El Tribunal Constitucional español, por su parte, considera que el Tribunal de Estrasburgo no hizo más que reconocer un importante margen de apreciación otorgado a los estados partes en la convención sobre la adopción, resultado de una ausencia de consenso; para el resto, agregó que "el Estado debe asegurarse que las personas elegidas para adoptar sean aquellas que puedan ofrecer desde todos los puntos de vista, las más favorables condiciones acogidas y, en este aspecto, no hay certeza que permita afirmar actualmente que estas condiciones no pueden ser proporcionadas por una pareja homosexual", es decir, no hay argumento objetivo y razonable susceptible de justificar el rechazo del derecho a adoptar a una pareja homosexual casada, que, por tanto, esté en la misma situación que una pareja heterosexual casada.

En realidad, el juez constitucional va aún más lejos, ya que considera que la elección hecha por el legislador en 2005 tiene precisamente por objeto diferir la obligación nacida del artículo 39 de la Constitución: la posible infracción del artículo 39, numeral 2, no podría resultar sino de una legislación que no garantizaba la preservación del interés del menor que es el objetivo principal del proceso de adopción. Sin embargo, las disposiciones del Código Civil, por el contrario, prevén que la decisión jurisdiccional que autoriza la adopción deberá basarse siempre en los intereses del niño adoptado y la actitud del adoptante o adoptantes para ejercer la autoridad parental, "adecuación que no puede estar relacionada con su orientación sexual". Esta solución es el resultado del punto de vista adoptado sobre el matrimonio: a partir del momento de la apertura del matrimonio se juzgó conforme a la

Constitución, el nuevo derecho que está relacionado y que responde a la voluntad de asimilar el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual, que en ausencia de la incapacidad científicamente establecida para criar un niño, no puede ser validada. La opinión disidente del juez González Rivas no es equivocada, pues subraya claramente el vínculo entre estas dos cuestiones: "la adopción conjunta no puede ser puesta a disposición de los miembros de una pareja del mismo sexo, porque el pronóstico constitucional que resulta del artículo 32.1 protege el matrimonio en su estructura básica, entendida como la unión entre dos personas de distinto sexo, lo que produce consecuencias de carácter vinculante para todo el derecho de familia, incluyendo la afiliación y relaciones entre padres e hijos"<sup>43</sup>.

Finalmente, la brevedad del tribunal podría ser resaltada: éste nutre la reflexión de los observadores sin que se comprometa en afirmaciones asimilables a la expresión de opiniones en lugar de la presentación de demostraciones rigurosas sin silenciar cualquier controversia. Lamentamos entonces que más allá de la validación de todo el sistema, no haya sido capaz de mostrar el mismo ascetismo en la formulación del conjunto de su motivación. Presionado entre el martillo de un modelo de matrimonio que no podría estar expresamente modificado sin pasar por una reforma al artículo 32 de la Constitución, y el yunque de la prohibición de todo tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales estables que no sería justificado por solidas razones, el tribunal ha dirimido a favor de la conciliación. Confrontado una vez más, con una importante evolución de la sociedad española, el juez constitucional, a pesar de que podría fácilmente haber llegado a la misma solución privilegiando una cierta economía de medios que puedan garantizar una mayor fuerza a su argumento, sobrevienen algunos desarrollos superficiales que generan el riesgo de aumentar una polémica apenas iniciada.

43 - Opinión disidente independiente formulada por el magistrado Juan José González Rivas. Y las opiniones divergentes expresadas por los otros dos jueces conservan el mismo análisis que para el enlace lógico entre la cuestión del matrimonio y de la adopción; Andrés Ollero Tassara observa que "el cuestionamiento sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual (...) lógicamente cumple con las condiciones de la admisión de una posible adopción de menores como parte de ella", mientras que Ramón Rodríguez Arribas apoya que "relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye una 'vida privada', pero no una 'vida familiar'".

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcaraz, H. y Lecucq (2009). "El estado de las autonomías después de suspender el Tribunal Constitucional español sobre el nuevo Estatuto de Cataluña" RFDA de 2011, N° 2, p. 403.
- Alcaraz, H. (2009). "La libertad fundamental del matrimonio en España", en J-J Lemouland y Lecucq O. (ed.) La libertad fundamental a contraer matrimonio, Aix-Marsella, Prensa de la Universidad de Aix Marsella, Francia. P.63.
- Alcaraz, H. (2013) « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », RFDA, 2013, n° 5, p. 986
- Alfageme, (2005) "Obispos cargados y Altos mandatarios del PP arrojan la Manifestación Contra las bodas gays" El País, 19 de junio.
- Barrero, Ortega. (2007). "El debate sobre la legislación matrimonio homosexual en España," RFDC, No. 70, p. 249.
- Bercovitz, R. (2003). "La Competencia para legislar sobria parejas de hecho" Derecho Privado y Constitución de 2003, No. 17, p. 61 y ss., Spec. p. 67
- Capitant, D. (2001) El efecto legal de los derechos fundamentales en Alemania. París, LGDJ, p. 175.
- Contreras, P. (2007) "La Constitución y la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio", en Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo, Madrid, Documentos del instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, p. 89.
- Díez Picazo, L. (2007). "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", InDret, p. 8
- Freijedo, B., Menéndez, V., Rodríguez, R., Corral, A. y Sarasola, F. (1978), en general Teoría de los Derechos Maestro en la Constitución Española Madrid, Tecnos, Spec. p. 45 ys.
- Gómez, Y. (1990). Familia y matrimonio en la Constitución Española 1978. Madrid. Publicaciones del Congreso de los Diputados, spec. p. 180
- Instituto Español Nacional de Estadística (INE). (2011) Recuperado de: <http://www.ine.es>
- Martínez, F. (2005). "homosexualidad y Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 73, p. 111.
- Martínez, R. (2011) cit., p. 116; B. Rodríguez Ruiz, « Matrimonio, género y familia en la Constitución española : trascendiendo la familia nuclear », Revista española de derecho constitucional, n° 91, p. 77
- Martínez, R., Civitas, T., Díez Picazo, L. (2008) Sistema de derechos fundamentales, Pamplona cit., p.150, 3a ed., p. 60.
- Naranjo de la Cruz, R. (2013) "matrimonio homosexual Categories jurídicas allí," Revista General de Derecho Constitucional, N ° 17 (octubre), p. 6.
- Portilla, M. (2012). "Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo y Tribunal Constitucional: una sobria ensayo los Constitucionalidad Del Primero y Los Límites de la Actuación del segundo" Revista General de Derecho Constitucional, 5, p. 5.
- Trevijano, G., Navarro, S. y De Esteban, J. (2004) Tratado de Derecho Constitucional, Madrid, Universidad Complutense, Tomo II, p. 146
- Villalón, P. Cruz, 2009. "El estado de la Corte Constitucional", en P. Bueno (eds.) Treinta años de aplicación de la Constitución Española, Daloz, p. 156.
- Zoller, E. (2000) Gran Tribunal Supremo de los Estados Unidos, París, PUF, p. 679.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

- L. 13/2005. Ley de 1 de julio de reforma del Código Civil en relación con el matrimonio, BOE n° 157, de 2 de julio de 2005, p. 23632.
- L. 6/2000. Ley Foral de Navarra de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.
- L. 2/2010. Ley orgánica de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.



ARTÍCULO DE REVISIÓN



# Terrorismo Yihadista entre la realidad jurídica y la dogmática ideológica

## *Jihadist terrorism between legal reality and ideological dogma*

**Absaoui Imad**

Profesor Universidad Complutense de Madrid (UCM) - España  
imadtangier@gmail.com

Recibido: 24/04/2016 Aprobado: 15/09/2016

### RESUMEN

Este artículo pretende indagar un fenómeno tan controvertido como es el "Terrorismo Yihadista" con el objetivo de intentar dar respuesta a los interrogantes suscitados acerca de los fundamentos, la génesis y el desarrollo histórico del Yihadismo; todo ello a través de una aproximación ideológica y jurídica al fenómeno terrorista.

Para cualquier estudioso del tema, enfrentarse a la investigación del terrorismo Yihadista representa una gran dificultad y un objeto de estudio particularmente espinoso. Un fenómeno histórico-social atemporal, cuyas inevitables implicaciones políticas e ideológicas han sido el fundamento de una dicotomía entre las diversas corrientes de opinión en el momento de abordar el problema. Dicha fragmentación se produce tanto en las ciencias políticas y sociales, como a nivel jurídico.

Antes de hablar del terrorismo Yihadista, el cual se inspira en la doctrina salafista, es primordial ubicar el fenómeno en su contexto desde una perspectiva ideológica y cultural del fenómeno. El salafismo wahabí, basado en una radical y ortodoxa interpretación de la ideología islamista, representa una cuestión fundamental para una posible explicación del terrorismo Yihadista. Por ello, este trabajo pretende analizar a fondo esta dogmática doctrina del Islam.

Por otra parte, el terrorismo Yihadista constituye una cuestión jurídicamente controvertida que crea interrogantes de naturaleza normativa y legislativa entre los expertos. Se estudiará la vigente legislación española antiterrorista, con una dedicación especial a la reforma de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Penal; Estado Islámico; Islam; Terrorismo; Yihadismo.

### ABSTRACT

This article aims to explore such a controversial topic as "Jihadist Terrorism" in order to answer questions related to the basis, the genesis and historical development of the jihadist phenomenon. All this is conducted through an ideological and legal approach.

For any researcher in this subject area, exploring jihadist terrorism in depth presents great challenges as it is a particularly complex subject of study. This is a timeless historical-social phenomenon with certain political and ideological implications that have been the foundation of a dichotomy between the various schools of thought at the time of addressing the problem. Such fragmentation occurs not only at the level of Political and Social Sciences but also at a legal level.

Before speaking about jihadist terrorism, which is inspired by the Salafi doctrine, it is essential to place the phenomenon in its conceptual context from an ideological and cultural perspective. The Wahhabi-Salafism, based on a radical and orthodox interpretation of Islamist ideology, presents a key issue with regards to a possible explanation for jihadist terrorism. Therefore, this work aims to analyze in depth this dogmatic doctrine of Islam.

On the other hand, jihadist terrorism constitutes a legally controversial issue which creates questions of political and legislative nature among experts. One must study the current Spanish legislation with a particular focus on the reform of the Organic Law 2/2015 of 30 March which modifies the Organic Law 10/1995 of 23 November from the Penal Code related to terrorist crimes.

## KEYWORDS

Criminal Law; Islam; Islamic State; Jihadism; Terrorism.

---

## INTRODUCCIÓN

El terrorismo en general y, especialmente el que se centra en la ideología islámica, amenaza la estabilidad y la paz del mundo entero. No existe ningún Estado que no haya sufrido las consecuencias de este peligro.

El presente artículo pretende escudriñar un fenómeno tan controvertido como es el "Terrorismo Yihadista" a través de una aproximación ideológica y jurídica. Al Qaeda y el Estado Islámico han supuesto un rotundo antes y después en la política internacional de los Estados, así como en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

El análisis sobre el terrorismo Yihadista no cuenta con una ciencia o con una rama del conocimiento o de actividad académica que pudiera desentenderse de las otras para interpretar un fenómeno tan complejo, enigmático y sobre todo lleno de incertidumbres. La sociología, la ciencia política, el derecho, la psicología e incluso la psiquiatría pueden aportar luz sobre las causas y las consecuencias del terrorismo<sup>1</sup>.

Investigar y examinar el arsenal jurídico que se halla vinculado al terrorismo es una labor necesaria, pero no suficiente para llevar a cabo una comprensión satisfactoria del fenómeno. Las leyes y especialmente la legislación penal, son imprescindibles para luchar contra el radicalismo. El derecho punitivo

---

1.- Después de los hechos acaecidos el 11 de septiembre de 2001, el terrorismo no sólo se convirtió en una prioridad en materia de seguridad, sino que también pasó a ocupar un sitio importante en la opinión pública, lo que se vio reflejado en la amplia cobertura que dieron y siguen dando los medios de comunicación a este fenómeno, debido al impacto que provoca la violencia a gran escala. Sin embargo, a pesar de la preocupación constante que genera el terrorismo, nuestra sociedad aún no ha llegado a un consenso sobre el significado de este término.

interviene en la segunda fase del desarrollo del crimen del Yihadismo. Por ello, deviene imprescindible entender el fenómeno y diagnosticarlo desde varias áreas de las ciencias sociales para poder prevenir, o cuando menos, tener respuestas correctas a la hora de explicar la problemática del terrorismo de origen islamista en términos científicos.

El sentido común, la crítica objetiva, junto con la valoración global del fenómeno, devienen elementos imprescindibles para el jurista que analiza estos temas. En nuestro evento, dada la naturaleza del tema estudiado, no podemos hacer caso omiso a las aportaciones que nos proporcionan disciplinas como la política o la sociología, entre otras, ya que éstas nos pueden ser de gran utilidad para comprender mejor el fenómeno del terrorismo Yihadista.

Esta ideología es muy compleja y difícil de entender, pues parte de varias doctrinas y corrientes que se distinguen entre sí en puntos principales e imprescindibles, y por eso el comprender cada caso nos ha ayudado a tratar con ella según las creencias y pensamientos de cada doctrina.

El terrorismo islamista de carácter Yihadista-salafista, liderado por el Estado Islámico, y que pretende imponer una interpretación ultrarrigorista y fundamentalista del Islam, que ya ha perpetrado multitud de ataques en el mundo musulmán y en Occidente, supone el mayor desafío para la seguridad internacional.

La problemática surge cuando se nos plantea si determinadas organizaciones o acciones deben ser consideradas terroristas. Cuando alguien simpatiza con una causa, es difícil que pueda llamar terroristas a quienes luchan por ella pues tiene la clara noción de que el terrorismo nunca puede ser bueno. Lo que

para unos es un terrorista, para otros puede ser un héroe, un defensor de la libertad. De otra parte no nos tenemos que olvidar que los terroristas son siempre criaturas de su tiempo y lugar.

Esta ideología es muy compleja y difícil de entender, porque parte de varias doctrinas y corrientes que se distinguen entre sí en puntos principales e imprescindibles.

Se pretende en este artículo, hacer un breve acercamiento ideológico y jurídico al radicalismo Yihadista, y especialmente al denominado "Estado Islámico", como fruto del radicalismo de origen islamista.

## 1. APROXIMACIÓN IDEOLÓGICA AL TERRORISMO

### 1.1. Yihad en el Islam

Yihad y terrorismo son dos términos que se confunden frecuentemente; esto es debido a que en los últimos dos lustros, el término Yihad se ha habituaizado en el lenguaje común, siendo asociado al Islam y todo lo relativo al mismo.

Según Alejandro García Sanjuán la importancia que está prestando la comunidad internacional al fenómeno del islamismo radical ha generado un gran interés de los expertos y académicos dedicando una enorme cantidad de estudios y análisis del fenómeno, de sus orígenes e ideología, intentando dar respuestas a la abundante violencia que genera el terrorismo Yihadista en el mundo y basándonos en el concepto de la Yihad como legitimador de las acciones violentas de esos grupos radicales<sup>2</sup>.

La Yihad es un concepto fundamental en el Islam<sup>3</sup>. La manipulación de este término representa uno de los

2- La importancia de la Yihad, según Alejandro Garcia Sanjuan, se ha traducido en una interesante proliferación de publicaciones monográficas, sobre todo en el ámbito anglosajón, tanto británico (Bonney,R. 2004) como, sobre todo, norte americano (Cook,D. 2005, Bonner,M. 2006, Kelsay, J.2007), que añaden, así, a importantes trabajos anteriores, entre los que destacan el Firestone, R. (1999) y el ya clásico Khadduri, M. (1955).

3- Cesáreo Gutiérrez Espada comenta que "la Yihad es una palabra que en árabe tiene género masculino, por lo que se considera que, en español, debe utilizarse en masculino; el-yèhd, de donde procede la voz Yihad, significa fundamentalmente (como verbo) extraer (esforzándose) toda la mantequilla, toda la parte grasa de la leche (al hacer mantequilla), dedicarse a algo por entero, trabajar en ello celosamente, esforzarse en algo y (como sustantivo) esfuerzo, trabajo, fatiga, pudiendo entenderse asimismo, por extensión o en sentido figurado, combate, lucha". Vid. Cesáreo Gutiérrez Espada. (2009). Athena Intelligence Journal, vol. 4 (nº 1) p. 191.Sobre el concepto de Yihad.

elementos centrales de los que parten las ideologías de los grupos radicales. Por ello vamos a centrarnos en un análisis sobre las diferentes acepciones y teorías dogmáticas de la Yihad<sup>4</sup>.

Este concepto de Yihad es antiguo y moderno pegado a la ideología musulmana, porque forma una parte fundamental en la creencia islámica. Los musulmanes entienden la Yihad, como la obligación más importante que viene directamente después de los cinco pilares del Islam<sup>5</sup>.

Bhutto (2008) considera que existe una gran confusión en todo el mundo respecto a si la violencia es un precepto central del islam, confusión que tiene sus raíces en una mala comprensión del significado del término Yihad.

Asma Afsaruddin (2009) subraya que “La traducción simplista de Yihad como guerra santa, como es común en varios discursos académicos y no académicos, constituye una distorsión y un malentendido graves de su uso al interior del Corán. De hecho, por recalcar lo bueno y prohibir lo malo”.

Según José Lorenzo Penalva Lucas existen dos acepciones distintas del término Yihad:

·En primer lugar, la Yihad endógena representa una lucha interior; esta es emprendida por y para uno mismo, con el mero objetivo de convertirse en una mejor persona. Es una forma de domar el alma. La fallecida Benazir Bhutto decía que se trata de una lucha para erradicar defectos de carácter como el narcisismo, la avaricia y la maldad.

·La otra Yihad es la externa o pequeña y esta incluye terceras partes. Es una lucha o combate que se genera fuera de la persona, es exógena. Un ejemplo de ello serían las guerras donde defender el islam es obligación de todo musulmán, fiel por la fuerza si la coyuntura lo requiere. Benazir Bhutto sostenía que esta forma de Yihad es una conducta personal en tiempos de guerra o conflicto. Se asevera que el Profeta afirmó, cuando regresaba a casa después de una batalla, que “regresamos de la pequeña Yihad a la gran Yihad”; esto nos indica la importancia de la constante lucha interior que todos llevamos a cabo en nuestro propio interior<sup>6</sup>.

Según Samir Khalil (2003), la palabra Yihad aparece en el Corán con el sentido de "lucha por el camino de Dios" (Yihad fi sabilAllah).

Gustavo de Arístigui (2005), por su parte, considera que la Yihad, en su acepción espiritual, significa el esfuerzo que todo musulmán creyente ha de realizar para mejorar como musulmán padre, esposo o persona.

A su vez, Felipe Maíllo Salgado (2003) señala que la Yihad consiste en la acción armada con vistas a una posible expansión y una necesaria defensa del Islam; es la única forma de guerra legal -añade el mismo autor-, ya que en el islam la comunidad está unida bajo una autoridad única.

Para José Marín Riveros (2003), la Yihad es un concepto que ha sido usado y abusado por la historiografía. Se ha utilizado de manera indiscriminada en situaciones y realidades diversas y épocas diferentes tanto en la cristiana como islámica, llegando a

4 - El vocablo aún está recogido en la 23ª edición del diccionario de la Real Academia Española bajo la forma “Yihad”, asignándole género femenino y con el significado de “guerra santa de los musulmanes”. Ciertas escuelas suníes se refieren a este principio como el sexto pilar del Islam mientras que para las ramas del Islam chií la Yihad es considerada como una de las diez prácticas de la religión musulmana.

5 - El término Yihad aparece 41 veces en el Corán, literalmente se puede traducir como “lucha” o “esfuerzo” aunque no posee un significado único. Dependiendo de la rama del Islam que se practique tiene unos matices u otros.

6 - Según Benazir Bhutto “el concepto de la Yihad externa es mencionado muchas veces a lo largo del Corán, el cual presenta sus diversos significados. Una mirada cuidadosa al Corán indica que el concepto se desarrolló en el contexto en el que las suras del Corán fueron reveladas. Cuando el Profeta empezó a revelar la palabra de Dios, la Meca era una ciudad violenta, inmersa en las guerras tribales. Era una ciudad ordenada exclusivamente con base en la lealtad tribal. La religión principal de la Meca era el paganismo. Así, cuando el Profeta empezó a predicar el Corán, presentó ideas nuevas y un sistema universal de leyes que superaba la ley tribal tradicional, la cual fue rechazada. Su nueva comunidad de musulmanes se convirtió en una minoría perseguida con dificultades de reafirmarse, oprimida y atacada. Las revelaciones coránicas de esta época reflejan el periodo en que fueron reveladas. Así, la definición de Yihad que emergió en ese contexto es casi únicamente defensiva y no violenta”.

creerse que cualquier guerra, si involucra a la religión es santa.

Para cualquier musulmán, la Yihad forma una parte esencial de su creencia; sin embargo, la interpretación de este concepto se diferencia entre musulmanes ya que en él influyen diversos y complejos factores doctrinales provenientes de las escuelas del islam, que abordaremos más adelante.

De todas formas para que un musulmán pueda ejercer la Yihad, debería reunir varias normas y reglas que según José Lorenzo Penalva (2013), son las siguientes:

- Defensa propia
- Exige tener un líder religioso y tiene que ser como último recurso después de agotar toda solución pacífica
- La finalidad debería ser la protección de la fe de los musulmanes para practicar su religión
- Proteger a los musulmanes ante la opresión
- Hacer un enemigo por no cumplir su compromiso o juramento.

## 1.2. Aproximación al Estado Islámico

La aparición del Estado Islámico se considera un hecho histórico en la biografía del siglo XXI, que marcará un antes y un después en el rumbo de la política internacional en todas sus dimensiones, incorporando nuevos actores que suponen una ruptura con lo conocido tradicionalmente. La entrada de este nuevo actor en la escena internacional está sembrando el pánico no solo en el Oriente Medio sino a nivel mundial.

En este sentido Calos Echeverría Jesús subraya que:

El grupo terrorista Estado Islámico de Irak y el Levante es el más poderoso hoy en día y Al Baghdadi

incluso se atreve a disputar el liderazgo al propio Al Zawahiri, calificándole de apóstata. Pese a contar solamente con unos 12.000 efectivos, ha sido capaz de hacer retroceder a las fuerzas de seguridad iraquíes entrenadas por Estados Unidos. El grupo terrorista posee una gran capacidad de reclutamiento, tanto en el mundo musulmán como en el occidental. Se estima que la mitad de sus efectivos son extranjeros y que cuenta en sus filas con unos 3.000 combatientes occidentales luchando en territorio sirio e iraquí (Echeverría, C., 2014).

Este grupo se ha desarrollado en el tiempo de manera significativa. Su evolución está reflejada en los múltiples cambios en su denominación. El nombre del Estado Islámico tal y como se conoce ahora<sup>7</sup>, es el fruto de una serie de cambios en su designación que vinieron sucediéndose desde su formación en 2013 hasta hoy.

Desde que estallaron las revueltas árabes, el conflicto de Siria se ha convertido en el epicentro para la atracción de los movimientos Yihadistas que superan en su magnitud y su relevancia los hechos similares antes sucedidos tal como en Afganistán de los años ochenta, en Balcanes y en Chechenia de los noventa, o en Irak de los dos mil (2000).

Sin embargo, creemos que es pronto para intentar evaluar los hechos de este conflicto; cualquier análisis científico neutral es casi imposible porque los hechos están todavía activos y los elementos de análisis cambian de manera rápida.

Las revueltas de Siria han sido una efectiva llamada a todos los fanáticos islamistas del mundo, lo que ha hecho de la zona un caos total en todos los aspectos. El ejército de Bachar al Asad, apoyado por los soldados del partido libanés Hizbulah y por la República Islámica de Irán, enfrentando a los múltiples grupos tal como el Estado Islámico y Al-Nusra<sup>8</sup>.

7 - Como este grupo cambia del nombre con rapidez, hasta el día de hoy se llama Estado Islámico.

8 - La situación es muy compleja. Los grupos Yihadistas se han enfrentado entre ellos en varias ocasiones. El Estado Islámico y el grupo Al-Nusra se consideran enemigos hoy en día a pesar de que comparten la misma ideología religiosa. Estos grupos que luchaban juntos al principio, se están enfrentando contra los grupos de la resistencia Siria, y las alianzas se cambian rápidamente lo que dificulta un entendimiento de quien está contra quien y quien apoya a quien.

En este sentido, Carlos Echeverría Jesús comenta que:

...aunque ya viniera actuando en un territorio iraquí que le vio nacer como Al Qaeda en Mesopotamia – y el propio Osama Bin Laden encomendó en 2010 a Abu Bakr Al Bagdadi (conocido entonces como Abu Dua) que dirigiera Al Qaeda en Irak-, el EIL ha proyectado su mayor esfuerzo letal en Siria, imponiéndose entre los múltiples grupos Yihadistas que en este país vienen operando desde el estallido mismo de las revueltas en marzo de 2011. Acabó convirtiéndose en el grupo Yihadista mejor organizado de los muchos actuando en Siria, presente sobre todo en Raqqa y en Deir Zor, siendo el enemigo más potente del régimen de Damasco en el noreste de Siria. En los frentes del sur (Deraa, en las proximidades de la frontera con Jordania), de la periferia de Damasco y del oeste en la frontera con Libano, el EI comparte campos de batalla con el Frente Al Nusra, con el Ejército Libre Sirio (ELS) y con el Frente Islámico (FI), aunque va imponiéndose a estos (Echeverría, C., 2014, p.90).

Por su parte, Francisco J. Berenguer Hernández comenta:

Una de las especificidades del Estado Islámico de Irak y Levante ha sido, desde el principio de su actuación en Siria, la búsqueda de una base territorial. Esta zona debía convertirse en un conjunto de territorios, recursos y personas sobre las que aplicar su concepto político de estado, regulado por su interpretación extrema de la sharia. De hecho, junto a una evidente pugna con Al Qaeda por el liderazgo mundial de la Yihad, la distinta contemplación de las prioridades a seguir en la lucha contra el régimen de Al Assad, primando el combate contra el régimen sirio Al Qaeda frente a la evidente preponderancia para el ISIS de la consecución de un bastión territorial, para lo que no ha dudado en

enfrentarse militarmente a otros grupos opositores al régimen sirio, lo que ha llevado a la ruptura entre ambas organizaciones, en otro tiempo ligadas por una relación de subordinación a Al Qaeda central (Berenguer, F. 2014, p. 2).

Por otra parte Driss el Ganbouri subraya que:

...el caso representa un hito, nunca antes realizado, en el marco de la guerra en Siria, que se ha ido expandiendo más allá de los confines del país. Hasta el punto que se ha hecho oscilar el centro de gravedad de la contienda, de la crisis iniciada hace ya más de tres años y cuyo fin aún no se atisba. Con la declaración de este Estado Islámico se han abolido, de repente, los términos "Irak" y "Siria", utilizados desde hace décadas, desde la firma del famoso tratado de Sikes-Picot<sup>9</sup> en 1916 entre Francia y Gran Bretaña para dividir aquel "hombre enfermo" que era el Imperio Otomano (Ganbouri, D. 2014).

Según Carlos Echeverría Jesús

...todo el Oriente Medio, se enfrenta a un conflicto que va más allá de la lucha entre las dos vertientes ideológicas del Islam, a las que se les suma el extremismo y el poder como factores determinantes. A la rivalidad entre suníes y chiíes, liderados respectivamente por Arabia Saudí e Irán, se une la lucha por el control de los recursos energéticos. Los objetivos y las prácticas del heterogéneo abanico de grupos terroristas de la región revelan el optimismo y la ingenuidad de Occidente ante los sucesos de la mal llamada primavera árabe (Echeverría, C., 2014).

### 1.3. Análisis doctrinal

El Estado Islámico se declara dentro de la doctrina salafista, del salafismo wahabita partiendo de una clásica y propia interpretación del wahhabismo<sup>10</sup>.

9 - El Acuerdo Sykes-Picot, firmado el 16 de mayo de 1916, fue un acuerdo secreto entre Gran Bretaña y Francia para dividirse los territorios del Próximo Oriente en caso de obtener la victoria en la guerra contra los Imperios Centrales, el Imperio ruso y el Reino de Italia dieron su aceptación. Debe su nombre a los negociadores del pacto, sir Mark Sykes, en representación de Gran Bretaña, y François Georges-Picot por Francia. Los acuerdos están basados en la partición del Próximo Oriente en cinco zonas; una de control británico, una de control francés; una de influencia británica o protectorado británico; una de influencia francesa o protectorado francés y una de administración internacional (Las ciudades de Jerusalén y Nazareth). Originalmente los acuerdos mencionan también una zona de control ruso, pero al parecer estos fueron cambiados de mutuo acuerdo en 1917 y luego fueron reafirmados durante la conferencia de San Remo y recibieron también un aval de la Liga de Naciones.

10 - El Wahabismo es una corriente de purismo islámico que precede la propia corriente salafista moderna. Es una doctrina basada en la sunna o tradición, que a su vez, está dividido en cuatro grandes escuelas de interpretación: Hanafí, Malequí, Shafeí y Hanbalí. Esta última, siendo la más estricta de todas, es de donde surge el wahabismo saudí. El fundador del wahabismo, Ibn Abdel Wahab, se convirtió en una de los dogmáticos más conocedores de la religión y codificó algunos preceptos religiosos en fórmulas jurisprudenciales.

En este sentido, el nuevo Estado Islámico sigue la misma orientación doctrinal que el wahhabismo desde hace décadas, tal y como podemos ver en su primer comunicado, que no es otra cosa que una declaración de guerra contra las innovaciones y el politeísmo.

Por su parte, en una nota, el centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques considera que:

...los tres principales ejes que conforman la ideología del ISIS son el Yihadismo, el salafismo y el sunismo. El primero generalmente es traducido al español como “Guerra Santa”, sin embargo su interpretación correcta es un decreto religioso de guerra para proteger la fe islámica. El segundo es la rama más conservadora de la tradición musulmana, se opone a las políticas de los gobiernos occidentales y es un movimiento islámico de carácter reformista que pugna por un retorno purista a las ideas del Corán. Y, el tercero, se refiere al apego a la Sunna, el sistema de comportamiento instituido a raíz de las predicaciones del profeta Mahoma, el cual es un elemento central de la rama sunita del Islam, que es el grupo mayoritario de la comunidad islámica a nivel mundial (centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2014).

Hasta hace poco y antes de la aparición del Estado Islámico de Irak y el Levante, se puede considerar Al-Qaeda una de las organizaciones más peligrosas del mundo que ha conocido jamás la reciente historia de la humanidad. Es una organización Yihadista de dimensión internacional que emplea la violencia para lograr sus fines, se mueven en un Estado islámico regido por un salafismo wahabista como modo de vida<sup>11</sup>.

Según Manuel R. Torres Soriano:

Se trata de la mayor red global de terrorismo que ha existido en la historia, y su fuerza radica más que en su estructura o en los potenciales miembros que han pasado por sus campos de entrenamiento, en

su capacidad de movilizar, aglutinar y entrenar a individuos que comparten su ideología radical. Al Qaeda encabeza la difusión de un relato sobre la historia, el origen de los males y las vías de solución de los problemas del mundo musulmán revestido de un enorme atractivo al combinar elementos procedentes de un integrista religioso medieval, un cierto componente anti-sistema y las inagotables potencialidades de la revolución en las tecnologías de la información (Torres, M., 2004, P. 85).

## 2. APROXIMACIÓN JURÍDICA AL TERRORISMO

Desde una óptica puramente jurídica no encontramos un concepto único en el arsenal legislativo español. Estamos ante una noción jurídica de las más polémicas e imprecisas. A pesar de que la cuestión conceptual del terrorismo ha sido un tema esencial para todos los juristas y expertos que han tratado el tema.

### 2.1. Concepto jurídico-penal de terrorismo en el Código Penal español

En el derecho penal español no existe una definición expresa de terrorismo en el arsenal jurídico que haya regulado esta materia. El concepto jurídico-penal de terrorismo debe obtenerse a través de la interpretación sistemática de la regulación que realiza el Código Penal y de su desarrollo jurisprudencial.

En este sentido, Terradillos Basoco (1988) afirma que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y concebida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con elementos transitorios.

En general, la legislación antiterrorista se encuentra recogida fundamentalmente, en el C.P. de 1995 y en la L.E.Cr.<sup>12</sup>. Basándose en la lectura que hace el

11 - El termino Al-Qaeda tienen varios significativos en árabe; depende del contexto en que se usa puede significar la base o el pedestal que soporta una columna. Además, puede significar un precepto, una regla, un principio, una máxima, una fórmula, un método, un modelo o un patrón.

12 - El legislador ha optado por incluir los delitos de terrorismo en el Código Penal y no en una ley especial, manteniendo su nomen iuris como ya ocurriera con la L. O. 3/1988, de 25 de mayo, que reformaba el C.P., empleando para tipificar estas conductas una sistemática que comprende dos títulos diferentes del Libro II, el Título XXI (delitos contra la Constitución), el Capítulo IV, Sección 1ª (de los delitos cometidos con ocasión de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución), en el que se incrimina la estructura orgánica para cometer acciones terroristas, arts. 515.2 y 516 y el Título XXII (delitos contra el orden público), Capítulo V, Sección 2ª (de los delitos de terrorismo), arts. 571 a 580 que tipifican las conductas terroristas.

legislador penal español a los terroristas, se puede decir que son terroristas aquellas bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública<sup>13</sup>.

Así pues, el artículo 571-3<sup>a</sup> de la L.O.5/2010 estipula que:

A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente<sup>14</sup>.

En la siguiente Sección 2<sup>a</sup><sup>15</sup>, los artículos 572 y 573 se ubican los delitos de terrorismo realizados por miembros o colaboradores de una organización terrorista (art. 571 a 576).

Por otra parte, los delitos que se cometen sin vinculación a grupos terroristas, actividad que algunos han

denominado “terrorismo de baja intensidad”, aunque comparten con el terrorismo el objetivo de subversión del orden constitucional, también atemoriza a los ciudadanos o colectivos de cualquier índole. El abanico de delitos que pueden integrarse en esta amplia configuración del terrorismo es muy grande, quizá excesivamente. La relación se completa con el castigo de la exaltación o alabanza pública de los actos terroristas o de sus responsables.

En este sentido, el ser terrorista se describe como delito de asociación ilícita enclavado entre los delitos contra la Constitución<sup>16</sup>.

### **3. LEY ORGÁNICA 2/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995 DEL 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE DELITOS DE TERRORISMO**

#### **3.1. Determinaciones previas**

Tras los fatídicos hechos acontecidos en París en la sede del semanario satírico Charlie Hebdo<sup>17</sup>, parece acontecer la coyuntura para que los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista, formularsen una

13 - Capítulo VII del Título XXII del Libro II, integrado por los artículos 571 a 580, introducido por el apartado centésimo cuarenta y seis del artículo único y disposiciones adicionales primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

14 - Artículo 571 redactado por el apartado centésimo cuarenta y ocho del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).

15 - Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VII del Título XXII del Libro II introducida por el apartado centésimo cuarenta y nueve del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).

16 - En este sentido Gonzalo Quintero Olivares comenta como curiosidad en este aspecto, que desde la aprobación del Código Penal de 1995 nunca se ha planteado la posibilidad de excluir al terrorismo del Código penal común y ubicarlo en una ley penal especial. El argumento según este autor, ha sido siempre el mismo: que no había que especializar al terrorismo honrándole con una ley penal propia, sino que tenía que estar castigado en el Código Penal común, para así significar que los terroristas eran criminales como cualquier otro, y así se evitaría una imagen de derecho excepcional que propiciaría interpretaciones inadecuadas. Gonzalo Quintero añade que tras ese respetable planteamiento surgía una decisión contradictoria: la de conservar el terrorismo en el sistema penal común pero incluyendo excepciones de toda especie. Es verdad, para el autor, que no existe un criterio constitucional claro acerca de cómo se debe legislar en materia de terrorismo, para él esa es una cuestión controvertida, y no hay una línea común en el constitucionalismo europeo.

17 - El atentado contra Charlie Hebdo, semanario satírico francés, fue un tiroteo llevado a cabo en París el 7 de enero de 2015, cuando dos hombres enmascarados y armados con rifles de asalto y otras armas entraron en las oficinas de dicho semanario. Los terroristas acabaron con la vida de 12 personas e hiriendo a otros 11. Los asaltantes se identificaron como pertenecientes a la rama de Al Qaeda en Yemen, que asumió la responsabilidad por el ataque. Francia elevó su alerta de terrorismo a su nivel más alto y desplegó a soldados en Isla de Francia y Picardía. Una cacería humana condujo al descubrimiento de los sospechosos, los hermanos Saïd y Chérif Kouachi, que intercambiaron fuego con la policía el 9 de enero. Los hermanos tomaron a rehenes en una empresa de señalización de Dammartin-en-Goële y fueron baleados cuando salieron disparando desde el edificio. El 11 de enero, unos 2 millones de personas, entre ellas más de 40 líderes mundiales, se reunieron en París para marchas de unidad nacional, y 3,7 millones de personas se unieron a las manifestaciones en toda Francia.

Proposición de Ley Orgánica por la que se modifícase el capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos de terrorismo<sup>18</sup>.

Si bien es cierto que el sentimiento de miedo en occidente frente a la amenaza terrorista Yihadista, no sólo ha ido creciendo exponencialmente en los últimos años – tomando como punto significativo de partida los atentados de las Torres Gemelas en Nueva York-, tampoco parece de recibo la paradoja que se formula con este Proyecto de Ley, que con el fin de salvaguardar indemne la democracia y las libertades derivadas de ésta, irónicamente las recorta y, no sólo eso, sino que atenta contra la Constitución Española.

El modo extraordinariamente rápido en que surge y se gesta este proyecto, la falta de consenso con los grupos parlamentarios restantes, así como el carácter absolutamente precipitado de todo lo concerniente a ella (sin olvidar la raíz en la que se ampara para su surgimiento), parecen poner de manifiesto el carácter arribista de esta ley: la 'Ley Oportunista'.

### **3.2. Comentarios a las modificaciones de la LO 2/201 del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo**

#### **3.2.1 Artículo 573 del nuevo Código Penal**

La sección segunda lleva por rúbrica 'de los delitos de terrorismo' y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573.

El apartado primero del artículo 573 dispone:

Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, atentado, desórdenes públicos, tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevara a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades<sup>19</sup>:

- 1ª) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2ª) Alterar gravemente la paz pública.
- 3ª) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- 4ª) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella<sup>20</sup>.

La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado primero constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo.

Según este artículo, no es necesario pertenecer a una organización terrorista para considerarle terrorista; el legislador español amplía su criterio y basta que los delitos que se cometan tengan como finalidad alguna de las previstas en el artículo 573, que van desde subvertir el orden constitucional hasta obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

18 - Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo entrará en vigor el día 1 de julio de 2015. El capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

19 - A diferencia de lo que sucedía en anteriores regulaciones, ahora el art. 573.1 contiene, tras la reforma de 2015, una definición de terrorismo. El núcleo de esta definición lo constituye el tipo subjetivo, es decir que lo importante es que los delitos que se incluyen expresamente en dicho artículo se lleven a cabo con alguna de las finalidades que allí se mencionan.

20 - La intención terrorista mencionada en este párrafo, coincide en gran parte, en el caso del delito de amenazas, con las amenazas con finalidad terrorista del art. 170.1, cuando son condicionales, por lo que habrá que apreciar entre ambos preceptos concurso de leyes a resolver por alternatividad.

En este sentido, el abogado Carlos Sánchez Almeida (2015) comenta que “todos estamos de acuerdo en la necesidad de perseguir toda forma de terrorismo, muy especialmente el actual terrorismo Yihadista. El problema surge cuando la definición de terrorismo incluye toda forma de presión sobre el poder, e incluso los delitos informáticos”.

El apartado 2 del artículo 573 dispone:

(...) 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis a 197 ter y 264 a 264 quáter cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior<sup>21</sup>.

El legislador amplió la definición del terrorismo para alcanzar los delitos informáticos bajo la tutela de la legislación del terrorismo<sup>22</sup>.

El legislador en la exposición de motivos de dicha Ley Orgánica nos hace entender que la ampliación de la definición del terrorismo es una necesidad para garantizar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos. En esta línea comenta que:

“El terrorismo internacional de corte Yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la Ley<sup>23</sup>”.

En esta línea, los sujetos que cometan delitos informáticos con algún fin de las que comenta el párrafo anterior se considera terrorista en los siguientes casos:

- Descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación<sup>24</sup>.
- Utilizar o modificar, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado<sup>25</sup>.
- Vulnerar las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceder sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo<sup>26</sup>.
- Borrar, dañar, destruir, alterar, suprimir, o hacer inaccesible, por cualquier medio, datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave<sup>27</sup>.
- Interrumpir, sin autorización y por cualquier medio, el funcionamiento de un sistema informático ajeno, o introducir, transmitir, dañar, borrar, destruir, alterar o hacer inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años<sup>28</sup>.

21 - El legislador en la Exposición de los Motivos justifica la ampliación de los delitos del terrorismo para incluir los delitos informáticos diciendo que “Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de Internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que comentan atentados”.

22 - Con esta definición se puede convertir en delito de terrorismo cualquier delito de los mencionados en el apartado 1 del art. 573, prácticamente la mayoría de los delitos graves tipificados en el Código Penal, más los mencionados en el apartado 2, y se consideran igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater, cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

23 - Vid. la Exposición de motivos de la LO en cuestión.

24 - El párrafo 1 del artículo 197 del Código penal.

25 - El párrafo 2 del artículo 197 del Código penal.

26 - El párrafo 3 del artículo 197 del Código penal.

27 - El párrafo 1 del artículo 264 del Código penal.

28 - El párrafo 2 del artículo 264 del Código penal.

### 3.2.2. Artículo 575 del nuevo Código Penal

El párrafo segundo del artículo 575 estipula que:

...se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español (Código Penal, art.575).

El legislador con esta disposición considera que puede cometer delito de terrorismo quien acceda de manera habitual a páginas web que pertenecen a terroristas o bien de contenido terrorista. Lo que está claro es que el legislador considera solo el hecho de consultar y no la difusión de este contenido como delito de terrorismo.

A mi juicio, es una exageración por parte del legislador español y también es una limitación a la libertad y a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los investigadores del tema, como los periodistas se encontrarán amenazados por delitos muy graves como es el terrorismo.

El legislador, por su parte, en la exposición de los motivos de esta Ley, justifica estas medidas diciendo que “los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas. No menos importante es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los Yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores

amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas<sup>29m</sup> .

### 3.2.3. Artículos 578 y 579 del Código Penal

Los artículos 587 y 579 castigan con penas de terrorismo el enaltecimiento o justificación públicos, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. En la tipificación de estas conductas se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces puedan acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

### 3.3. Críticas a la Ley Orgánica 4 de febrero de 2015

Dicho proyecto, ha sufrido numerosas críticas provenientes de diversos frentes, constituyendo su *leitmotiv* aquello contenido en el artículo 573 de la misma.

En este sentido, Manuel Cancio Meliá (2015) indica que “la nueva regulación de los delitos de terrorismo presentada por el Partido Popular que pretende hacerse sin consenso y de modo precipitado, es técnicamente muy deficiente, ya que supone un grave ataque a la Constitución y resultará ineficaz para el control del terrorismo de Daesh o Al Qaeda”.

Según este autor, dicha legislación pretende introducir en el ordenamiento jurídico español un texto legislativo totalmente nuevo sin recurrir a los informes preceptivos del Consejo Fiscal, del Consejo

29- Vid. la Exposición de los Motivos de esta Ley.

General del Poder Judicial o del Consejo de Estado, lo que representa un verdadero fraude de Ley.

Francisco Muñoz Conde (2015) comenta al respecto que:

...en su afán por adaptar la legislación penal sustantiva a las nuevas formas de manifestación del terrorismo, la reforma penal de 2015 ha ido sin embargo demasiado lejos, tanto en la amplitud que tienen los tipos penales de nueva creación, que incluyen un gran número de conductas muy alejadas de una puesta en peligro de bienes jurídicos concretos, como en la dureza de las sanciones penales previstas para estas conductas, empezando por la prisión por el tiempo máximo previsto en este Código, expresión eufemística que obligó a introducir el PSOE, para apoyar la LO 2/2015, de 30 de marzo, pero que obviamente es la presión permanente revisable, que dicho Partido rechaza, y que en general ha sido objeto, con razón, de todo tipo de críticas (Muñoz, F., 2015).

Por su parte, la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI), considera inaceptable y gravísimo que se use el terrorismo Yihadista como coartada para limitar derechos y libertades. Y, más aún, que una reforma de este alcance se tramite por la vía de urgencia, sin un debate adecuado y la participación de las organizaciones de la sociedad civil afectadas.

El director legal de la PDLI, Carlos Sánchez Almeida, indica que este pacto significa el triunfo del terrorismo y añade que el Código Penal aprobado por el Congreso, representa un nuevo retroceso con respecto al llamado Código Penal de la democracia, aprobado en el año 1995.

Por otra parte, Manuel Cancio Meliá (2015) subraya que:

...desde el punto de vista técnico-jurídico, se trata de un texto deleznable con el que se pretende sustituir por asalto la regulación española, regulación que ha permanecido estable en lo esencial durante décadas, ha acompañado casi

todo el proceso del terrorismo de ETA, se cuenta entre las más severas del mundo occidental y acababa de ser reformada en 2010, llegando, una vez más, más lejos que ningún país de nuestro entorno. La falta de todo rigor jurídico del texto proyectado no se queda en la mera mala técnica legislativa: se trata de una tipificación manifiestamente inconstitucional, que desprecia por completo los principios constitucionales del hecho, de legalidad y de proporcionalidad y restringe indebidamente las libertades ideológicas y de información. Un desvarío en términos jurídicos (Cancio, M. 2015).

Por otra parte, a mi juicio, esta reforma urgente del Código Penal puede ser criticada por su tramitación urgente y exprés, ya que ha sido aprobada en lectura única, siendo este un procedimiento excepcional contemplado en el artículo 150 del Reglamento del Congreso que estipula lo siguiente:

1. Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única.
2. Adoptado tal acuerdo, se procederá a un debate sujeto a las normas establecidas para los de totalidad, sometiéndose seguidamente el conjunto del texto a una sola votación.
3. Si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado y se remitirá al Senado. En caso contrario, quedará rechazado<sup>30</sup>.

Dicha urgencia y excepcionalidad del procedimiento no lo justifica ningún contexto a la hora de tramitar la Ley en cuestión.

Otra crítica procede, esta vez, de los catedráticos de derecho penal español, que han firmado un manifiesto indicando su rechazo a dicha ley. A juicio de 60 catedráticos de treinta y tres Universidades españolas de Derecho Penal, la reforma del Código Penal que ha aprobado el Congreso de los Diputados supone un despropósito de graves consecuencias. Según este manifiesto, los expertos justifican su

30 - Vid. el artículo 150, del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Capítulo tercero. De las especialidades en el procedimiento legislativo, Sección 6.ª De la tramitación de un proyecto de ley en lectura única.

rechazo a esta nueva legislación por los siguientes motivos<sup>31</sup>:

A. En primer término evidencia una enorme pobreza técnica, lo que se ha puesto de relieve por los juristas que han informado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Así, y paradójicamente, en unos tiempos en los que la calidad de la doctrina penal española está en uno de sus mejores momentos históricos, el Gobierno da a luz una pésima legislación de la mano de ignotos asesores. Lo anterior es lo que, seguramente, explica el que se hayan introducido en el texto de la reforma preceptos que superan la Constitución, pero no solamente por sus propuestas de fondo sino también por el deliberado y constante uso de términos ambiguos en la redacción de las normas, lo que compromete seriamente exigencias básicas del principio de legalidad penal.

B. En la elaboración de las dichas reformas el Gobierno, además, ha prescindido de la tradición jurídica española, olvidando las esforzadas elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales que han permitido en los últimos decenios superar problemas que nos perseguían desde hace siglos. Pues bien, cuando buena parte de las dificultades ya estaban solucionadas con las últimas reformas penales y las aportaciones de la doctrina y Jurisprudencia, el Gobierno vuelve a arrojarnos en los brazos de la inseguridad y de la incertidumbre.

C. Se produce un indeseado incremento de la gravedad de no pocas conductas, especialmente por la conversión de faltas en delitos, a lo que se suma el aumento de unas penas de prisión que ya son de por

sí demasiado altas (pueden llegar hasta los cuarenta años) y a la previsión de una injustificable pena de cadena perpetua. Con todo ello el único efecto seguro va a ser el del aumento de una población penitenciaria ya suficientemente elevada, lo que por otra parte no se traducirá en una mayor seguridad ciudadana. Pero, quizá, lo más grave de esta iniciativa legislativa –por si lo anteriormente expuesto no fuera ya suficiente– es el claro abandono que se produce del principio de culpabilidad y su sustitución por criterios de peligrosidad: la dignidad humana va a resultar pisoteada en aras de un defensismo a ultranza, y los ciudadanos van a verse entregados no a la seguridad de la norma sino a la indeterminación de los criterios personales con los que se va a administrar la peligrosidad.

Los expertos denuncian también la forma urgente de presentar esta ley indicando que:

(...) 4ª. El Gobierno burla continuamente los trámites legalmente establecidos para la tramitación de las leyes que afectan a derechos y libertades fundamentales. En efecto, y valga como ejemplo lo que está sucediendo con la reforma del Código Penal, tras presentar un determinado texto a informe de la Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial, se termina llevando a las Cámaras Legislativas un nuevo Proyecto que incluye materias que no han sido objeto previamente de dictamen; e incluso, en el seno del trámite parlamentario se introducen -bajo la cobertura de enmiendas del Grupo Parlamentario que sostiene al Ejecutivo- nuevas regulaciones referidas a delitos que no habían sido sometidas tampoco a dictamen previo. Todo esto constituye un evidente fraude de ley del que ha

31 - Los Catedráticos firmantes son los siguientes: Álvarez García (Universidad Carlos III); Abel Souto (Santiago de Compostela); Acale Sánchez (Cádiz); Alonso Álamo (Valladolid); Benítez Ortuzar (Jaén); Berdugo Gómez de la Torre (Salamanca); Boldova Pasamar (Zaragoza); Cancio Meliá (Autónoma de Madrid); Carbonell Matéu (Valencia); Carmona Salgado (Granada); Cervelló Donderis (Valencia); Corcoy Bidasolo (Barcelona); Cuerda Arnau (Jaume I); Cuerda Riezu (Rey Juan Carlos); De la Cuesta Aguado (Cantabria); De Vicente Martínez (Castilla-La Mancha); Demetrio Crespo (Castilla-La Mancha); Díaz y García Conlledo (León); Díez Ripollés (Málaga); Dopico Gómez-Aller (Carlos III); Doval País (Alicante); Esther Hava (Cádiz); Faraldo Cabana (Coruña); Fernández Teruelo (Oviedo); Ferré Olivé (Huelva); García Albero (Lérida); García Arán (Autónoma de Barcelona); García Pérez (Málaga); García Rivas (Castilla-La Mancha); Gimbernat Ordeig (Complutense); González Cussac (Valencia); González Rus (Córdoba); Gracia Martín (Zaragoza); Guanarteme Sánchez-Lázaro (La Laguna); Iglesias Río (Burgos); Juanatey Dorado (Alicante); Lamarca Pérez (Carlos III); Laurenzo Copello (Málaga); Lorenzo Salgado (Santiago de Compostela); Maqueda Abreu (Granada); Martínez Buján (Coruña); Martínez Escamilla (Complutense); Miró Linares (Miguel Hernández); Morales Prats (Autónoma de Barcelona); Muñoz Conde (Pablo de Olavide); Muñoz Sánchez (Málaga); Nieto Martín (Castilla-La Mancha); Nuñez Paz (Huelva); Orts Berenguer (Valencia); Otero González (Carlos III); Paredes Castañón (Oviedo); Peñaranda Ramos (Autónoma de Madrid); Pérez Cepeda (Salamanca); Pérez Manzano (Autónoma de Madrid); Peris Riera (Murcia); Portilla Contreras (Jaén); Queralt Jiménez (Barcelona); Quintero Olivares (Rovira i Virgili); Rebollo Vargas (Autónoma de Barcelona); Robles Planas (Pompeu Fabra); Rodríguez Montañés (Alcalá de Henares); Rueda Martín (Zaragoza); Sola Reche (La Laguna); Terradillos Basoco (Cádiz); Zúñiga Rodríguez (Salamanca).

advertido ya el Consejo de Estado y la misma Sala 3ª del Tribunal Supremo. De esta forma no sólo se conculca la legalidad vigente sino que al hacerlo se hurta a las leyes de los controles debidos: una forma, pues, de auténtica utilización arbitraria del poder, sólo que en el ámbito de la producción legislativa. Entendemos que nos encontramos ante un verdadero estado de necesidad política provocado por la deslealtad democrática del actual Gobierno, quien mediante las denunciadas iniciativas legislativas está elaborando una urdimbre jurídica extraordinariamente alejada de un sistema democrático atento a las libertades y derechos fundamentales, y mucho más próxima a un sistema autoritario que francamente creíamos ya olvidado. Por todo lo anterior reclamamos a la mayoría parlamentaria que se constituya tras las próximas elecciones generales, que considere la necesidad de derogar, de raíz y sin excepciones, las leyes de seguridad privada, seguridad ciudadana y la nueva reforma penal; y que sólo posteriormente, y con el consenso más amplio posible y los mejores modos democráticos, pacten con los grupos parlamentarios las reformas penales, administrativas y procesales que verdaderamente resulten necesarias para el mejor gobierno de la nación y la tutela de todos los ciudadanos<sup>32</sup>.

En esta misma línea, tras la aprobación en el Congreso por vía urgente de un proyecto de ley de reforma del Código Penal sobre delitos de terrorismo la ONU, por su parte, se halla en alerta con respecto a España, por estar amenazando con algunos de sus últimos proyectos de ley los Derechos Humanos. La violación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los individuos, así como la potencial socavación de los derecho de

manifestación y expresión, fue uno de los detonantes para que un grupo de relatores<sup>33</sup> de las Naciones Unidas solicitasen a España su desistimiento ante la aprobación del proyecto de ley orgánica que reformase el Código Penal en lo relativo a delitos de terrorismo, desórdenes públicos, así como la ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Los citados expertos de la ONU, consideran que "el texto del proyecto de ley incluye definiciones amplias o ambiguas que abren el campo a una aplicación desproporcionada o discrecional de la ley por parte de las autoridades", añadiendo que la definición de los delitos de terrorismo y las disposiciones relativas a la criminalización de los actos de incitación y enaltecimiento o justificación del terrorismo incluidas en el proyecto de ley de Reforma del Código Penal en materia de delitos de terrorismo "son excesivamente amplias e imprecisas". Dichos expertos de la ONU subrayan que "(...) tal como está redactada, la ley anti-terrorista podría criminalizar conductas que no constituirían terrorismo y podría resultar entre otros en restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad de expresión<sup>34</sup>".

Amnistía Internacional ha publicado un informe expresando sus preocupaciones sobre las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a la Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de terrorismo. La organización critica las modificaciones especialmente en el artículo 571, que se introduce una variedad de delitos, de gravedad dispar, que según esta organización no tienen por qué ser castigados como delitos de terrorismo<sup>35</sup>.

32 - Véase el punto 4 del manifiesto.

33 - Los expertos independientes que firman el comunicado son Maina Kiai, relator sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y asociación, David Kaye, relator sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Ben Emmerson, relator sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; François Crépeau, relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes; y Michel Forst, relator especial sobre la situación de las y los defensores de los derechos humanos.

34 - Nota de prensa. (23 de febrero de 2014). La ONU rechaza la Ley de Seguridad Ciudadana, la reforma del Código Penal y la reforma antiterrorista.. 12 de noviembre del 2016, de Rights International Spain (RIS) Recuperado del sitio web: <http://rightsinternationalspain.org/uploads/prensa/679e44c23174a8d67a65fe40c6324c4745d9eea2.pdf>

35 - Informe de Amnistía Internacional (enero de 2015). Análisis de amnistía internacional a las enmiendas presentadas por el grupo popular en materia de terrorismo. 12 de noviembre del 2016, de Sección española de Amnistía Internacional. Recuperado del sitio web: <https://doc.es.amnesty.org/cgibin/ai/BRSCGI/Analisis%20AI%20enmiendas%20Grupo%20Popular%20terrorismo?CMD=VEROBJ&MLKOB=33156734949>

Por su parte, el legislador penal defiende esta reforma comentando que la experiencia de la lucha contra el terrorismo en España nos ha permitido contar con una legislación penal eficaz en la respuesta al terrorismo protagonizado por bandas armadas como ETA o el GRAPO, esto es, grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica clara, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía definidas y asumidas por los integrantes del grupo terrorista. La respuesta penal al terrorismo se articulaba, por tanto, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas. El eje del tratamiento penal del terrorismo era, por tanto, la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración. El Código Penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>36</sup>.

## CONCLUSIONES

El fenómeno del terrorismo Yihadista, es considerado a día de hoy uno de los fenómenos más preocupantes a nivel internacional. El Estado Islámico ha marcado un antes y un después en la perspectiva mundial de la seguridad internacional.

La cooperación internacional es un factor primordial en la lucha contra el terrorismo Yihadista. La amenaza del Estado Islámico no se limita a un territorio determinado, sino que su objetivo es invadir el mundo y recuperar el Khilafa, por ello todos los países del mundo, están en el ojo de mira de los terroristas Yihadistas.

La Ley es un medio secundario en la lucha contra el terrorismo, ya que el papel del Derecho Penal es castigar y no prevenir. En el caso del terrorista suicida, las legislaciones punitivas no producen el efecto motivador, tomando en consideración que el factor “miedo” al castigo de la Ley, no existe en este caso.

El terrorismo no es sinónimo de Islam; la gran mayoría de los musulmanes no comparten la interpretación salafista radical de estos grupos. Islam significa literalmente paz, además, el islamismo radical tiene un rostro distinto según el país.

El terrorismo presenta muchas caras, en función de sus propósitos y el alcance que se le dé. Es necesario precisar cada caso y ubicarlo en el contexto adecuado para combatirlo.

El modo extraordinariamente rápido en que surge y se gesta la Ley Orgánica española 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, la falta de consenso con los grupos parlamentarios restantes, así como el carácter absolutamente precipitado de todo lo concerniente a ella (sin olvidar la raíz en la que se ampara para su surgimiento), parecen poner de manifiesto el carácter oportunista de esta ley.

Es necesaria la creación de un marco jurídico acorde a los principios democráticos del Estado de derecho que incluya mecanismos preventivos tales como prevenciones contra el financiamiento de este tipo de grupos violentos, blanqueo de dinero, etc.

El Derecho Penal del enemigo es el instrumento de legislador para luchar contra el terrorismo. Dicho instrumento legislativo se caracteriza por una tendencia limitadora de derechos y libertades, por su dureza punitiva, su relativización de derechos procesales, un retroceso en los valores y principios del ius puniendi y un tratamiento especial en el marco penitenciario.

36 - Vid. la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica.

Comparto plenamente la postura del profesor Fernando Santa Cecilia cuando subraya que:

el método que permita la aproximación de la ciencia penal a la realidad social, si se quiere respetar la unidad del saber científico, ha de ser interdisciplinario, libre de contradicciones entre las diversas parcelas del sistema, por lo que la ciencia del Derecho Penal debería tener en cuenta los datos que le suministren las restantes disciplinas jurídicas y no jurídicas, como la psicología sociología, biología, criminología y estadística, que son las que deben de informar a la política criminal y éste a su vez al legislador para, con criterios objetivos, abordar las necesarias reformas. El Derecho Penal no puede convertirse en mero símbolo e instrumento de comunicación social y menos que sus reformas se proyecten al servicio de una mediocre clase política corrompida y en beneficio de sus particulares intereses electorales. El Derecho Penal ha de estar al servicio del ciudadano, para que pueda vivir en una sociedad mejor (Cecilia, F., 2015).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afsaruddin, A. (2006) "Competing Perspectives on Jihad: Jihad and Martyrdom in Early Islamic Sources", ed. Brian, Witness to faith, Burlington: Ashgate Publishing Company.
- Afsaruddin, A. (2006). Competing Perspectives on Jihad and "Martyrdom" in Early Islamic Sources. Burlington: edi. Brian Wicker.
- Aguirre, A. (2011). Análisis del accionar terrorista del grupo Al-Qaeda a la luz de la ideología salafista. Periodo 2001 – 2008. Bogotá: Estudio de caso, Presentado como requisito para optar al título de Internacionalista, la Facultad de Relaciones Internacionales, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Dirigido por Angélica Alba Cuellar, Bogotá.
- Aristegui, G. (2005), "La Yihad en España. La obsesión por reconquistar Al-Ándalus". La esfera de los libros, Madrid.
- Berenguer, F. (2014), "el estado islámico como oportunidad", documento de análisis publicado por el Instituto Español de Estudios Estratégicos IEEE, nº 47/2014, el 16 de septiembre 2014. p. 2.
- Bhutto, B. (2008) "Reconciliación: Islam, democracia y occidente", Barcelona. Editorial: Belacqua.
- Cancio, M. (2015). "Una reforma irresponsable, un ataque a la Constitución". 19 de enero del 2015. Recuperado el 12 de noviembre del 2016, del Diario Sitio web: [http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion\\_6\\_347225276.html](http://www.eldiario.es/contrapoder/terrorismo-Constitucion_6_347225276.html).
- Capita, M. (2008) "Análisis de la legislación penal antiterrorista", Madrid. Editorial Colex.
- Conde, M. (2015) "Derecho Penal. Parte Especial", 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Madrid. Editorial Tirant lo Blanc.
- Echeverría, C. (2014). Dinamización del terrorismo Yihadista en Oriente Medio. Desayuno de trabajo organizado por el Instituto de cuestiones internacionales y política exterior INCIPE, 8 de julio de 2014. Madrid. Salón de Actos, Arapiles.
- Ganbouri, D. (2015), "El Estado Islámico en Irak y el Levante: algunos apuntes", artículo publicado en la Red Marruecos el 05 de julio de 2014, artículo disponible en la web, consultado el 04 de enero del 2015. <http://www.redmarruecos.com/opinion/driss-ganbouri/estado-islamico-irak-y-levante-algunos-apuntes/20140705132808000779.html>
- García, A. (2008) "La doctrina clásica del Yihad frente al terrorismo", Separata de Estudios Mirandeses, nº XXVIII-B, Miranda de Ebro.
- García, A. (2009). "Bases doctrinales y jurídicas del Yihad en el derecho islámico clásico" (sigl. VIII-XIII). Revista Clio & Crimen, Universidad de Huelva, nº 6, p. 244.
- González, J. L., Górriz, E., Matallín, A., (2015) "Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015", 2ª Edición, Editorial: Tirant lo Blanch.
- Gracia, L. (2005) "El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo", Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Gunther, J. (2006) "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio Meliá, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2ª Edición
- Gutiérrez, C. (2009) "Sobre el concepto de Yihad", Athena Intelligence Journal, vol. 4, nº 1, enero/marzo.

- Informe de la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI) titulado “las 10 amenazas a las libertades de expresión e información del nuevo Código penal”, publicado el 18 de febrero del 2015
- John, E. (2002). *Unholy War*. New York: Oxford University Press.
- Khalil, S. (2003) “Cien preguntas sobre el Islam”, encuentro, Madrid.
- Martinez, B. (2006) “El terrorismo Yihadista en la sociedad calidoscópica: Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI”, Madrid. Editorial Edisofer S. L.
- Manzanares, J. L. (2015) “La reforma del Código Penal de 2015”, Tapa blanda, Edición: Junio.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal Parte Especial*. España: Tirant lo Blanch. p. 790. José Luis Manzanares Samaniego. (junio 2015). La reforma del Código Penal de 2015. España. Edi. Tapa blanda.
- Nota de coyuntura. (28 de agosto de 2014). el Estado Islámico de Irak y Siria (ISIS): perfil histórico, político e ideológico. consultado el 06 de enero de 2015, de Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques Sitio web:<http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/2808ISI.pdf>
- Nota de prensa de Rights International Spain (RIS), del 23 de febrero de 2014, Madrid, titulada La ONU rechaza la Ley de Seguridad Ciudadana, la reforma del Código Penal y la reforma antiterrorista.
- Nuñez, E. (2013) “Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas”, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Penalva, J. L. (2013). “Yihad, martirio y evolución del terrorismo islámico global”. Instituto español de Estudios Estratégicos (IEEE), Recuperado del sitio web:[http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2013/DIEEEO1062013\\_EvolucionTerrorismoIslamico\\_J.LorenzoPenalva.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2013/DIEEEO1062013_EvolucionTerrorismoIslamico_J.LorenzoPenalva.pdf), consultado el 14 de noviembre del 2014.
- Pérez, C. (2013), “El Islam en la sociedad democrática europea: ocho conflictos surgidos en Europa, desde una perspectiva jurídica y con especial referencia al caso español”, Tesis doctoral dirigida por Alfredo Allué Buiza, Instituto de estudios europeos, Universidad de Valladolid
- Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI). (2015). Las 10 amenazas a las libertades de expresión e información del nuevo Código penal. 18 de febrero. Recuperado el 12 de noviembre del 2016. Sitio web: <http://libertadinformacion.cc/las-10-amenazas-a-las-libertades-de-expresion-e-informacion-del-nuevo-codigo-penal/>
- Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI). (2015). Claves del nuevo Código penal aprobado por el congreso. 21 de enero. Recuperado el 12 de noviembre del 2016, de libertad de información. Sitio web: <http://libertadinformacion.cc/claves-del-nuevo-codigo-penal-aprobado-por-el-congreso/>
- Polaino, M. (2009) “Derecho penal del enemigo”, Barcelona. Editorial Bosch.
- Portero de la Torre, L. y Portero de la Torre, M. (2014) “Estudios Jurídicos de los delitos tipificados en el artículo 578 del Código Penal”, Madrid. Editorial DILES,S.L.
- Quintero, G. (2014), “Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre”, dir. Miguel Revenga Sánchez, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch
- Remezal, C. (2008). *Análisis de la legislación penal antiterrorista*. Madrid: Editorial Colex.
- Renart, F. (2003) “La libertad condicional: nuevo régimen jurídico adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, Madrid. Editorial edisofer Colección: 1ª Edición.
- Riveros, M. Y Cruzada, J. (2003) “Guerra Santa y Yihad. La Edad Media y Nosotros”, Viña del Mar. Ediciones Universitarias de Valparaíso
- Sánchez, C. (2015). *El triunfo del terrorismo*. 09 de febrero 2015. El mundo.
- Santa Cecilia, F. (2015) “legitimación y límites del ius puniendi”, VV.AA., Ángel Sánchez de la Torre, Cristina Fuertes-Planas Aleix (editores), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid. Editorial Dykinson.
- Santa Cecilia, F. (2003) “Delito de daños: evolución y dogmática, art. 263 Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho.
- Santa Cecilia, F. (2015). *Legitimación y límites del ius puniendi*. España. Editorial Dykinson.
- Salgado, M., (2003) “El Yihad. Teoría jurídica y praxis en el mundo islámico actual”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, núm. 10,pp. 111-112.

- Terradillos, J. (1988) "Terrorismo y Derecho", Comentario a las Leyes Orgánicas 3/88 y 4/88 de reforma al Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid. Editorial Tecnos.
- Torres, M. (2004) "Violencia y acción comunicativa en el terrorismo de Al Qaeda", Revista Política y Estrategia. nº 96, p. 85., Octubre-Diciembre.
- Torres, M. (2007) "La dimensión propagandística del terrorismo Yihadista global", tesis doctoral dirigida por Juan Montabes Pereira, Departamento de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Granada
- Vazquez, C. (2015) "Código Penal Comentado. Actualizado por las Leyes orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo", 1ª Edición, Madrid. Editorial: Atelier.
- YTM. (2015). Manifiesto íntegro de 60 catedráticos de Derecho Penal contra el nuevo código. Publicado el 22 enero. Recuperado el 12 de noviembre del 2016, sitio web: <http://www.yometiroal monte.es/2015/01/22/manifiesto-integro-60-catedraticos-derecho-penal-nuevo-codigo/>

## REFERENCIAS NORMATIVAS

- L.O. 5/2010. Ley Orgánica de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio).
- L. O. 2/2015. Ley Orgánica de 30 de marzo entró en vigor el día 1 de julio de 2015.



ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



# La protection judiciaire des droits sociaux en Colombie. Analyse jurisprudentielle.

*La protección judicial de los derechos sociales en Colombia.  
Análisis jurisprudencial*

**Germán Alfonso López Daza**

Professeur et Directeur du Master en Droit Public  
Université Surcolombiana - Colombie  
germanlo@usco.edu.co

**Carlos Fernando Gómez García**

Professeur de l'Université Surcolombiana - Colombie  
carlos.gomez@usco.edu.co

**Katherin Torres Posada**

Professeur de l'Université Surcolombiana - Colombie  
katherin.torres@usco.edu.co

Recibido: 09/02/2016      Aprobado: 30/05/2016

## RÉSUMÉ

Cet article est le résultat de recherches menées par le groupe de recherche Nouvelles Visions du droit de la Faculté de droit de l'Université Surcolombiana. Ce document analyse les contextes dogmatiques des droits sociaux à travers la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne. Le développement judiciaire des droits sociaux a été très important à tel point qu'ils ont un caractère de fondamentale.

## MOTS CLES

Actions constitutionnels; Cour Constitutionnelle colombienne; Droits sociaux; Justiciabilité de droits.

## RESUMEN

Este artículo es el resultado de una investigación desarrollada por el grupo Nuevas Visiones del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana. En este documento se realiza una presentación de los contextos tanto dogmático, así como jurisprudenciales de los derechos sociales en Colombia, que a partir de la Constitución Política de 1991, tienen carácter constitucional y que ha sido la Corte Constitucional desde sus sentencias, donde les ha dado la calidad de fundamental.

## PALABRAS CLAVES

Acciones constitucionales; Derechos sociales; Corte Constitucional Colombiana; Justiciabilidad de los derechos.

## INTRODUCTION

Dans l'ancienne Constitution colombienne de 1886, les droits sociaux n'étaient pas consacrés. Cette constitution fut changée par la Charte de 1991, laquelle inclut les principaux droits sociaux tels que la santé, la sécurité sociale, l'éducation, le logement et l'eau potable. Les droits sociaux ne sont pas définis par la Constitution de 1991 mais la Cour Constitutionnelle les a développés amplement.

La Cour a dit qu'ils sont des droits fondamentaux, c'est-à-dire, droits subjectifs avec un haut degré d'importance. Mais ce qui distingue les droits sociaux d'un autre droit, c'est le caractère de droits de prestation ; à savoir, que ce sont des droits généraux positifs qui obligent l'État à donner des prestations aux citoyens.

Les droits sociaux ont été protégés par la Cour Constitutionnelle depuis 1992. C'est-à-dire, la justiciabilité des droits sociaux en Colombie a été possible grâce à l'interprétation jurisprudentielle de la Cour Constitutionnelle.

Aujourd'hui tous les juges colombiens protègent les droits sociaux au moyen l'action de « tutelle » ou action de protection de droits fondamentaux. Cette intervention des juges a été initialement critiquée parce que les juges ordonnèrent dépense de ressources publiques pour protéger les droits sociaux. Dans beaucoup cas, les juges ordonnèrent l'arrestation des fonctionnaires pour ne pas exécuter l'ordre de protection d'un droit social.

C'est pourquoi tous les juges colombiens ont dû apprendre la théorie des droits fondamentaux et droits sociaux. Ils doivent résoudre les actions de tutelle et protéger les droits fondamentaux avec les précédents jurisprudentiels de la Cour Constitutionnelle.

Les droits fondamentaux sont ces droits qui détiennent l'homme par le simple fait d'être, à savoir qui appartiennent à l'être humain, sans distinction de race, de statut, de sexe ou de religion. Il a été donné

plusieurs dénominations telles que droits de l'homme ou droits de la personne (Alexy, 2002, p. 63). Ces droits sont garantis aux citoyens où le système juridique et politique est orienté vers le respect et la promotion de la personne humaine.

Les droits fondamentaux contiennent un support solide axiologique et proviennent d'un fondement éthique en faveur de la dignité humaine. Ces droits sont appelés Droits de première génération parce qu'ils sont historiquement les premiers à atteindre une reconnaissance formelle et la protection par la législation positive. Répond à l'idéologie de la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe siècle (Landa, 2002, p. 58). Dans ce contexte les droits civils et politiques reçurent le nom de Droits de la première génération des droits de l'homme.

Les droits de deuxième génération sont le résultat des changements produits par la révolution industrielle et de la technologie. Ils reflètent la nécessité d'intervention de l'État dans la défense des droits à l'éducation, la santé, la liberté d'association, de la culture et d'autres activités d'importance similaire (Vasak, 2004, p. 14).

Leur apparition est liée à la montée de ce qu'on appelle le constitutionnalisme social, répondre aux plexus idéologiques du début du XXe siècle. Son objectif est de résoudre le problème de la question sociale, soit répond à la préoccupation de supprimer les obstacles à caractère économique et social qui entravent le plein épanouissement de la personne humaine.

Ils se réfèrent à l'existence de conditions de vie et l'accès aux biens matériels et culturels nécessaires à la dignité de la famille humaine. La réalisation de ces droits ne dépend pas, en général, la création d'un ordre juridique ou une simple décision politique des instances gouvernementales, mais la conquête d'un ordre social en vertu de la règle de la juste répartition des biens, ce qui peut être réalisé progressivement, parce que son application est subordonnée à la disponibilité des ressources appropriées à leur satisfaction, de sorte que l'Etat acquiert l'obligation

acquiert l'obligation de répondre aux besoins du peuple.

L'accomplissement de ces obligations implique une sorte de jugement sur la politique économique et sociale de l'État, ce qui échappe à la sphère judiciaire et est confiée à plusieurs institutions - politiques techniques.

Certains doctrinants<sup>1</sup> ont fixé quelques caractéristiques des droits sociaux : l'existence d'une norme, une obligation et une position juridique, un niveau d'importance et un caractère général positif. Une autre caractéristique des droits sociaux est qu'ils ne peuvent être théoriquement réclamés par la voie judiciaire, puisqu'ils dépendent directement de la volonté des politiques qui définissent le développement des divers domaines d'application de ces lois, en augmentant ou en baissant les budgets respectifs. Cependant, en Colombie la Cour Constitutionnelle a ouvert le chemin vers la protection judiciaire des droits sociaux. Initialement ces décisions ont provoqué la protestation et l'opposition du gouvernement. Néanmoins, aujourd'hui la protection judiciaire de droits sociaux est acceptée par le Gouvernement et applaudi par le peuple.

Ce rapport vise à présenter de manière schématique l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle colombienne en matière des droits sociaux. À cette fin, la question se tiendra à 7 chapitres.

Dans les premiers chapitres, on analysera le concept de développement des droits constitutionnels en Colombie et sa protection. Ensuite, on traitera la liberté de configuration législative dans le développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels, et le développement jurisprudentiel du droit à la santé, le droit à l'éducation et le droit à l'eau. Finalement on présentera quelques conclusions.

## 1. LES DROITS CONSTITUTIONNELS EN COLOMBIE

Le concept d'Etat de droit implique la reconnaissance des droits des moins favorisés et des exclus ainsi que la recherche de la diminution des inégalités. La Cour Constitutionnelle dans son arrêt T -105 de 2009 réaffirme ce lien étroit entre la clause de l'Etat de droit et le respect de la dimension matérielle du principe d'égalité défini dans l'article 13 de la Charte colombienne (CConst. T-105/09, J.Córdoba).

Parmi les principes fondateurs de l'Etat de droit , on trouve les dispositions constitutionnelles spécifiques concernant d'abord la protection des droits dans les domaines du travail (article 54 de la CP) et de l'éducation (article 68 de la CP), et ensuite l'élaboration de politiques de prévision, de réhabilitation et d'insertion des personnes handicapées conformes aux obligations internationales de l'État (Art. 47 CP).

Dans un premier temps, la Cour a fait une différenciation doctrinale entre d'une part les droits civils et politiques, d'abstention et/ou de première génération, et d'autre part les droits sociaux, relatifs aux prestations et/ou de seconde génération. Les premiers sont immédiatement applicables avec obligation pour l'État de ne pas intervenir contrairement aux seconds qui requièrent des prestations positives de la part de l'État non exigibles immédiatement et nécessitant une procédure pour être garantis surtout lorsqu'il s'agit d'une prestation du service public (i) dont les ressources sont limitées (ii).

Pour ce qui est des droits sociaux, en particulier le droit à la santé, il n'y a aucune raison que les obligations négatives ou celles de caractère positif n'impliquant pas une dépense représentative (donner l'information) soient soumises à une réalisation à caractère progressif; par ailleurs, toutes les obligations positives n'ont pas un caractère progressif (ii). En effet, l'obligation d'adopter toutes

1- Par exemple, ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, pag. 38.

les mesures possibles conformément aux ressources disponibles et de garantir les dispositions concrètes établies par les organes compétents pour la protection des droits sont des obligations à caractère immédiat.

La Cour a exprimé dans ses toutes premières sentences que cette distinction présente un certain intérêt académique pour la compréhension de l'origine et de la création de certains droits mais qu'elle n'a en aucun cas une valeur normative. Elle ne peut être invoquée pour nier de façon définitive la justiciabilité d'un groupe de droits ou l'efficacité directe d'un autre groupe. Ceci s'explique par le fait que tout droit constitutionnel présente des facettes positives ou négatives.

De la même façon que la Cour a précisé que les obligations positives n'ont pas toutes un caractère progressif, elle a affirmé que les droits civils et politiques ne sont pas tous garantis par la non intervention de l'État.

Le tribunal constitutionnel a également indiqué que le fondement d'un droit ainsi que sa justiciabilité (ou exigibilité par voie judiciaire) ne sont pas logiquement des questions implicites, puisque les droits fondamentaux sont toujours susceptibles d'être soumis à des limitations raisonnables et proportionnées imposées afin de respecter d'autres principes constitutionnels. En conclusion, toutes les prestations correspondant à la protection d'un droit ne peuvent être exigées par voie judiciaire et toutes les particularités mentionnées peuvent s'expliquer par la complexité des droits constitutionnels.

Les obligations de respect, protection, garantie ou exécution du droit concernent plusieurs autorités qui les appliquent de différentes façons dans le temps. Ces considérations ont eu une influence considérable sur le développement de la jurisprudence constitutionnelle dans le domaine de la santé comme nous le verrons maintenant.

## 2. LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX, ECONOMIQUES ET CULTURELS PAR L'ACTION DE TUTELLE

La doctrine constitutionnelle a longtemps fait une distinction théorique entre les droits civiques et politiques faisant l'objet d'une protection judiciaire directe appelée Action de tutelle et les droits sociaux, économiques et culturels défendus par une procédure législative ou administrative.

Cependant, la Cour constitutionnelle a admis dans ses premiers arrêts, que l'action de tutelle peut également protéger des droits de la deuxième catégorie qui soient étroitement liés à un droit fondamental, position de la Cour connue comme «thèse de la connexité». La jurisprudence de la Cour y a recours pour défendre le droit à la santé.

«Un droit fondamental par connexité est un droit qui n'apparaît pas en tant que tel dans la constitution, chapitre 1, paragraphe 2, relatif aux droits constitutionnels fondamentaux mais qui est considéré comme tel en vertu de son lien intime et incontestable avec ceux-ci. Si un droit non défendu menace un droit fondamental, il est alors considéré comme droit fondamental par connexité. C'est le cas du droit à la santé, non considéré comme fondamental, mais qui le devient au cas où la non-assistance du patient met en danger son droit à la vie et bouleverse l'intégrité de la personne et la sécurité sociale de l'affilié ; il peut par conséquent être protégé par une action de tutelle.» (CConst. T-398/96, J. Arango)

La classification en chapitres correspondant à la division en catégories de droits fondamentaux, ignore la notion même de droits de l'homme en tant que droits humains inhérents (peu importe son apparence dans le temps et classement), qui sont fondés sur la dignité de son statut en tant que personne et les rend essentiellement liés, interdépendants et indivisibles.

La seconde étape de la protection des droits économiques, sociaux et culturels se fait à partir de l'interprétation de la jurisprudence antérieure dans l'arrêt SU-819 de 1999, selon «le critère de la

*transmutation*». Bien que ces droits soient de caractère prestationnel, puisque leur application dépende de normes budgétaires et de procédures, ils ont tendance à se transformer en droit subjectif du fait même qu'il y a des éléments concrets qui permettent d'exiger de l'Etat d'exécuter une prestation dont il est redevable. Ainsi, le devoir d'assistance s'exerce à faveur du plaignant.

Postérieurement, la Cour, dans l'arrêt T-197 de 2014, a précisé que les droits civils et politiques ainsi que les droits sociaux, économiques et culturels sont des droits fondamentaux impliquant des obligations à caractère aussi bien négatif que positif.

L'État est dans l'obligation de respecter et d'appliquer ces droits à caractère de prestation. Dans ce sens, tous les droits fondamentaux, quels qu'ils soient, présentent tous un caractère à prestation et dépendent donc des décisions budgétaires prises par l'État.

Il serait contradictoire de ne pas considérer les droits à caractère de prestation, le droit à la santé, à l'éducation, au logement, à l'eau potable comme des droits fondamentaux et aucun droit, y compris celui à la vie, ne pourrait avoir le caractère de fundamentalité.

De plus, ce serait aller à l'encontre des exigences internationales en matière de droits humains acceptées par l'État colombien et de l'article 93 de la Charte politique du pays.

La Cour Constitutionnelle (arrêt T-197, 2014) a tenu compte de la sentence de la Cour Interaméricaine des droits humains dans le cas *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* non pas pour établir des obligations en matière de droits sociaux, économiques et culturels, mais pour en dégager l'herméneutique en matière de protection de ces droits dans le système interaméricain: «*Dans ce sens, la Cour considère qu'il est pertinent de rappeler l'interdépendance entre les droits civils et politiques et les droits sociaux, économiques et culturels, ces derniers devant être considérés comme des droits humains, non*

*hiérarchisés et exigibles auprès des autorités compétentes*».

Selon la ligne jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle, la fundamentalité des droits ne dépend pas et ne peut dépendre de la façon dont ils sont appliqués dans la pratique. Tous les droits sont fondamentaux puisqu'ils protègent directement les valeurs que les constituants ont voulu inclure démocratiquement dans la catégorie des biens protégés par la Constitution.

Ces valeurs sont transcrites en normes juridiques qui définissent les frontières matérielles qui sont une protection contre l'arbitraire de l'État.

Ce qui revient à dire que dans un état démocratique et social de droit, tous les individus n'ont pas les mêmes chances et les mêmes opportunités et que c'est l'État qui doit pallier à ce déséquilibre en protégeant les personnes les plus démunies.

Le caractère fondamental des droits étant défini, il reste à considérer l'aspect concret, à savoir les actions qui protègent ces droits. Dans un pays comme la Colombie, caractérisé par un manque de ressources, c'est l'État qui doit garantir les droits et la dignité des personnes les plus défavorisées.

Aujourd'hui n'a pas du sens l'existence des exigences procédurales pour l'action de tutelle, par exemple au moyen de création judiciaire de la connexité d'un droit de première génération avec un droit de deuxième génération. C'est pourquoi la Cour a dit que tous les droits sont fondamentaux (CConst. T-016/07, H. Sierra).

### 3. LA FONDAMENTALISATION DES DROITS SOCIAUX

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle a admis que les droits civils et politiques ainsi que les droits sociaux, économiques et culturels sont des droits fondamentaux qui impliquent des obligations négatives et positives.

La Cour Constitutionnelle colombienne s'est inspirée de la doctrine internationale élaborée depuis la naissance des droits de l'homme pour réfléchir d'abord sur la différenciation faite par les constituants de 1991 entre les droits fondamentaux et les droits sociaux, économiques et culturels dits de seconde génération et à caractère prestationnel, et ensuite sur la justiciabilité et le caractère fondamental de ces derniers.

Dans un premier temps, elle a adopté la division stricte entre droits sociaux et fondamentaux et par conséquent admis l'absence de protection judiciaire des premiers. Dans un deuxième temps, elle a accepté de les qualifier de « fondamentaux » en vertu de leur relation incontestable avec les autres droits fondamentaux, qui pourraient être menacés si les droits sociaux n'étaient pas respectés.

Grâce à la « thèse de connexité », elle a autorisé la protection constitutionnelle des droits à la propriété, aux loisirs, à la protection de l'environnement, à la santé, au logement lorsque leur non application mettait en danger des individus étant tout particulièrement protégés par la constitution ou menaçait le droit à l'égalité, à la vie, à la dignité du plaignant.

Dans un troisième temps, le « critère de transmutation » a permis de résoudre le dilemme sur l'exigibilité des prestations découlant des droits sociaux et d'obliger l'État à exécuter ses obligations.

Elle a établi que les droits sociaux pouvaient acquérir des conditions d'effectivité et donc être protégés par action de tutelle, lorsque l'obligation de l'État serait démontrée de façon normative.

Les arguments relatifs au caractère « fondamental » des droits sociaux ont été réaffirmés par la jurisprudence actuelle pour que l'État respecte ses engagements dans ce domaine. Elle a rappelé que :

- i) Le caractère de droit « fondamental » répond à plusieurs critères, le plus important étant celui de la dignité humaine ;
- ii) tous les droits fondamentaux,

aussi bien ceux de première que de deuxième génération, sont positifs et négatifs, et par conséquent dépendent des distributions budgétaires de l'État ; iii) bien qu'en étroite relation, le caractère « fondamental » et la justiciabilité des droits sociaux se réfèrent à des notions différentes: le premier se rapporte aux valeurs que les constituants ont voulu protéger en les incluant dans la constitution et la seconde à la possibilité d'exiger le respect des droits par voie judiciaire (CConst. T-743/13, L. Vargas).

En conclusion, la Cour a déclaré que les sphères positives des droits constitutionnels, tous fondamentaux, sont exigibles par voie judiciaire en fonction de l'importance que leur accorde la charte politique, si d'une part ils ne requièrent pas un effort financier trop élevé de la part de l'État et si leur exécution est une garantie à la dignité humaine telle que la définit sa jurisprudence ou le droit international dans le domaine des droits de l'homme.

Le côté pratique de cette position de la cour est immédiat : le juge ne doit plus désormais démontrer le caractère fondamental du droit social à prestation en cas d'action de tutelle réclamant la protection d'un droit fondamental menacé.

Sa tâche consistera à vérifier quelles sont les obligations de l'État, et si la demande est justiciable d'un point de vue national et international.

L'État ne doit pas méconnaître ces droits et a obligation de mettre en œuvre une politique tenant compte de ses devoirs prestationnels.

Tous les droits constitutionnels fondamentaux, civils, politiques, sociaux, économiques, culturels, environnementaux, impliquent un caractère prestationnel et doivent faire l'objet d'une prévision budgétaire afin d'être garantis (CConst. T-160/11, H. Sierra).

Il serait contradictoire de ne pas reconnaître les droits sociaux comme étant fondamentaux et selon cette position on arriverait à la conclusion absurde que le droit à la vie ne le serait pas non plus.

D'autre part, la non reconnaissance de la fondamentalité des droits sociaux reviendrait à ignorer les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme définis par l'article 93 de la Constitution<sup>2</sup>.

Selon la jurisprudence de la Cour, le caractère fondamental des droits sociaux ne dépend en aucun cas de leur effectivité. Ils ne peuvent être conditionnés à l'existence d'une loi qui les mettrait en œuvre.

Tous les droits sont fondamentaux, puisqu'ils ont tous un lien étroit avec les valeurs défendues par la Constitution par des normes juridiques que l'État doit respecter sous peine d'agir arbitrairement.

Il en découle que dans un État social et démocratique de droit, tous les individus n'ont pas les mêmes chances et opportunités de vivre dignement.

C'est donc l'État qui doit protéger les personnes démunies et fragiles. C'est à l'État de corriger les déséquilibres et inégalités sociales existant dès la naissance.

Une fois, la fondamentalité des droits sociaux étant reconnue, il reste à examiner leur effectivité. Comment sont-ils défendus dans la pratique? Quelles actions judiciaires sont prévues pour les faire respecter? Dans un pays comme la Colombie dont les ressources sont insuffisantes, c'est à l'État et à ses représentants que revient le rôle de veiller au respect des principes d'équité, de solidarité, d'assistance et de mener des politiques qui

garantissent les droits sociaux aux personnes les plus démunies et de leur donner les moyens d'accéder à une vie digne.

Par exemple, dans le cas du droit fondamental à la santé, la Cour a dit à plusieurs reprises que ce n'est pas un droit dont la protection peut être demandée *prima facie* par action de tutelle. Son caractère prestationnel oblige l'État à prévoir un budget couvrant une garantie totale de ce droit ainsi que tous les autres dans un contexte financier insuffisant.

La recevabilité de l'action de tutelle ne peut aujourd'hui se baser sur la connexité avec les droits fondamentaux puisque tous ont plus ou moins un caractère prestationnel indéniable, mais sur l'ensemble des circonstances qui obligent à ce recours judiciaire pour que le droit fondamental soit effectif.

#### **4. LIBERTÉ DE CONFIGURATION LÉGISLATIVES DANS LE DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS**

La compétence du législateur dans l'élaboration et développement progressif des droits sociaux et culturels est définie dans la Constitution colombienne de 1991. L'article 152 de la Charte consacre les lois statutaires lesquels doivent développer les droits fondamentaux et les moyens de protection<sup>3</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle a expliqué que «la Constitution donna au Congrès une grande liberté

2 - Article 93. Les traités et conventions internationaux ratifiés par le Congrès qui reconnaissent les droits de l'homme et interdisent leur limitation dans l'état d'urgence prévalent dans l'ordre interne. Les droits et obligations mentionnés dans la présente Charte sont interprétés conformément aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la Colombie. L'État colombien peut reconnaître la compétence de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le Statut de Rome adopté le 17 Juillet 1998 par la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies et par conséquent de ratifier ce traité conformément à la procédure prévue dans la présente Constitution. L'admission d'un traitement différent sur les questions de fond par le Statut de Rome en ce qui concerne les garanties contenues dans la Constitution ne prendra effet que dans le cadre de l'affaire réglée dans le Statut.

3 - Article 152. À travers les lois statutaires, le Congrès réglera les questions suivantes:

- a) Les droits et devoirs des individus et les procédures et les recours pour leur protection fondamentales;
- b) L'administration de la justice;
- c) L'organisation et système de partis et mouvements politiques; statut de l'opposition et les fonctions électorales;
- d) Les institutions et les mécanismes de participation des citoyens.
- e) Les états d'urgence.
- f) L'égalité électorale entre les candidats à la présidence de la République qui remplissent les conditions fixées par la loi.

pour définir la portée de ces droits et des mécanismes institutionnels concrets et des procédures pour la mise en œuvre efficace»<sup>4</sup>.

Toutefois, cela ne signifie pas que le développement des droits prestationnels peuvent être ignorés ou méconnaître les valeurs constitutionnelles ni la base juridique constitutionnel relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le Congrès, qui engage le gouvernement colombien avec le la mise en œuvre progressive des droits sociaux et culturels.

Par conséquent, la Cour constitutionnelle dans l'arrêt C-1165 de 2000, a déclarée inconstitutionnelle l'article 34 de la loi 344 de 1996. Cette décision a établi que la baisse des ressources pour le système de santé subventionnées, en aucune façon tient fondement dans le postulat constitutionnel sur l'extension progressive de la sécurité sociale et la couverture, d'après l'article 48 de la Charte.

Il est évident que moins de ressources et plus des besoins non satisfaits dans la santé, étant donné les circonstances socio-économiques dans le pays, plutôt que d'augmenter la couverture de la sécurité sociale et la qualité de service, une réduction des ressources affectera négativement la population au détriment du bien-être de ceux qui ont le plus besoin de la solidarité tels que le personnes pauvres, diminué ou en état de chômage (CConst. T-1165/2000).

La Cour a dit que la rationalisation des dépenses publiques ne justifie pas la diminution aussi drastique des contributions du budget national destiné aux besoins de santé des secteurs les plus pauvres de la population colombienne, en particulier lorsque l'on considère la couverture de la sécurité sociale encore très loin de couvrir l'ensemble de la population colombienne.

Dans le même sens, la sentence C-671 de 2002 la Cour a déclaré que sans préjudice de l'objectif légitime de protéger la viabilité financière des

régimes spéciaux pour la santé de la sécurité sociale, la réduction de l'ensemble des bénéficiaires, l'exclusion est lui-même « un revers pour assurer le droit à la santé, des gens qui avaient garanti la protection de ce droit constitutionnel, sont alors exclus du système sans aucune garantie de couverture ».

La Constitution et les traités des droits humains disent que tous les droits sociaux ne sont pas immédiats et la mise en œuvre complète, toutefois, les États ont non seulement le devoir de prendre toutes les mesures possibles pour obtenir la réalisation progressive intégrante, mais doit également veiller à ce la jouissance de ces droits à tous les citoyens sans discrimination. Par conséquent, comme la Cour l'a déjà expliqué, en harmonie avec la jurisprudence et la doctrine internationale sur le sujet, le mandat de l'escalade ne devrait pas être traité comme une justification de l'inaction de l'État dans la protection de ces droits.

Par contre, l'État colombien a pris des engagements internationaux et constitutionnels clairs par rapport aux prestations des droits sociaux tels que la santé, l'éducation et de l'eau.

D'une part, l'État tient l'obligation de commencer immédiatement le processus menant à la pleine réalisation des droits sociaux. Et d'autre part, il y a des contenus minimaux ou essentiels pour la satisfaction du droit que l'État doit garantir à toutes les personnes. Autrement dit, la progressivité fait référence à la reconnaissance de meilleures prestations par rapport à chacun de ces droits sociaux, mais ce mandat ne dispense pas la violation du devoir de l'État d'assurer, dès que possible, la couverture universelle du contenu minimal de ces droits, comme la Cour l'a déjà reconnu.

Cet ordre de progressivité implique qu'une fois atteint un certain niveau de protection, la grande liberté du législateur dans la définition des droits sociaux est diminuée, au moins sur un point: le recul du niveau de

4 - Cour constitutionnelle colombienne, arrêt T-283 de 2006, magistrat Rapporteur Alvaro Tafur Gavis.

protection obtenu devrait être présumé, en principe, inconstitutionnelle et il est donc soumis à un contrôle judiciaire strict. Afin d'être constitutionnelle, les autorités doivent démontrer qu'il y a des raisons impérieuses qui font qu'il est nécessaire que l'étape régressive dans le développement d'un droit social de performance basé (CConst. C-228/11, J. Henao).

## 5. DEVELOPPEMENT JURISPRUDENTIEL DU DROIT A LA SANTE

L'article 49 de la Constitution stipule que le droit à la santé est un droit à la fois constitutionnel et un service public. Ce qui veut dire que tous les individus ont droit à la santé et que l'État a l'obligation de respecter, protéger et d'adopter des mesures pour assurer la réalisation de ce droit conformément aux principes d'efficacité, d'universalité et de solidarité (CConst. T-160/11, H. Sierra).

Cet article précise que l'État doit mettre en œuvre les politiques de prestation du service de santé fournies par les entreprises privées et exercer un contrôle sur ces plans d'action.

Cette protection du droit à la santé est renforcée par le droit international. L'article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme dit dans le paragraphe 1:

Toute personne a droit à une vie digne qui lui assure à lui et à sa famille l'accès à la santé, soit à l'alimentation, l'habillement, l'assistance médicale et les services sociaux.

L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels énonce très clairement et de façon exhaustive les dispositions relatives au droit à la santé : le paragraphe 1 dispose que les États parties reconnaissent « Le droit de tout individu à jouir d'une santé mentale et physique optimale ». Le paragraphe 2 énumère à titre d'exemples les mesures que les États doivent adopter en vue d'assurer la pleine réalisation de ce droit.

L'Observation générale 14 du Comité des Nations Unies relative aux droits sociaux, économiques et culturels rappelle que:

«La santé est un droit fondamental nécessaire ; sa réalisation est indispensable à la jouissance d'autres droits de l'homme. Tout être humain a le droit à jouir du meilleur état de santé possible.» (CConst. T-160/11, H. Sierra)

La Cour a argumenté la fondamentalité du droit à la santé en s'appuyant sur les décisions suivantes :

a) L'adoption de ce critère par la Salle plénière (arrêt C-811, 2007), dans le cas des couples homosexuels où l'un des individus est exclu du système de sécurité sociale et ne peut être ayant-droit de son compagnon ou compagne. Ce qui équivaut à un déficit de protection inacceptable d'un point de vue constitutionnel ; et

b) La doctrine du droit international des droits de l'homme qui prône l'égalité, l'interdépendance et l'indivisibilité de tous les droits.

La jurisprudence constitutionnelle définit le droit à la santé comme la faculté d'un individu à maintenir un fonctionnement organique normal aussi bien physiquement que mentalement et de se rétablir en cas de trouble organique et fonctionnel.

La Cour a également repris les quatre éléments qui protégeaient ce droit conformément à l'Observation générale 14 du Comité des droits sociaux, économiques et culturels :

b) L'accessibilité: les établissements, biens et services de santé doivent être accessibles à tous, dans la juridiction de l'État partie. Cette accessibilité inclut quatre dimensions :

i) la non-discrimination : les établissements, biens et services de santé doivent être accessibles aux populations les plus vulnérables et les plus marginalisées, sans aucune discrimination.

ii) accessibilité physique : cela implique une proximité géographique des établissements de santé pour tous les groupes sociaux vulnérables ou marginalisés, ainsi que pour les minorités ethniques, populations indiennes, femmes, enfants, adolescents, personnes âgées, handicapés, personnes atteintes du SIDA, l'accès aux services médicaux, à l'eau potable, à des toilettes pour tous, y compris dans les zones rurales, ainsi que des accès aménagés pour les personnes handicapées.

iii) accessibilité économique : il doit y avoir équité d'accès aux soins. Tous les services de santé et autres fournis par des établissements publics ou privés doivent obéir à ce principe d'équité qui exige une charge financière proportionnelle aux revenus des foyers (CConst. T-105/08, J. Córdoba).

## 6. LE DROIT A L'EDUCATION, DROIT SOCIAL FONDAMENTAL

L'article 67 de la Constitution Politique colombienne reconnaît que l'éducation est à la fois un droit et un service public devant garantir aux citoyens l'accès à la connaissance, à la science et à la culture<sup>5</sup>.

Cet article renforce la protection du droit à l'éducation pour les enfants, énoncé dans l'article 44 de la Constitution et souligne son importance pour la connaissance, le développement de la personnalité, l'égalité des chances et l'accès à la culture.

La norme supérieure a assigné la coresponsabilité de cette mission sociale d'envergure à la famille, la société et l'État. Elle a obligé l'État à mettre en œuvre des actions afin de réguler et contrôler le service de l'éducation et d'en garantir la qualité et la couverture géographique.

En tant que service public, l'éducation de l'Etat nécessite une action spécifique, liée à leur assurer une prestation efficace et continue à tous les habitants du pays, dans le respect des principes d'universalité, de solidarité et de redistribution des ressources dans la population économiquement vulnérables.

Dans sa dimension de droit, l'éducation a le caractère fondamental en ce qui concerne le rôle qu'il joue dans la promotion du développement humain et l'éradication de la pauvreté. Aussi à cause de son impact sur la réalisation des autres droits fondamentaux comme la dignité humaine, l'égalité des chances, le minimum de subsistance, la liberté de choisir une profession et la participation politique.

La Cour Constitutionnelle colombienne a reconnu dès ses premiers arrêts de la nature complexe de l'éducation en alignant son service public et de droit double. Néanmoins, considéré, d'une lecture exégétique de l'article 67 de la C.P., que l'accès et la permanence dans le système d'éducation font partie de son noyau essentiel du droit et, après avoir été appelé par la Charte comme un droit fondamental des enfants, la prestation est obligatoire jusqu'à 18 ans.

Les paramètres définis par le Comité, qui est l'interprète autorisé du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), dans l'Observation générale n°13 sur le contenu normatif de l'article 13 du Pacte, sur les buts de l'éducation, transformé cette conception diamétralement.

Depuis lors, la jurisprudence constitutionnelle a reconnu que le droit à l'éducation comporte quatre composants interdépendants structurels qui, à leur tour, sont réalisées par trois types d'obligations

5 - Article 67. L'éducation est un droit de l'individu et un service public qui a une fonction sociale; l'éducation a pour but l'accès à la connaissance, la science, la technologie, et d'autres biens et valeurs de la culture. L'éducation doit former sur le respect des droits de l'homme, de la paix et de la démocratie; et dans la pratique du travail et de loisirs, pour l'amélioration culturelle, scientifique, technologique et protection de l'environnement. L'État, la société et la famille sont responsables de l'éducation, qui est obligatoire entre cinq et quinze ans et doit comprendre au moins un an d'âge préscolaire et neuf ans du lycée. L'enseignement est gratuit dans les institutions publiques, sous réserve du paiement des frais de scolarité à ceux qui peuvent se permettre. Il correspond à l'état d'effectuer l'inspection finale et la supervision de l'éducation afin d'assurer leur qualité, le respect de ses objectifs et le meilleur développement moral, intellectuel et physique des apprenants; assurer une couverture adéquate du service et assurer aux enfants les conditions nécessaires à l'accès et la permanence dans le système éducatif. La nation et les entités territoriales doivent participer à la gestion, le financement et l'administration des services éducatifs de l'Etat, selon les termes de la Constitution et la loi.

différents. Ces composants ou caractéristiques dimensionnelles seront développées brièvement ci-dessous.

### 6.1. Disponibilité

Ce composant se réfère à répondre à la demande éducative de deux façons: la promotion de l'offre publique et d'encourager la création d'établissements d'enseignement privés. Mais cela signifie également que ces institutions et les programmes offerts sont disponibles aux étudiants.

Cela signifie respect de certaines conditions qui peuvent varier en fonction du contexte, tels que les infrastructures, matériel d'étude, des installations sanitaires avec des salaires concurrentiels, les bibliothèques, la technologie, etc.

En conclusion, la composante de la disponibilité de l'éducation comprenant i) l'obligation de l'État de créer et de soutenir les établissements d'enseignement; ii) la liberté des individus de fonder ces établissements et iii) investir dans les ressources humaines et matérielles au service.

### 6.2. Accessibilité

L'accessibilité protège le droit individuel à entrer dans le système éducatif en conditions d'égalité ou, en d'autres termes, l'élimination de toutes les formes de discrimination qui peuvent entraver l'accès.

Plus précisément, il est considéré que ces conditions d'égalité comprennent i) l'incapacité à limiter motifs d'accès interdit, de sorte que chacun a sa place, en particulier ceux qui font partie des groupes les plus vulnérables; ii) l'accessibilité géographique ou physique, réalisé avec les institutions d'accès raisonnables et des outils technologiques modernes et iii) l'abordabilité, impliquant l'enseignement primaire gratuit et l'introduction progressive de l'enseignement secondaire et supérieur gratuit.

### 6.3. Adaptabilité

L'exigence d'adaptabilité récuse l'idée que les étudiants qui doivent satisfaire aux conditions de fourniture de services éducatifs en vigueur dans chaque établissement, et nécessite, en revanche, il est le système qui répond aux besoins des étudiants, évaluer le contexte social et culturel dans lequel ils opèrent, afin d'éviter le décrochage scolaire.

Pour cette raison, la composante de la satisfaction de l'adaptabilité a été liée à des mesures pour adapter l'infrastructure des institutions et des programmes d'apprentissage pour les conditions requises par les étudiants, en particulier ceux qui font partie de groupes de population une protection spéciale, comme les personnes handicapées ou les capacités intellectuelles exceptionnelles, les enfants qui travaillent, les enfants qui sont privés de leur liberté, les étudiants issus de groupes minoritaires ethniques, les femmes qui sont enceintes et les étudiants résidant dans les zones rurales. Le composant spécifique d'aspiration de l'adaptabilité est, en définitive, pour que les étudiants restent dans le système éducatif.

### 6.4. Acceptabilité

Observation générale n° 13 du Comité Interprète du PIDESC (Comité des DESC) exige que la forme et le contenu de l'enseignement, y compris les programmes et méthodes d'enseignement, soient acceptables. Cela implique la pertinence, culturellement appropriés et de bonne qualité. Aussi, pour répondre aux objectifs de l'éducation mentionnés à l'article 13 du Pacte et les normes approuvés par chaque État en matière d'éducation. En outre, l'acceptabilité de l'enseignement implique l'équité.

Finalement, la Cour estime important de préciser que la conformité de l'acceptabilité de la part de l'assurance de la qualité de l'enseignement devrait être examinée dans le cadre du consensus auquel chaque pays met en œuvre par rapport aux priorités en matière d'éducation.

Dans son troisième rapport d'étape au Programme d'éducation pour tous, l'UNESCO a abordé cette situation dans les termes suivants:

«Bien que des tentatives pour définir «éducation de qualité» soulève une controverse considérable, dans ce troisième rapport de suivi sur l'EPT est évident qu'il y a des bases solides pour une compréhension commune. La question de la qualité doit être considérée compte tenu de la façon dont les différentes sociétés définissent le but de l'éducation. En plus de ces deux objectifs principaux: le premier est d'assurer le développement cognitif des élèves; la deuxième de souligner que l'éducation encourage le développement créatif et affectif afin qu'ils puissent acquérir des valeurs et des attitudes qui leur permettent d'être des citoyens responsables. Enfin, la qualité doit passer le test de l'équité comme un système d'éducation qui est discriminatoire à l'encontre d'un groupe particulier, que ce soit, ne remplit pas sa mission.» (CConst. T-743/13, L. Vargas)

Le devoir de l'Etat de réglementer les normes minimales régissant la fourniture des services éducatifs, est importante pour vérifier l'acceptabilité éducative dans le cadre de la qualité dans un cas particulier.

Fondée ces hypothèses de base, la tâche de l'Etat est composé d'assurer leur pleine conformité avec le principe de progressivité et l'interdiction de la régressivité de la couverture des droits sociaux, tels que l'éducation.

En outre, les instruments internationaux ratifiés par la Colombie ont considéré que le concept d'éducation acceptable implique: un contrôle adéquat et le suivi de l'activité éducative, l'interdiction des châtiments corporels et les traitements humiliants ou dégradants, l'adoption de mesures pour assurer que l'éducation est vue culturel aux minorités et de la formation des enseignants.

## 7. LA PROTECTION DU DROIT À L'EAU PAR L'ACTION DE PROTECTION DE DROITS FONDAMENTAUX

La Cour constitutionnelle colombienne a porté sur l'étude sur la viabilité de la protection judiciaire de l'eau et considérant que la nature a une double fonction de l'utilisation qui en est faite: droit fondamental et au droit collectif même temps.

La Cour estime dans les actions de tutelle si la demande de protection est visée pour protéger le droit à l'eau dans le sens général de protection de l'action de tutelle ; sinon, la personne doit présenter une action populaire consacrée dans la loi 472 de 1998 pour la protection d'un droit collectif.

La ligne jurisprudentielle sur le droit à l'eau peut être divisée en deux étapes. Dans une première étape caractérisée par le traitement timide par la Cour constitutionnelle, car il se trouve que l'eau n'a pas été traitée comme un droit fondamental, mais comme un élément essentiel pour la vie humaine élément qui peut conduire à une violation du droit à la vie, la santé, la santé publique et de la dignité.

Dans cette première période se trouve un groupe d'arrêts qui sont considérés comme représentatifs, parce qu'elles traitent l'eau comme un élément essentiel à la vie. La Cour souligne l'importance du précieux liquide. Ils sont des exemples de ce groupe d'arrêts: T-578/1992 MR Alejandro Martínez Caballero, T-244/1994 MR Hernando Herrera Vergara, T-244/1994 MR Hernando Herrera Vergara, T-092/1995 MR Hernando Herrera Vergara et T-379/1995 Antonio Barrera Carbonell.

Dans ces décisions, la Cour protège le droit au service de l'eau, le droit à un environnement sain et le droit à la santé publique, entre autres, comme un moyen direct pour la protection de l'eau, mais elle ne parle pas encore de droit fondamental. Dans les deux derniers arrêts, la Cour a protégé le droit fondamental à l'approvisionnement d'eau potable pour la consommation des plaignants et a ordonné la construction d'aqueducs dans les municipalités de

Aipe (département du Huila) et Guaduas (département du Cundi-namarca).

Dans une autre décision importante (arrêt SU-442/1997), la Cour a protégé le droit à la vie et à l'approvisionnement d'eau potable. Cette décision a été prise compte tenu l'insuffisance des services publics de l'aqueduc et d'égouts du quartier du Santa Marte nommé Taganga.

La Cour a ordonné au gérant de l'Enterprise Metroagua et au maire du Santa Marta d'engager la construction d'une nouvelle station de traitement d'eau potable pour le quartier.

Il est à noter qu'en dépit d'être de l'action de protection de droits collectifs l'utilisée parce qu'ils sont des droits collectifs, la Cour a protégé le droit parce que c'était une question de grand impact sur une communauté.

Dans la seconde étape, la Cour fait un développement beaucoup plus profond et direct du droit à l'eau comme un droit fondamental. Cette période peut être située entre 2007 à 2013 et se caractérise par la reconnaissance en tant que droit fondamental autonome. Cependant, les faits de l'arrêt étaient similaires de l'antérieure époque. (Accès à l'eau comme un service public).

Le but de cette protection était de garantir à une personne ou à la communauté l'accès à l'eau pour la consommation humaine, ou dans le cas où une entreprise de services publics suspendre totalement ou partiellement le service, et cette action affecte les droits fondamentaux des personnes avec protection constitutionnelle spéciale.

La Cour a dit que le droit à l'eau est une hypothèse fondamentale d'autres droits tels que le droit à la santé et le droit à l'éducation. Aussi le droit à l'eau fait partie du droit à un environnement sain, et les droits à la protection de la diversité ethnique et culturelle, étant donné que certaines communautés autochtones et afro-colombiennes ont des liens privilégiés avec la nature et l'eau.

La Cour a également protégé le droit fondamental à l'eau à partir de trois points de vue: selon les garanties minimales de la disponibilité, l'accessibilité, la qualité et la non-discrimination dans la distribution.

La disponibilité du service public à l'eau est violée dans les cas où l'accès est nié dû au manque du paiement. Exemple de ce cas est l'arrêt T-616/2010 MR Luis Ernesto Vargas Silva.

Le deuxième cas, celui de l'accessibilité est violé lorsqu'il empêche l'accès aux services nécessaires et la fourniture de services d'eau adéquats dans les cas où l'entreprise d'eau refuse d'installer ces connexions, ou quand imposent des coûts disproportionnés comme condition pour fournir l'infrastructure des réseaux locaux. Ce fut le cas de l'affaire T-279/2011 MR Luis Ernesto Vargas Silva dans lequel la Cour a reconnu le droit fondamental à l'eau potable.

Dans le troisième cas lié à l'aspect de la qualité, celui-ci est violé lorsque l'eau n'est pas reçue dans des conditions chimiques et physiques acceptables. Il a été le cas décrit dans le jugement T-410/ 2003 MR Jaime Córdoba Triviño.

La Cour constitutionnelle a également établi les caractéristiques du droit fondamental à l'eau qui peut être spécifié comme suit:

- Il présente un lien avec d'autres droits fondamentaux tels que la vie (CConst. T-567/12, M. Gonzalez)
- Il peut avoir le caractère du droit fondamental ou collectif (CConst. C 220/11, E. Montealegre)
- Il n'est pas un droit absolu
- Le principe de l'immédiateté (CConst. T-541/13, J. Pretelt)
- Il s'agit d'un service public par l'Etat (CConst. T-1089/11, L. Vargas)
- Le droit a un côté positif et négatif (CConst. T-749/12, M. Calle)

Enfin, la non-discrimination dans la distribution est justifiée dans les cas où il n'existe pas de

discrimination dans la distribution, de sorte que toutes les personnes ont accès à des quantités suffisantes du liquide.

De même, dans un arrêt récent, la Cour constitutionnelle protège le droit fondamental à l'eau et de la nourriture des peuples autochtones (groupe ethnique de Dujos, Tamaz-Paez) lorsque la Cour a protégé l'accès à l'eau de la réserve indienne Paniquita. Ce groupe ethnique avait souffert la violation de leurs droits à cause de la réglementation d'une concession et la servitude d'écoulement des eaux qui traverse la réserve indienne par une entité environnementale publique.

Dans ce cas, la Cour a reconnu la violation du droit fondamental à l'eau aux peuples autochtones et à la nourriture en tant que l'entité publique empêchait l'accès à l'eau.

Cette décision de la Cour est importante parce que c'était la première fois qu'un arrêt protégeait le droit fondamental à l'eau des communautés autochtones ainsi le droit à la nourriture. La restriction d'alimentation faite par l'organisme de l'État avait empêché la pleine jouissance de l'eau et le développement des activités agricoles des communautés autochtones affectant leur droit à une alimentation adéquate.

Ces décisions jurisprudentielles de la Cour Constitutionnelle montrent son souci de protéger le droit à l'eau malgré la non-existence d'une disposition constitutionnelle spécifique qui prévoit ce droit fondamental.

En conclusion, on doit affirmer que l'eau potable est un droit fondamental reconnu par la Cour, qui fait partie du noyau dur du droit à la vie avec dignité lorsqu'ils sont destinés à la consommation humaine.

Dans le même sens, alors, la Cour a jugé que le droit à l'eau peut être protégé par la tutelle quand elle contribue à la vie, la santé et la sécurité des gens, mais ce n'est pas fondamental quand il est destiné à d'autres activités, telles que la ferme ou terre inhabitée.

## CONCLUSIONS

Les droits économiques, sociaux et culturels en Colombie se trouvent à un haut degré de développement malgré les multiples difficultés sociales et de budget du pays. La croissance de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Constitutionnelle a été formidable.

Le juge colombien est devenu un créateur et protecteur de droits sociaux, ce qui auparavant était une affaire exclusivement politique. Il existe des conditions difficiles en Colombie pour obtenir une justice sociale efficace. La pauvreté, unie à l'isolement géographique de la population campagnarde, en plus des conflits armés internes, sont les conséquences de l'intromission du juge constitutionnel dans la matérialisation de droits sociaux.

Toutefois, cet aspect sur les droits sociaux et leur protection conséquente par les juges au moyen d'actions constitutionnelles doit être mis en évidence. Cette position des juges a donné lieu à des confrontations avec le secteur politique qui ne voit pas d'un bon œil l'«interférence» de fonctionnaires d'une autre branche dans des affaires qui relevaient exclusivement de l'exécutif et du législatif. Mais la tâche protectrice de la Cour Constitutionnel colombien se poursuit.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ALEXY, R. (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LANDA, C. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Dans: *Cuestiones Constitucionales* no. 6. Janvier - juin 2002, pag. 58.
- VASAK, K. (2004). *Les différentes typologies des droits de l'homme*. Dans : *Classer les droits de l'homme*. Bruxelles.

### Jurisprudence

- CConst. C-1165/00, A. Beltrán.
- CConst. C-220/11, E. Montealegre.

CConst. C-228/11, J. Henao.  
CConst. T-398/96, J. Arango.  
CConst. T-283/06, A. Tafur  
CConst. T-016/07, H. Sierra.  
CConst. T-105/08, J. Córdoba  
CConst. T-105/09, J. Córdoba  
CConst. T-160/11 H. Sierra  
CConst. T-1089/11, L. Vargas  
CConst. T-749/12, M. Calle  
CConst. T-567/12, M. Gonzalez  
CConst. T-541/13, J. Pretelt  
CConst. T-743/13 L. Vargas

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



# El matrimonio entre personas del mismo sexo: el caso de Alemania\*

## *Le mariage entre personnes de même sexe: l'exemple de l'Allemagne*

**Thomas Hochmann**

Profesor Universidad de Reims Champagne-Ardenne - Francia  
thomas.hochmann@gmail.com

Recibido: 16/03/2016      Aprobado: 04/08/2016

### RESUMEN

Este artículo hace una exposición de la actualidad sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en Alemania, así como el debate que constantemente se ha dado en los distintos aspectos de la actualidad tanto jurídica como política alemana. De igual manera se realiza un comparativo desde los conceptos y libertades otorgadas por la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley Fundamental de Bonn del 49.

### PALABRAS CLAVES

Corte Constitucional de Alemania; Derechos de los homosexuales en Alemania; Matrimonio homosexual; Principio de igualdad.

### RÉSUMÉ

Le débat sur le mariage homosexuel en Allemagne est développé dans cet article à partir de l'analyse de l'actualité juridique et politique de ce pays. L'approche académique est faite dans la perspective de l'égalité des droits des couples de même sexe d'après l'analyse juridique du travail du Parlement et de la Cour Constitutionnelle allemande. De même, une comparaison est faite à partir des concepts et libertés conférés par la Constitution de Weimar de 1919 et la Loi fondamentale 49.

### MOTS CLÉS

Cour Constitutionnelle allemande; Droits des homosexuels en Allemagne; principe d'égalité; mariage homosexuel.

### INTRODUCCIÓN

Si sus antepasados no hubieran salido de Alemania, James Obergefell probablemente nunca hubiera conocido a John Arthur<sup>1</sup>. Y aun suponiendo que el destino se encuentra todavía en su camino, él no se habría casado en su país. El matrimonio no está abierto a aquellas personas del mismo sexo en Alemania. Desde hace quince años, el Parlamento y la Corte Constitucional, han asegurado un estatus legal a las parejas homosexuales.

\* Este estudio fue parte del expediente sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo presentada en AIJC-XXX, 2014.

1 - Por supuesto, más radicalmente, si los antepasados de James Obergefell no habían salido de Alemania, James Obergefell no existiría.

La República Federal de Alemania es uno de los Estados cuya Constitución menciona explícitamente el matrimonio. En el marco del primer párrafo del artículo 6 de la Ley Fundamental, "el matrimonio y la familia están bajo la protección especial del Estado". El debate sobre la situación jurídica de las parejas del mismo sexo, por lo tanto, se centra en la interpretación de esta declaración, y de dos aspectos. Lo primero que se tradujo en una serie de sentencias de la Corte Constitucional Federal, es si la "protección especial" del matrimonio se opone a la creación de un instrumento que da a las parejas homosexuales los mismos derechos que los «cónyuges». La segunda doctrina, más limitada, se refiere al término "matrimonio": ¿Puede incluir a las parejas del mismo sexo?

### 1. MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y ALIANZA HOMOSEXUAL: SEPARADOS PERO IGUALES

La igualdad de derechos para las parejas homosexuales es el trabajo en conjunto entre el Parlamento y la Corte Constitucional. La primera, desencadena el proceso y la segunda aporta al término. En 2001, una ley para "poner fin a la discriminación de las personas del mismo sexo" permite que estas parejas proporcionen un marco jurídico para su relación. Con este fin, se creó un nuevo instrumento, con el nombre de "sociedad de vida registrada" (eingetragene Lebenspartnerschaft, a continuación: "Asociación"), abierto sólo a las parejas del mismo sexo y que les dio algunos de los derechos que disfrutaban las parejas casadas<sup>2</sup>. Los gobiernos de los Estados federados de Sajonia y Baviera demandaron ante la Corte Constitucional con el fin de que ella otorgue un control abstracto de esta ley. Ella fue justada conforme a la Constitución del 17 de julio de 2002. La Corte, en particular, desestimó el argumento según el cual la "protección especial" del matrimonio mencionada en el artículo 6 implicaba la obligación de limitarse a cierta distancia del régimen que podría beneficiar a otras comunidades (Abstandsgebot). Defendida por un

número de autores citados por la Corte, y retenida por el juez Haas en un voto disidente, este razonamiento considera que la Constitución ordena favorecer el matrimonio y por lo tanto, en desfavorecer las otras "formas de vida". Para la mayoría de los jueces, sin embargo, el artículo 6 sólo requiere proteger el matrimonio, y no discriminar otras formas de unión. El aspecto "especial" de protección simplemente es que sólo el matrimonio está previsto en la Constitución".

El artículo 6 prohíbe al legislador interferir con la libertad de casarse, o colocar el matrimonio en una posición desfavorable. Pero la nueva asociación sólo puede desarrollarse para tales efectos cuando no se aplica a las parejas heterosexuales. No hay competencia entre el matrimonio y la asociación, ya que están destinados a parejas diferentes. La nueva ley no puede tener ninguna consecuencia perjudicial para el matrimonio. Además, dijo la Corte que "el artículo 6 no impide que el legislador pueda apoyar las parejas homosexuales en sus derechos y obligaciones iguales a los de los esposos".

Alentados de esta manera, el legislador ha completado en el año 2004 el régimen de asociación más cercano al de matrimonio<sup>3</sup>. Una serie de derechos, sin embargo, se mantuvo reservada para los cónyuges. En primer lugar, la Corte Constitucional consideró que esto viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Ley Fundamental<sup>4</sup> que fue justificada por el artículo 6. En una serie de decisiones, abandonó este razonamiento y gobernó la mayor parte de estas distinciones contrarias al principio de igualdad. Así, la Corte ordenó al legislador acabar no solo con el régimen de las diferencias entre los cónyuges y parejas en relación con las pensiones de los funcionarios, sino también con el impuesto sobre sucesiones y donaciones, el pago de un tratamiento adicional a los funcionarios en las parejas, los derechos de transferencia de la propiedad, adopciones sucesivas, y el impuesto sobre la renta.

2 - Ley del 16 de Febrero de 2001: 'Ley para terminar con la discriminación que enfrentan las comunidades homosexuales: asociaciones'.

3 - Acta de revisión de la ley de unión civil del 15 diciembre 2004, en vigencia desde el 1 de enero de 2005.

4 - Artículo 3, párrafo 1: "Todos los seres humanos son iguales ante la ley".

En todos estos casos, la Corte recuerda que el principio de igualdad prohíbe el trato diferencial de las personas que se encuentren en una situación similar. Sólo las diferencias suficientemente grandes en una misma situación y una relación racional con la normativa impugnada permiten la discriminación.

Esto es particularmente difícil de justificar cuando se extrae de ciertos criterios enumerados en el párrafo tercero del artículo 3 de la Ley Fundamental. Esta disposición prohíbe en efecto la discriminación que se fundamenta en determinados factores, como el género, puntos de vista religiosos o "raza"<sup>5</sup>. Ciertamente, la orientación sexual no aparece entre los criterios. Los jueces, sin embargo, consideran que es muy estrecha y hacen hincapié en que se encuentra entre las prohibiciones de discriminación contenidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21). Por otra parte, si el Parlamento ha renunciado a mencionar explícitamente la orientación sexual en una revisión de la Constitución en 1993 con el argumento de que la jurisprudencia constitucional ya se ha presentado sobre la base del párrafo primero del artículo 3, este tipo de discriminación requiere un control exigente como se deduce del tercer párrafo. La discriminación basada en la orientación sexual está sujeta a un estricto control. Sin embargo, el régimen desfavorable de esta alianza, se une bien con este artículo. La Corte no posee mucho entusiasmo a la hora de sustentar, siendo defendida por algunos autores, argumentando que la distinción entre el matrimonio y la asociación es independiente de la orientación sexual. Ciertamente, un hombre heterosexual puede casarse con una mujer, así como un heterosexual puede aliarse con otro hombre. Este razonamiento es, sin embargo

"demasiado formal" y no coincide con la realidad. La elección de un matrimonio o pareja no es distinguible de la orientación sexual.

Cualquier diferencia de trato entre la asociación y el matrimonio, es por tanto objeto de un control muy minucioso. Contrariamente a la opinión defendida por varios autores, algunos muy hostiles a la concesión de derechos legales a los homosexuales<sup>6</sup>, la protección especial del matrimonio mencionada en el artículo 6 no es suficiente por sí sola, para justificar tal discriminación. Esta disposición autoriza al Estado para favorecer el matrimonio con relación a otras comunidades de personas menos estrechamente relacionadas. Pero ella no permite una discriminación de una asociación, que como el matrimonio, es una responsabilidad legal mutua prevista para durar. Las dos situaciones son comparables, y la infracción del principio de igualdad, por lo tanto, requiere una justificación sólida que se adhiere a la diferencia entre el matrimonio y la asociación. Pero como la única diferencia entre los dos instrumentos se ata a la combinación de sexos, la Corte no puede identificar ninguna evidencia que justifique las medidas litigiosas en cada una de estas sentencias.

En particular, la posibilidad biológica de una pareja heterosexual para producir descendencia, no justifica un trato diferente de la asociación. Para algunos autores, el matrimonio está protegido, ya que permite la reproducción. Poco importa si los cónyuges pueden o desean tener hijos: la Constitución protege de manera general el "potencial reproductivo" del matrimonio<sup>7</sup>. Sin embargo, al contrario de lo establecido en el artículo 119 de la Constitución de Weimar que definía el matrimonio

5 - Artículo 3, párrafo 3 "Ninguna persona podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, parentesco, raza, idioma, patria y origen, creencias, convicciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser discriminado debido a su discapacidad".

6 - Véase especialmente Cristiano Hillgruber "Anotación", art. cit., p. 42, que el artículo 6 excluye la aplicación del artículo 3: ninguna alegación sobre el trato igual a la que se atribuye al matrimonio es constitucionalmente aceptable. La prohibición de la discriminación por orientación sexual, finalmente añade Hillgruber es una probable causa inconstitucional a la penalización de la pedofilia (ibid., P 43, nota 12). En un artículo que tenía algún impacto, Hillgruber suena la alarma y centra la persecución a las que somete el lobby homosexual, con la ayuda del estado, la minoría que todavía creen que la homosexualidad es anormal y amoral. Cristiano Hillgruber, "¿Dónde está la libertad de los demás?" Frankfurter Zeitung Allgemeine 20 de febrero de 2014, www.faz.net.

7 - Ver Günter Krings, "A partir de la diferenciación de la oferta a la prohibición de la diferenciación - Pareja de supervivencia registrada", Derecho Administrativo de Nueva Zeitschrift de 2011, p. 27; Gunther y Dietrich Gade Christoph Thiele, "el matrimonio y la unión registrada", art. cit., p. 144, con referencias adicionales.

como "el fundamento de la vida familiar, la preservación y el crecimiento de la nación"<sup>8</sup>, el artículo 6 de la Ley Fundamental no prevé tal relación. El matrimonio es distinto de la familia; los cónyuges no están diseñados principalmente como padres potenciales. El quinto párrafo del artículo 6 demuestra que: "la ley debe garantizar que los hijos naturales tengan las mismas condiciones que los hijos legítimos con respecto a su desarrollo físico y moral y su estatus social".

Por otra parte, más que exigir una discriminación, el interés superior del niño exige la igualdad de trato entre el matrimonio y la asociación. En la sentencia sobre adopciones sucesivas, la Corte consideró que el niño adoptado por una pareja de asociados es inconstitucionalmente objeto de discriminación en relación con los niños adoptados por una pareja de esposos. Lejos de justificar un trato diferente, el bienestar del niño exige la apertura de esta técnica de adopción a los asociados. La mayoría de los estudios, considera la Corte, desmiente la tesis según la cual un hogar homosexual sería perjudicial para el niño. Al igual que el matrimonio, la asociación se adapta perfectamente a la creación de una situación parental y a la fundación de una familia.

Si el artículo 6 permite al Estado favorecer el matrimonio por encima de otras relaciones, éste no autoriza poner en desventaja la asociación, ya que corresponde a una situación similar que se distingue únicamente por la combinación de los dos sexos. A través del principio de igualdad garantizado en el artículo 3 de la Constitución, a los compañeros sentimentales se les han concedido los mismos

derechos que a los cónyuges. Además de la adopción conjunta, la apertura a las parejas del mismo sexo parece inevitable<sup>9</sup>; sólo quedan diferencias anecdóticas que subsisten todavía y están destinadas a desaparecer<sup>10</sup>. Muchos autores, tanto a favor como en contra a esta jurisprudencia, son bastante críticos con el razonamiento del Tribunal. En efecto, si el artículo 6 permite fomentar el matrimonio pero no a las comunidades de vida similares en desventaja, parece privada de todo sentido. El principio de igualdad, previsto en el artículo 3, excluye por sí solo discriminar entre situaciones similares. Más que otorgar a los asociados una protección idéntica a la del matrimonio por medio del principio de igualdad, la cuestión se centraría en incluir simplemente el dominio protegido en el artículo 6.

## 2. ¿UN "MATRIMONIO" HOMOSEXUAL?

Garantizando el matrimonio, el artículo 6 de la Ley Fundamental pone en lugar lo que la doctrina Alemana llama un "derecho fundamental caracterizado por normas" (normgeprägtes Grundrecht). Así como la propiedad (artículo 14) y la asociación (Artículo 9), el propósito de esta disposición es un conjunto de normas jurídicas. Si es posible expresarse o ir y venir independientemente de la existencia de normas jurídicas, no es posible casarse o ser propietario por fuera del derecho. Gertrude Lübbe-Wolff distingue así las "libertades naturales" de las "libertades constituidas por el Estado", de la misma manera que John Searle oponía las reglas "normativas" a las reglas "constitutivas".

8 - El Artículo 119 de la Constitución de Weimar dice: "el matrimonio como la base de la vida familiar y la preservación y propagación de la nación bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad de los sexos".

9 - La prohibición de la adopción conjunta de un niño por los dos compañeros parece estar suspendida: la motivación de la sentencia relativa a la adopción sucesiva debería conducir lógicamente a su inconstitucionalidad. Ver Frauke Brosius-Gersdorf " La igualdad y la unión civil " El derecho de familia y El proceso de derecho de familia, 2013, p. 170. En enero de 2014, la Corte Constitucional evitó decidir este punto al declararlo inadmisibles por no estar suficientemente fundamentado sobre la pregunta que le fue dirigida por un tribunal (BVerfG 23 de enero de 2014, 1 BVL 2/13). Unos días más tarde, un tribunal de apelaciones reconoció la adopción común realizada en los EE.UU. por un par de mujeres casadas en California, según el Tribunal, una adopción común está siendo prohibida en Alemania, ya que no es fundamentalmente contraria al orden público alemán (OLG Schleswig 27 de enero de 2014, Nueva Revista de Derecho de Familia 2014, 480, señala Tann).

10 - Pocas disposiciones legales que se refieren únicamente a cónyuges están pendientes de una corrección por el legislador. Un escritor menciona como ejemplo un artículo de la Ley de explosivos.

El campo de aplicación del artículo 6 de la Ley Fundamental depende del legislador, que es competente para dar forma al matrimonio. El parlamento no dispone, sin embargo, de una libertad total para definir el matrimonio: de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia alemana, la Constitución le impone el cumplimiento de ciertos elementos de algunos "principios estructurales esenciales". La controversia doctrinal sobre la apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo se centra en la cuestión de saber si la diferencia de los sexos constituye uno de estos elementos esenciales. Con ésta afirmación, una revisión de la Constitución es necesaria. De lo contrario, una simple ley es suficiente.

El artículo 119 de la Constitución de Weimar mencionaba la naturaleza heterosexual del matrimonio, en el que aseguraba que éste se apoyaba sobre "la igualdad en derecho de los dos sexos". El artículo 6 de la Ley Fundamental, por el contrario, no contiene ningún detalle en este sentido. Por supuesto, no hay duda de que los autores de la Constitución de 1949 no preveían un momento en que dos hombres o dos mujeres pudieran casarse. A la época de la redacción de la Ley Fundamental, los actos homosexuales entre hombres también estaban expuestos a una pena de prisión, en virtud del famoso artículo 175 del Código Penal, que no fue derogado hasta 1994. En 1957, la Corte Constitucional juzgaba que dichos actos eran generalmente percibidos como una violación manifiesta a las buenas costumbres<sup>11</sup>. En 2013, en la sentencia relacionada con las adopciones sucesivas, citaba este precedente, para señalar a qué punto la percepción social de la homosexualidad había cambiado. Sin embargo, la Corte nunca

ha renunciado a mencionar la diferencia de sexos entre los elementos estructurales del matrimonio, quedando fuera de la disposición del legislador. En 1959 como en 2002, ella define el matrimonio como "la unión de un hombre y una mujer en el marco de una comunidad de vida decidida libremente, prevista para durar, y en la que está involucrado el Estado" en la jurisprudencia de Karlsruhe, el matrimonio, en el sentido del artículo 6, queda reservado para heterosexuales<sup>12</sup>.

Dentro de la doctrina alemana, son pocos los que defienden un "Originalismo" radical, en virtud del cual la solución de un problema de derecho constitucional debería ser buscada en las apreciaciones putativas de los autores de la Ley Fundamental<sup>13</sup>. Sólo, tal vez, Christian Hillgruber parece sugerir un enfoque de este tipo durante un debate llevado a cabo en 2013 en el Congreso de los profesores de derecho público<sup>14</sup>. La mayoría de los autores consideran más bien que una transformación de las apreciaciones sociales frente al matrimonio y las parejas homosexuales, se podría llegar a cambiar el "significado" del artículo 6. El criterio de las diferencias de sexos cesaría si deja de ser un elemento esencial del matrimonio, para ser entregado a disposición del Parlamento. El concepto de "cambio constitucional" (Verfassungswande) se emplea generalmente en relación con este fenómeno. El debate adquiere un giro empírico. Algunos argumentan que la diferencia sexual siempre es considerada en la sociedad como condición estructural del matrimonio, mientras que otros aseguran que este no es el caso. El problema es que, como a menudo ocurre con los juristas, estas afirmaciones con pretensión descriptiva no se apoyan sobre ninguna investigación empírica<sup>15</sup>.

11 - El mismo año, los cines alemanes estaban planeando el nuevo trabajo de Veit Harlan, de *Anden du Undich* (§ 175). El estreno de la película fue rechazada inicialmente por el órgano de censura, de que no era lo bastante hostil a los homosexuales. La versión revisada retrata la homosexualidad como un peligro para algunos hombres jóvenes amenazados por los amantes del arte moderno perversos y la cultura griega.

12 - El Tribunal de Justicia ha reconocido el matrimonio homosexual como un caso excepcional. Una ley presentada a la disolución de un matrimonio anterior cambiando el estado civil de una persona que había sido objeto de una operación de cambio de sexo. La Corte dictaminó en 2008 que esta disposición viola el artículo 6 y el derecho general de la personalidad. BverfGE 121, 175. Un matrimonio contraído entre un hombre y una mujer, por tanto, puede continuar después de uno de los cónyuges ha cambiado de sexo.

13 - En palabras de Jack Balkin, sería para estos autores para buscar la "Aplicación original esperada."

14 - En esencia, Hillgruber explica que las parejas homosexuales no son un fenómeno nuevo. Que ya existían en 1949. El Tribunal Constitucional no sustituye su propia evaluación fue la de los autores de la Constitución. Una enmienda constitucional debe ser un requisito legal para traducir los nuevos diseños sociales.

15 - Gade y Thiele, por ejemplo, se basan casi exclusivamente en los artículos de los abogados, que no son sin embargo los más certeros para identificar las concepciones sociológicas dominantes.

Esta controversia parece poco fructífera: cada una según sus preferencias, considera que la diferencia de los sexos constituye o no un criterio "esencial" del matrimonio. Otro enfoque, que no es completamente desconocido para la Corte Constitucional es de tomar en serio el carácter "constitutivo" (en el sentido de Searle) del artículo 6. El estado de las concepciones sociales frente al matrimonio homosexual es un tema que emerge de una apreciación política del legislador, pero que no se relaciona con la interpretación constitucional. El artículo 6 permite muy libremente al Parlamento determinar las expectativas de la sociedad, y donde sea necesario, seguirlos<sup>16</sup>. Esta disposición reenvía a la ley la tarea de definir el matrimonio, que es una noción intrínsecamente jurídica. Su apertura a homosexuales no está prohibida ni exigida por la Constitución; se deja a la discreción del legislador.

Ciertamente, el artículo 6 establece todavía un marco para el desarrollo legislativo del matrimonio. Sin embargo, se puede considerar que es mucho más amplia que los límites establecidos por la Corte Constitucional, que se atan a los "principios estructurales esenciales" salidos de "la forma de vida preexistente" en la reglamentación del matrimonio. Estos límites más bien se derivan del lenguaje ordinario. El legislador no sabría calificar como "matrimonio" un contrato de trabajo o una asociación deportiva. Sin embargo, el artículo 6 no impide que el legislador un día designe una forma de unión de varias personas, una unión temporal, o un poco más probable, la unión de dos personas del mismo sexo. De tales evoluciones legislativas no operarían un "cambio de sentido" de la Ley Fundamental<sup>17</sup>, en el hecho de que ésta atribuye justamente la definición de matrimonio al legislador. Ellos no constituyen ninguna "mutación constitucional", ya que ellas intervendrían en el seno de un marco de repente abierto para tales modificaciones.

Si el Parlamento venía de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional no debería por tanto, oponerse sobre el fundamento del artículo 6 a una tal medida. La decisión sobre las adopciones sucesivas lo evidencia. El Tribunal considera que los "padres" que se mencionan en el párrafo segundo del artículo 6<sup>18</sup> incluyen padres del mismo sexo: "desde que la ley reconoce la relación jurídica de dos personas del mismo sexo, éstos deben ser también considerados como padres en el sentido de la Constitución". La Corte hace hincapié en el texto de la Ley Fundamental, que evoca simplemente a los "padres", no a "padre y madre". Otra configuración era impensable en la época de la redacción de la Constitución: padres del mismo sexo superaban el entendimiento. Pero el hecho es que el texto de la Constitución no excluye esta posibilidad. Este razonamiento parece perfectamente aplicable al matrimonio.

En pocas palabras, el matrimonio es un concepto jurídico cuya definición depende del legislador. El texto de la Constitución no limita este poder, y la opinión que tienen del matrimonio los ancianos reunidos durante el verano de 1948 en una isla en el lago Chiemsee no tiene ningún tipo de relevancia jurídica<sup>19</sup>. La Constitución no prohíbe al legislador abrir el matrimonio a personas del mismo sexo. Pero hay que ser conscientes, sin embargo, que dicha medida no tendría ningún efecto jurídico real: no queda más que "pocas diferencias" entre los regímenes jurídicos del matrimonio y la asociación, y las que quedan están condenadas a desaparecer.

Aparte del aspecto simbólico, los efectos de la introducción del matrimonio homosexual en la legislación alemana serían esencialmente sensibles dentro de la dogmática, es decir, el método seguido para controlar el respeto de los derechos fundamentales. Las uniones homosexuales estarían directa-

16 - Cuando se refiere a los derechos de las minorías, un legislador claramente evita buscar una satisfacción sistemática a las preferencias de las mayorías. Un cierto número de disposiciones constitucionales también sirven para evitarlas.

17 - Una disposición constitucional puede conocer una sensación de cambio cuando los nuevos hechos, no previstos, surgen en su campo, o cuando los hechos conocidos aparecen en una nueva luz en una evolución general.

18 - La crianza y educación de los niños es el derecho natural de los padres y una obligación que incumbe ante todo a ellos. La comunidad Estado deberá supervisar la manera en que se desempeñan estas tareas.

19 - Sabemos que antes del proyecto de ley orgánica fue preparado en la Isla de Herrenchiemsee en agosto de 1948 y tuvo una gran influencia en el texto final.

mente protegidas por el artículo 6, además de disfrutar las garantías de la igualdad de matrimonio a través del artículo 3. Pero este detalle, ciertamente, atrae más la atención de un puñado de profesores de derecho como principales interesados<sup>20</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benedict, J., (2013). "El matrimonio bajo la protección especial de la Constitución – Una Conclusión Provisional". Alemania. Periódico Jurista , p. 486
- Dierrich, G., y Thiele, C., "El matrimonio y la unión civil", p. 145; Walter Frenz, Deutschland. P. 1201
- Epping, V., (2012). "Grundrechte". Heidelberg, Springer. P.435
- Fromont, M. (2009) «République Fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2009» BVerfGE 124, 199 (7 juillet), p. 1147;
- Fromont, M. (2010) «République Fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2010 », BVerfGE 126, 400 (21 juillet), p. 1055.
- Fromont, M. (2013) BVerfGE 18, 133, 590 (09 février) «République Fédérale d'Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 2013», p. 1115.
- Jouanjan, O. (2003). La cuestión del cambio constitucional informal y perspectivas teóricas en la obra de Georg Jellinek en Alexandre Viala. La Constitución y el tiempo. L'Hermès. P. 188.
- Lothar, M. (2010) "Asociaciones civiles bajo la protección especial de la orden estatal," Nuevo Semanario Judicial, p. 3538
- La note très critique de Christian Hillgruber, (2010) «Anmerkung », Juristen Zeitung, pp. 41 ; et la réponse de Dieter Classen, «Erwiderung», Juristen Zeitung, pp. 411 s.
- Obergefell, H. (2015), Tribunal Supremo de los Estados Unidos
- Searle, J., Speech, A., (1969) Cambridge, Cambridge University Press, p. 33; Les acres de langage, trad. fr. H. Pauchard, Paris, Hermann, p. 72.
- Sieglinde, G. (2011) en Thomas Harlan (2013) Veit, Capricci, pp. 105

---

20 - El primer círculo estaría interesada que consiste en profesores homosexuales el derecho alemán. Sin embargo, se puede suponer que haya una fracción más bien a reducida de la población alemana.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



# El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte\*

*The right to life as a fundamental right within the Ecuadorian constitutional framework with particular reference to abortion, euthanasia and the death penalty*

**Grisel Galiano Maritan**

Profesora Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil – Ecuador  
griselgaliano1986@gmail.com

Recibido: 26/01/2016 Aprobado: 08/05/2016

## RESUMEN

Uno de los temas más recurrentes dentro de los estudios del Derecho Constitucional, lo es sin duda, el estudio de los derechos fundamentales, entendidos como aquellos derechos del hombre por medio de los cuales la persona, en los diversos ámbitos de su vida, encuentra amparo y protección constitucional. Dentro de la amplia gama de derechos fundamentales existentes, se considera el derecho a la vida como el más trascendental, pues mediante éste se podrán disfrutar plena y jurídicamente los demás. Por ello, este derecho constituye para los ciudadanos una garantía donde el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y protección de la persona humana. El derecho a la vida se protege por la Constitución ecuatoriana en el artículo 66, apartado primero, al expresar que se garantiza y reconoce a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, y no habrá pena de muerte; por lo que no cabe duda alguna que su reconocimiento constitucional, forma a su vez, la propia garantía que asegurará su ejercicio. En la investigación se realiza un análisis jurídico del aborto, la eutanasia y la pena de muerte a partir de la regulación que en la Constitución de 2008 se ofrece ante tales situaciones que ponen en riesgo la vida como derecho fundamental. Su principal resultado está dado por el análisis jurídico del derecho a la vida, en pos de lograr una verdadera protección de este derecho, no solo desde una perspectiva constitucional, sino también, civil y penal.

## PALABRAS CLAVE

Aborto, derechos fundamentales, eutanasia, muerte, persona, vida.

## ABSTRACT

One of the most recurrent topics in the study of Constitutional law, without a doubt, is the study of fundamental rights, understood as those rights in which the person finds refuge and constitutional protection. Within the wide range of the existent primary rights, the right to life is considered the most significant because through it, people will be able to fully and legally enjoy all other rights. For this reason, the right to life represents a guarantee within

\* - Se trata de un artículo de reflexión terminado desde un enfoque analítico, crítico e interpretativo sobre un tema específico.

a legal and political system guided by the respect and protection of the individual. The right to life is protected by the Ecuadorian Constitution in article 66 section one, when expressing that the right to the inviolability of life is guaranteed and recognized thus rejecting the use of death penalty. That is why there is no doubt that its constitutional recognition, constitutes at the same time the guarantee to ensure its exercise. In this research, a juridical analysis of abortion, euthanasia and the death penalty is carried out according to the 2008 constitutional regulation offered for such situations in which the fundamental right to life is at risk. The legal analysis regarding the right to life yields the research's principal results with the purpose of achieving the true protection of this right, not only from a constitutional perspective but also from a civil and judicial one.

## KEYWORDS

Abortion, death, euthanasia, fundamental rights, life, person.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en los derechos del hombre y del ciudadano, así como cuando se habla de derechos humanos, fundamentales o de la personalidad, todos giran en torno al mismo núcleo central: la esencia, naturaleza y existencia de la persona humana y los derechos que derivan de tal condición.

En la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos celebrada en Viena en junio de 1993, la comunidad internacional reiteró su convencimiento de que estos derechos constituyen un todo interrelacionado e interdependiente, universal e indivisible.

Los distintos ordenamientos jurídicos tienen la obligación de hacer de los derechos una realidad para todos mediante actividades de protección y fomento que abarquen todos los ámbitos normativos. El reconocimiento por las Constituciones de los derechos fundamentales se inserta en la lógica del constitucionalismo más reciente, en el que confluye la tradición liberal de los derechos de libertad, junto a las aportaciones de la tradición socialista. Ambas influencias aparecen hoy en el marco del Estado social y democrático de derecho, como dos ámbitos que lejos de excluirse, se complementan.

Lo anteriormente expuesto significa que los derechos fundamentales son aquellos que pertenecen al ámbito individual y de la vida privada

de las personas y que requieren en mayor o menor medida la intervención de los poderes públicos a fin de asegurar el efectivo ejercicio por sus legítimos titulares.

Los derechos fundamentales son parte de la constitución, y por ello, tienen la más elevada jerarquía entre todas las normas del país. Están investidos de una enorme protección e inviolabilidad legal, y se definen como aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos.

Dentro de todos los derechos humanos existentes y reconocidos en la Constitución de Ecuador, se dedicará esta investigación al estudio del derecho a la vida, por considerarse el derecho más importante del hombre, del cual dependen el resto de los derechos, pues sin éste, los demás carecerían de sentido; por eso se afirma que el derecho a la vida es condición *sine qua non* para la existencia de los demás derechos. Sin duda alguna, la tarea más importante de todos es asegurar a cada persona sobre la tierra el derecho a la vida. En las famosas Siete Partidas que nos dejó Alfonso X el Sabio, se dice que: "quien me priva de la vida, me priva de mis demás derechos".

El derecho a la vida se reconoce subjetivamente por primera vez en el artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y apenas 24 horas antes, el 9 de diciembre de 1948,

la Asamblea General aprobó la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, y dos años después se reconoce en la Convención de Roma sobre los derechos del hombre.

La vida es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de desear en todos los demás miembros de la sociedad una conducta de respeto a su subsistencia (González, 1989).

El reconocimiento de este derecho varía en dependencia de la legislación que tomemos como referencia. Así, por ejemplo, en España no se reconoce el aborto, mientras que en otros países como Holanda, al igual que en algunos estados de los Estados Unidos y en Australia, se regula la eutanasia.

En tal sentido, la Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce el derecho a la vida en el artículo 66 primer apartado, precepto que está estrechamente relacionado con el artículo 45 del propio texto constitucional, cuando en el primer inciso establece: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

El Código Orgánico Penal integral protege también el derecho a la vida en el capítulo segundo titulado: “Los delitos contra los derechos de libertad” en su Sección Primera denominada delitos contra la inviolabilidad de la vida.

El derecho a la vida no se puede enajenar, ni renunciar, ni ceder, pues de allí proviene su verdadera esencia, y en caso que pudiera enajenarse, renunciarse o cederse, se perdería su naturaleza distintiva.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como en casi todos, se niega la posibilidad de considerar los derechos fundamentales con carácter absoluto, en tanto se le reconocen a los derechos ciertas limitaciones. La regla anterior se aplica al derecho a la vida como derecho fundamental, y por ello, en Ecuador no se admite ni el aborto, ni la eutanasia, ni la pena de muerte.

El principal objetivo que tiene la investigación es fundamentar los presupuestos teóricos y legales de los derechos fundamentales, y en especial el derecho a la vida en el ordenamiento constitucional ecuatoriano.

Para darle cumplimiento al objetivo planteado, se utilizaron como métodos de investigación como el histórico-lógico, exegético-analítico, jurídico comparado y la técnica de investigación ‘análisis de documentos’. El trabajo se ha desarrollado teniendo en cuenta el tratamiento doctrinal y legal que se le brinda a la vida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN

La definición de los derechos fundamentales, aunque pudiera parecer una cuestión de rutina teórica –precisamente por la importancia que ocupan para la sociedad y las personas– se convierte en una temática de extraordinaria importancia que los ordenamientos jurídicos constitucionales deben tutelar.

Sin embargo, no existe uniformidad a la hora de definirlos, pues algunos los denominan ‘derechos del hombre’, otros ‘derechos humanos’ y otros ‘derechos de la persona humana’; no obstante, en todos los casos, su contenido siempre gira en torno a la consideración de que solo el hombre puede ser titular de derechos, sean cuales fueren, si bien tienen a su favor la práctica de su uso.

En este caso, resulta conveniente utilizar el término *derechos fundamentales*, pues es la denominación que ofrece la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Constitución Española de 1978, y otras normas nacionales e internacionales.

Resulta una cuestión real, que el término *derechos fundamentales* es relativamente de reciente aparición, pues la expresión *droits fondamentaux* aparece en Francia hacia la década de 1770, en el marco del movimiento político, ideológico y cultural

que condujo a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su formulación jurídico-positiva en los textos constitucionales no fue expresa hasta que el constitucionalismo alemán -identificándolo como *Grundrechte*- lo acuñara inicialmente en la Constitución de Frankfurt en 1848, rescatándolo luego en la Constitución de Weimar (1919) y definitivamente en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Para el constitucionalismo latinoamericano su incorporación es un legado de la impronta del constitucionalismo cubano, toda vez que fue la Constitución cubana de 1940 la pionera en su empleo (Pérez Luño, 1994).

Resulta válido señalar, que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no comienza sino hasta las dos primeras décadas del siglo pasado, como consecuencia de las repercusiones internacionales de la Revolución Socialista en Rusia, y de la crisis ocasionada por el capitalismo liberal. Empero, no debe omitirse el impacto provocado por la Declaración soviética de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en 1918.

Es una realidad, que desde los primeros textos internacionales, estos se pronunciaban por la igualdad. Un ejemplo de ello lo constituye la Declaración francesa de 1789 que en su primer artículo reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (Sánchez Viamonte, 1956).

Por otra parte, la Encíclica de Juan XXIII "*Pacem in Terris*" del 11 de abril de 1963 plantea:

En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables, y no pueden renunciarse por ningún concepto (Giménez, R. 1963).

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ha respondido a la reafirmación del

valor jurídico de los textos constitucionales, identificados como la fuente superior de sus respectivos ordenamientos jurídicos, permitiendo, consecuentemente, un reforzamiento en el reconocimiento, ejercicio y protección de aquellos (García Cotarelo, 1986).

Se definen los derechos fundamentales como aquellos de los cuales el hombre es titular desde su nacimiento, no solo por el hecho de que así lo dispongan las normas jurídicas, sino porque, por el solo hecho de ser hombre, gozan de tal reconocimiento (Fernández Galiano, 1983).

Como consecuencia de lo anteriormente expresado, es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo, religión o estado; por tanto, existen y se reconocen por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria.

Existen autores que al definirlos, refieren que el ejercicio de los mismos no puede ser cohibido por el poder, por el contrario, están obligados a reconocerlos y garantizarlos; así, por ejemplo, Truyol (2002) coincide en que son aquellos derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su naturaleza innata, que le son inherentes y que no nacen por una concesión de la sociedad política, sino que deben ser por ésta respetados y garantizados.

En opinión de Castán Tobeñas (1976), los derechos fundamentales de la persona humana, considerada tanto en su aspecto individual, como comunitario, son aquellos que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social), deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad, y además, por las normas jurídicas positivadas, cediendo en su ejercicio, ante las exigencias del bien común.

Más acertada nos parece la tesis iusnaturalista defendida por autores como Pérez Luño (1994), y Martín Retortillo (1999), según la cual, y de modo resumido, los derechos fundamentales constituyen una dotación jurídica básica igual para todas las

personas, puesto que todas participan por igual de la naturaleza humana, frente a lo que ocurre con los otros derechos, en los que cada persona los ostentará o no, según las circunstancias en que se encuentre.

Los derechos fundamentales son, en sí mismos, derechos subjetivos y, por tanto, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás, y los diferencia por sus propias características distintivas.

Para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos jurídicos; esto quiere decir que son derechos que tienen fuerza de ley, o sea, no son meros ideales o aspiraciones que los hombres y las mujeres de nuestro país deberían tener o quisieran tener, sino que son libertades, prerrogativas y condiciones de vida que todas las personas en Ecuador tienen y la ley les garantiza.

Las violaciones de cualquiera de estos derechos fundamentales, se pueden hacer valer frente a los tribunales en caso de vulneración mediante la presentación de una acción judicial para asegurar que su derecho sea respetado.

En segundo lugar, los derechos fundamentales son constitucionales. Esto significa que dichos derechos están reconocidos en la propia Constitución de 2008, considerándose parte de la Constitución y como tal tienen la más elevada jerarquía entre las leyes del país, estimándose investidos de gran protección e inviolabilidad legal.

En tercer lugar, son derechos personales, lo que significa que constituyen libertades, prerrogativas y condiciones de vida que tiene todo hombre y toda mujer precisamente por su carácter de persona. Dicho de otra manera, se trata de los derechos que toda persona tiene sólo por su condición humana. Por ello, también se les conoce como “derechos humanos” (Carrillo, S., 2003).

En cuarto lugar, se les considera derechos frente al Estado, gobierno o país, por considerarse libertades, prerrogativas y condiciones de vida que toda persona tiene el derecho de tener; en conclusión, porque están dirigidos a regular lo más importante de la conducta de los poderes públicos con respecto a las personas del país (Alexy, 1993).

En quinto lugar, los derechos fundamentales no son absolutos, y ello es así por el hecho de que cada cual debe ejercer sus derechos teniendo en cuenta los derechos de las demás personas, y teniendo en cuenta también el bienestar general de la comunidad; como toda persona tiene los mismos derechos que cualquier otra, nadie puede ejercer los suyos a costa de los derechos del otro, o de los derechos del resto (Fuster, 1965).

En sexto lugar son inalienables, pues no pueden ser transferidos a otro titular, a *contrario sensu* de lo que ocurre con los demás derechos; imprescriptibles, es decir, no se pierden por el simple transcurso del tiempo; irrenunciables, pues el sujeto no puede renunciar a su titularidad, indivisibles e interdependientes entre sí, y además universales, lo cual significa que todos ellos además de ser poseídos por todos los hombres, traen consigo que entre las personas se de una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos fundamentales (Chiriboga Zambrano & Salgado Pesantes, 1995).

De tal suerte, gozan de máximo rango, no sólo por utilizarse como instrumento de jurisprudencia constitucional de carácter vinculante, sino porque, en casi todos los casos, se encuentran consignados ampliamente en los textos constitucionales, tal y como ocurre con la Constitución de Ecuador de 2008, en su artículo 66, primer apartado.

## **2. LA VIDA HUMANA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. NATURALEZA JURÍDICA**

La vida humana es un fenómeno complejo, tal vez el más complejo e importante sobre el que se pueda tener conocimiento. El desarrollo de la ciencia aún no ha determinado el momento exacto de su surgimien-

to, por lo que resulta imprecisa la explicación del tiempo específico de su aparición y comienzo de su evolución, aunque no caben dudas de que es parte de la vida en general (Martínez Gómez, 2010).

Para Recansens Siches (1963), la vida es aquella cuestión que nos retrotrae a la modalidad de existencia de un ser del universo, que no sólo se diferencia de los demás, “sino que es el ser fundamental” porque su vida es la realidad primera, radical, y a la vez, la base y ámbito de desarrollo de todos los otros seres.

La vida humana no debe considerarse como un simple hecho, sino que también encierra un importante valor, considerándose un valor absoluto, o un valor relativo, justificándose los juicios valorativos objetivamente en el primer caso, y de forma subjetiva en el segundo (Álvarez Chaviano, 2002).

Afirma Vidal (1991) que el derecho a la vida humana se considerará siempre como el primer valor que debe defenderse, y se debe considerar en relación a la totalidad axiológica de la persona, y no en la de algún componente, parte o cualidad aislada, como la razón, la conciencia, la sensibilidad, la libertad o el consentimiento.

Si vamos a determinar la naturaleza jurídica del derecho a la vida, nos percatamos que se considera como un derecho subjetivo no patrimonial, que la doctrina ha denominado derechos inherentes a la personalidad. Los estudios doctrinarios siguen diferentes criterios al clasificar los derechos inherentes a la personalidad, no obstante, nos centraremos en aquellos que consideran el derecho a la vida como un derecho subjetivo.

Para Díaz Migrans (2006) los derechos subjetivos se entienden como son aquellas facultades que la propia norma le confiere a la persona, solo por considerarse como tal, recayendo sobre bienes relacionados con su propia naturaleza y que a la vez le son intrínsecos como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre, entre otros.

En cambio, en relación a la anterior definición, afirma Pérez Fuentes (2004) que se considera como aquel conjunto de derechos inherentes a la propia persona, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.

En ese sentido, Vila-Coro (1995) sostiene que el objeto del derecho a la vida es un bien: y ese bien sería la vida humana, mientras que su sujeto es el ser humano, por lo que sería un error confundir al sujeto individuo, con el objeto, que es su vida.

Como afirman Díez Picazo y Gullón Ballesteros (1994), la vida es “un bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás”, pero en modo alguno no se podría afirmar que es un bien o valor sólo individual, porque es también familiar y social, aspecto sobre el cual ya hace más de veinte siglos el pensamiento filosófico ha venido insistiendo.

Resulta unánime el criterio de considerar la vida humana no sólo como un valor fundamental, sino como requisito *sine qua non* para la existencia del resto de los derechos, debiendo ser respetado por todas las personas y la sociedad, por considerarse el primero de los derechos al cual el ordenamiento jurídico debe prestar especial protección y defensa.

La vida como tal, es un bien existencial, no patrimonial, y se manifiesta como una modalidad de existencia de la persona. Su configuración personal es única e irrepetible porque tiene por base una naturaleza compleja, que es a la vez objetiva, subjetiva, biológica, social e individual, de ahí que no se pueda identificar con el sujeto, ni con su corporeidad biológica, y mucho menos con el contexto en que éste gestiona su propia existencia de modo individual y colectivamente.

Ello justifica la autonomía del derecho del cual es objeto, que ocupa un lugar cimero dentro de los demás derechos inherentes a la personalidad por su condición de esencial y básico, pues sin la existencia o cualidad ontológica de ser, sería imposible hablar de la persona humana y de sus derechos.

De esa forma, “la protección del derecho a la vida, constituye a la vez una garantía para su ejercicio, requiriendo para ser eficaz su reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos constitucionales, de forma tal que se garantice el ejercicio pleno con base a la dignidad plena del hombre y el desarrollo de su personalidad” (Pérez Hernández & Prieto Valdés, 2004).

Con el reconocimiento constitucional del derecho a la vida, lo que se persigue es que no se viole este derecho o, al menos, que no se prive a nadie arbitrariamente de su vida, y se creen garantías para su conservación, disfrute y desarrollo, además de evitar su supresión, anulación o desnaturalización mediante las leyes ordinarias.

El reconocimiento del derecho a la vida, como el de todos los demás derechos de la personalidad y derechos fundamentales, está en dependencia del régimen socioeconómico y político del país. En este mismo sentido, se requiere de leyes que desarrollen la preceptiva constitucional, regulando los contenidos propios de este derecho, las condiciones jurídicas para su ejercicio, y los límites que el legislador le impondrá.

La protección de este derecho se inserta dentro de la institución de control de la constitucionalidad como mecanismo de defensa de la Constitución, que en Ecuador sería la Constitución de 2008, siendo diversas las instancias ante las que se puede interponer el recurso de amparo.

Por último, resulta dable señalar que en Ecuador, al igual que en Bolivia, Colombia, Chile y Perú, se lleva a cabo a través de los Tribunales Constitucionales; en Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Venezuela mediante una Sala Especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia, mecanismo de control seguido también por Nicaragua que lo instituyó como Corte Constitucional, pero igualmente dentro de la Corte Suprema; en Guatemala, por medio de la Corte Constitucional, y en Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay, se efectúa a través de la Corte Suprema de Justicia (Villabella Armengol, 2004).

## 2.1 Principales características del derecho a la vida

Cuando hablamos del derecho a la vida, no podemos obviar que se trata en primer lugar de un derecho inherente a la personalidad o personalísimo, como también se les denomina. Afirma Rogel Vide (1985) que el derecho a la vida será objeto de los derechos inherentes a la personalidad o derechos fundamentales, en dependencia del ámbito jurídico donde se protejan, es decir, en el ámbito del derecho privado constituirán los derechos de la personalidad, y en el ámbito del derecho público, en particular, el constitucional, se llamarán derechos fundamentales.

Dentro de la amplia gama de derechos fundamentales, hay una especie que se les denomina derechos de la personalidad, caracterizados por ser inherentes a la persona. Se considera que todos los derechos de la personalidad, incluyendo la vida -como el fundamental de todos ellos-, deberían ser derechos fundamentales, lo que significa que deben consagrarse en la Constitución.

Empero, no todos los derechos fundamentales se pueden considerar derechos inherentes a la personalidad, sino solo aquellos que se relacionan con la condición de ser humano, los que tienen que ver con su naturaleza misma, tanto en el ámbito físico o corporal, como en el orden moral o espiritual (Valdés Díaz, 2013).

Los derechos inherentes a la personalidad hoy se suelen agrupar en dos esferas fundamentales: la física o corporal, que incluye el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la libertad; y la moral, que comprende el derecho al nombre, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen (Domínguez Guillén, 2003).

En general, el derecho a la vida se ubica por la doctrina dentro de los llamados derechos físicos o corporales de la personalidad, que son considerados esenciales, y donde se suelen incardinar también el derecho a la integridad física y el derecho a la

libertad. La preservación de la integridad física es condición básica para la conservación de la propia vida, que se manifiesta a través del cuerpo y depende del funcionamiento de un sistema de órganos y tejidos organizados corporalmente.

La caracterización del derecho a la vida no puede hacerse al margen de los caracteres propios de los derechos de la personalidad. Por ello, el derecho a la vida es originario o innato, porque nace con la persona, es connatural a ella, de ahí que no se necesite ningún mecanismo de adquisición (Valdés Díaz, 2004).

El Derecho lo que hace es reconocerlo, garantizándole a cada individuo un status intangible mediante la imposición al resto del deber de respetar dicha condición como verdadero principio constitucional, protegido por el ordenamiento jurídico en su carácter de fundamental, y por consiguiente, constitucional.

Es un derecho vitalicio, porque sigue a la persona durante toda su vida y termina solo con la muerte de su titular; es necesario, pues corresponde a toda persona y no puede faltarle durante su vida, aunque en ciertos casos, su ejercicio se pueda ver limitado por sanción de la autoridad pública en caso de imposición de una pena de muerte, aunque no es el caso de nuestro país, en el que se prohíbe de forma explícita la pena de muerte en la Constitución, artículo 66, primer apartado.

También es esencial, porque atañe a la existencia física o jurídica del ser humano, y también porque constituye el “*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”, pues si se pierde la vida, desaparece con ella su titular. De ahí el carácter irreversible de toda violación de este derecho, que por tal razón ha llegado a ser considerado más que esencial, esencialísimo (Beltrán de Heredia y Castaño, 1976).

También es un derecho que se caracteriza por su inherencia, porque es inseparable de la persona; es además un derecho individual, ya que se reconoce en favor de cada persona considerada individual-

mente, con el fin de asegurarle su existencia física, que es única e irrepetible en el género humano y, por tanto, distinta de las demás; privado, porque protege al individuo en su interior o “hacia dentro” y no en su actuación externa o pública; y absoluto porque concede a su titular un poder inmediato y directo sobre el bien (su vida), y puede ejercitarse contra todos los miembros de la sociedad, *erga omnes*, reconociéndose la obligación pasiva universal de respetarlo (Castán Tobeñas, 1991).

Por último, se considera personalísimo, pues es un derecho que corresponde ejercer a su titular, por ser la vida un bien intrínsecamente relacionado con la propia persona y su dignidad.

### 3. EL ABORTO EN ECUADOR. ANÁLISIS JURÍDICO

El derecho a la vida se ha considerado como uno de los primeros derechos del hombre, y si este no se respeta y reconoce constitucionalmente, todos los demás derechos carecerían de valor, por lo que se torna imprescindible su reconocimiento, protección y salvaguarda por parte del Estado, pues se considera un atributo inseparable de la persona que condiciona su existencia.

La vida es el derecho por excelencia que prevalece sobre el resto de los derechos, ya sean, personalísimos, o fundamentales, por el simple motivo que ninguno de ellos puede existir, si no existiese aquel, simplemente porque si no hay vida, no hay existencia del ser humano. Por tanto se puede afirmar que la vida constituye un requisito *sine qua non* para la existencia de la persona.

En Ecuador se reconoce de forma expresa en la Constitución que la vida comienza desde la concepción, y por tanto, la individualización de la persona, a partir de sus características, se determina por el material genético a partir del cigoto. De tal manera, desde el momento de la fecundación del óvulo, existirá un ser vivo, y que por tanto, es merecedor de tutela jurídica.

La vida constituye el presupuesto básico que permite el desarrollo de todos los demás derechos, y, por tanto, debe ser protegida, incluso, desde la concepción. En el caso del *nasciturus*, desde el momento de la concepción, la vida humana se vuelve una realidad, y el momento en el que nace la criatura marca el tiempo a partir del cual es apto para una vida independiente de la madre, adquiriendo individualidad humana.

De esa forma, la protección de la vida desde la concepción, se debe insertar dentro de las garantías previstas en la Constitución de cualquier país. La Constitución de Ecuador protege el derecho a la vida del *nasciturus* en su artículo 45 cuando establece que el Estado de Ecuador garantizará la vida, incluyendo su cuidado y protección desde la concepción.

De la exégesis del anterior precepto se infiere que constituye una obligación del Estado el reconocimiento y protección de la vida desde la concepción, lo que significa que no puede desprotegerla en el proceso de desarrollo de la vida misma, en este caso la vida del *nasciturus*, por cuanto la vida humana constituye un bien jurídico fundamental, cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (Díaz Pintos, 2006).

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano se prohíbe el aborto, regulándose así en el capítulo segundo del Código Orgánico Penal Integral, que se titula “*Delitos contra los derechos de libertad*”, estableciendo en su primera sección aquellos delitos contra la inviolabilidad de la vida. El artículo 147 condena con privación de libertad de siete a diez años, cuando la víctima así lo hubiera consentido, a aquella persona que haya aplicado los medios para hacer abortar a una mujer embarazada, y cuando la víctima no lo ha consentido con pena privativa de libertad de trece a quince años.

Seguidamente, el artículo 148 sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años el aborto no consentido para la persona que haga abortar a una mujer que no ha aprobado aquello, y si los

medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa.

Para el caso del aborto consentido, el artículo 149 establece una pena privativa de uno a tres años para aquella persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello. En el caso de la mujer que promueva su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada de seis meses a dos años.

Por tanto, el Código Orgánico Integral Penal protege el derecho a la vida como bien jurídico a salvaguardar, estableciendo una pena tanto para la mujer que de manera dolosa provoca o consiente el aborto, así como también a quienes lo causan o colaboran en su producción.

En el caso del artículo 150, se establece por el legislador una excepción de impunidad cuando el aborto se ha practicado para evitar un peligro a la vida o salud de la mujer embarazada, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios y si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental, siempre que el aborto se haya practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal.

De igual forma, el Código Civil en su artículo 61 establece que se protegerá la vida del que está por nacer –*nasciturus*– y el juez podrá, a petición de cualquier persona o de oficio, tomar todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará, respondiendo ello al principio de considerarle eventuales derechos patrimoniales bajo la condición suspensiva de que nazca vivo.

El Código de la Niñez y la Adolescencia igualmente establece en su artículo 20 denominado “derechos de supervivencia”, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la vida desde su concepción.

En Ecuador se han ratificado varios pactos y tratados de índole internacional que establecen una protección directa del derecho a la vida, y en tal caso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, en su segundo párrafo, éstos prevalecerán sobre cualquier otra norma.

Por su parte, la Convención Americana de derechos humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en su cuarto artículo, numeral primero, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y ese derecho estará protegido por ley, a partir de la concepción.

El artículo primero de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre de 1948 protege el derecho a la vida; la Declaración Universal de los derechos humanos en su artículo tercero, de igual forma hace mención al reconocimiento expreso de la vida, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo sexto señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, dispone en el artículo segundo que el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley.

De igual forma, de la interpretación del Preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en el que se plantea que el niño necesita por su falta de madurez física y mental, protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento, se puede colegir que está protegiendo la vida del niño desde la concepción.

Por lo anteriormente expresado, en Ecuador es protegido el ser humano en estado embrionario desde el momento en que es concebido y durante todo el proceso de gravidez hasta su nacimiento, tal y como se establece en la Constitución, en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado, en el COIP, en el Código Civil y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

#### 4. LA EUTANASIA. SU REGULACIÓN JURÍDICA EN ECUADOR

En nuestro país, la eutanasia aún no es reconocida, pues se defiende el criterio de que su reconocimiento actuaría como un límite del derecho a la vida, en tanto es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. La eutanasia, aunque no es aceptada, constituye un tema de debate por el número de personas con enfermedades incurables y terminales para su vida que existen en la actualidad.

En ese sentido, la voz “eutanasia” procede etimológicamente del griego *eu* (bien) y *thanatos* (muerte), por lo que viene a significar buen morir o buena muerte. Para Tettamanzi (2002), la eutanasia es la intervención –la mayoría de las veces médica– que suprime, sin dolor y anticipadamente, la vida de los enfermos terminales o con sufrimientos incurables o próximos a la muerte, y de personas irreversiblemente incapacitadas (niños anormales, ancianos incapacitados) y/o que padecen gran dolor, con la intención de no hacerles sufrir.

Por su parte, Verspieren (1985) la define como el acto o la omisión que provoca deliberadamente la muerte del paciente con la intención de poner fin a sus sufrimientos.

La Sociedad Española de Cuidados Paliativos define la eutanasia como la conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico (Sociedad Española de Cuidados Paliativos, 2002).

De las definiciones antes aportadas, se pueden extraer las principales características de la eutanasia. En primer lugar se afirma que en la muerte de la persona siempre intervendrá una tercera mediante una acción o mediante la omisión de una asistencia debida. En segundo lugar, debe ser producida por personal sanitario o por medio de operaciones de apariencia médica, de manera tal que no produzcan dolor. En tercer lugar, se plantea que existe una

intencionalidad de clemencia en la provocación de la muerte de otra persona para que esta no sufra; y por último, se puede realizar por solicitud personal de alguien que prefiere morir antes de sufrir por una enfermedad presente o alguna que en el futuro le pudiera sobrevenir.

Las normas constitucionales de cada país son precisas en afirmar que el límite principal para el ejercicio del derecho a rechazar tratamientos y la ejecución de las disposiciones contenidas en un documento de voluntades anticipadas es que no se utilicen para poner fin intencionalmente a la vida del paciente, lo que quiere decir que se prohíben las peticiones que entrañan la provocación de la muerte de éste mediante actos transitivos e intencionales, pues son precisamente estos los que marcan la diferencia entre el rechazo al tratamiento y la eutanasia.

Usualmente, cuando se acepta la posibilidad de aplicación de la eutanasia, se está concediendo al paciente la facultad de disposición sobre la propia vida, incluyendo la posibilidad de solicitar el servicio médico encaminado a ponerle fin, o sea, que se le confiere jurídicamente un poder que lo faculta a solicitar a otro (por lo general al médico) que lo ayude a ejecutar o ejecute él mismo su determinación voluntaria de morir.

Por ello, la conducta eutanásica suele ser tipificada penalmente como homicidio piadoso y no como inducción o auxilio al suicidio, tipo penal al que se ajusta perfectamente el suicidio médicamente asistido. La doctrina y la legislación que han ido generando el movimiento a favor de la eutanasia confirman esta diferencia. Por solo citar algunos ejemplos de derecho comparado, podemos decir que en Europa, la eutanasia y el suicidio médicamente asistido se despenalizaron primero en Holanda, a través de la “Ley de verificación de la terminación de la vida a petición y suicidio asistido”, y luego en Bélgica, mediante la “Ley relativa a la eutanasia”.

En Colombia, la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional sentó las bases en aquel momento

para la despenalización de la práctica de la eutanasia y el suicidio asistido. En otros países no se admite la eutanasia, pero sí el suicidio asistido, como en Suiza, que no lo penaliza desde la década del 20 del siglo pasado, y el Estado de Oregón, Estados Unidos, que lo despenalizó mediante la aprobación de la Oregon's Death With Dignity Act en 1997 (Martínez Gómez, 2011).

En nuestro país, el Código de Ética Médica hace mención a la eutanasia y a la dignidad de los seres humanos; y en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, a su voluntad y libertad de decisión, frente a las situaciones o condiciones que rodean a un enfermo con relación a los tratamientos y procedimientos extraordinarios.

El Código de Ética Médica, prohíbe claramente la práctica de cualquier procedimiento eutanásico; por ello, el artículo 90 de esta ley prescribe:

El médico no está autorizado para abreviar la vida del enfermo. Su misión fundamental frente a una enfermedad incurable será aliviarla mediante los recursos terapéuticos del caso. No obstante, la práctica de la eutanasia no solo está prohibida por la legislación, sino es considerada como un delito.

Se considera además que se podría incurrir en el delito establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, en el que se tipifica el delito de homicidio culposo por mala praxis profesional. La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

De lo anterior se colige que en Ecuador no se norma directamente el delito de eutanasia, sin embargo, existe la proscripción de realizarla, en correspondencia con lo que establecen las leyes médicas de la salud, y en el supuesto que se cometiera, se tipificaría uno de los delitos descritos *ut supra*.

Por lo tanto, coincidimos con Pesantez (2009) en que el único caso en el que se desconecta al paciente de cualquier medio artificial para sostener las funciones

fisiológicas, es el caso de la muerte cerebral; pero en este supuesto y según la legislación de salud del Ecuador, el paciente se encuentra muerto ya, y el hecho de retirar estos medios artificiales no significa de ninguna manera realizar una práctica eutanásica.

Es innegable que el reconocimiento del derecho del paciente a rechazar tratamientos extraordinarios, desproporcionados o inútiles, cuando se encuentra en el estadio terminal de la enfermedad, le permite a éste impedir una sobrevida que es biológica y moralmente insostenible dado el carácter irreversible del proceso patológico que le condena, y por tanto, sólo contribuiría a alargar artificialmente una existencia ya de por sí agónica, pero ese no es el objeto de ese derecho, sino el resultado al que conduce su ejercicio (Villavicencio Arévalo, 1950).

## 5. LA PENADE MUERTE EN ECUADOR

La pena de muerte, conocida también como pena capital o ejecución, ha existido durante todo el desarrollo de la humanidad como aquella pena mediante la cual se provocaba la muerte a una persona, condenada por el Estado, por la comisión de un delito, siendo el más común el delito de homicidio.

En la actualidad, es entendida la pena de muerte como la privación de la vida de una persona, y como la vida es considerada un derecho fundamental por excelencia, esa razón impide que los estados acepten la posibilidad de privar de la vida a los seres humanos.

El derecho a la vida –inherente a la personalidad– tiene como deber correlativo más importante “no matar”, lo que indica que toda persona tiene la obligación de respetar la vida de las demás y el deber moral de mantenerse en la existencia, a lo que por supuesto no se condiciona el reconocimiento, ni el respeto de su derecho a la vida.

Y esa posición es la que sigue el Estado constitucional ecuatoriano que basa la prohibición de la pena

de muerte en varios criterios: el primero y más importante consiste en el deber de respetar vidas humanas, y ello consagrado en el fundamento de la vida como derecho constitucionalmente reconocido; y el segundo, es el deber de protegerlas, teniendo como presupuesto que la finalidad del Derecho Penal es la prevención del delito, que busca rehabilitar, asistir y resocializar al delincuente y no la privación de la vida a una persona.

El principio fundamental contra el cual atenta la pena de muerte es el respeto a la dignidad de la persona humana, por lo tanto, ningún acto del Estado puede violar los derechos inherentes y fundamentales del ser humano, como es la vida. Cualquier acción que vulnere el derecho a la vida será evidentemente ilegítima, y en el caso del ordenamiento jurídico de Ecuador, estaría violando el precepto 66, primer apartado de la Constitución.

Con la prohibición de la pena de muerte, el Estado ecuatoriano no hace más que respetar las regulaciones de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Ecuador es parte. Tal es el caso del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos que en el artículo sexto, apartado primero instituye que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Y en sentido análogo se pronuncia la Convención Americana de derechos humanos en su artículo primero.

En la actualidad, si hacemos un pequeño análisis de derecho comparado sobre la aplicación o no de la pena de muerte, se puede afirmar que existen tres situaciones, aquellos países que la prohíben expresamente (Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Noruega, Portugal, Angola, Venezuela, Costa Rica, Haití, Honduras, Venezuela, Argentina, Bolivia, Paraguay, por solo citar algunos), aquellos que restringen su aplicación para el caso de determinados delitos (Arabia Saudita, China, Estados Unidos, Irán, Malasia, Nigeria, Pakistán, Perú, El Salvador, Brasil, Chile, etc.); y aquellos como el caso de España e Italia que solo se reserva para delitos que se deriven de determinadas situaciones de emergencia

## CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales son aquellos de los que es titular el hombre por su condición de persona y que por tanto son reconocidos en el texto constitucional directa o indirectamente, y no sólo en la Constitución, sino también en los Pactos Internacionales como derechos subjetivos de aplicación inmediata.

Dentro de ellos, el derecho a la vida es sin dudas, el derecho más importante, pues constituye el presupuesto necesario para el resto de los derechos, constituyendo su defensa y protección una tarea básica y prioritaria para todos los estados.

El derecho a la vida, considerado también como un derecho inherente a la personalidad, tiene como compromiso más importante no matar, lo que indica que toda persona tiene la obligación y el deber moral de respetar la vida de los demás. El derecho a la vida es un derecho de 'ser' y no de 'tener', pues pertenece a aquellos derechos personales de índole privada que incluyen facultades que posibilitan al hombre mantenerse en la existencia, llegar a ser él mismo y desarrollar su persona.

La Constitución ecuatoriana protege el derecho a la vida en el artículo 66, primer apartado como se ha señalado, sin embargo resulta válido relacionar la anterior disposición con el precepto 424 que establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestra nación que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

La fundamental protección que brindan los instrumentos del derecho internacional al derecho a la vida, es la que parte de la prohibición de no privar a nadie arbitrariamente de su vida y de la exhortación a que los estados que no lo han hecho, procedan gradualmente a la abolición de la pena de muerte.

El reconocimiento jurídico del derecho a la vida en la norma constitucional comienza con su consagración y se acoge a lo establecido en el derecho interna-

cional, creando garantías judiciales y materiales para su ejercicio, que podrá ser efectivo siempre que la preceptiva constitucional sea acogida y desarrollada por las normas especiales, particularmente las penales, civiles y de la salud, sobre la base del principio de justicia.

Los derechos constitucionales fundamentales no son absolutos, encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad y salubridad públicos que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales.

Por tales razones, en Ecuador se protege la vida desde la concepción, pues el aborto es penalizado, y las autoridades tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la protección de la vida desde que el feto se concibe.

Por otra parte, como parte del contenido del derecho a la vida, al ser humano le corresponde el derecho a conservar su vida como el derecho a mantenerse en la existencia con las connotaciones que le son propias, por ello tampoco se admite en nuestro ordenamiento constitucional la eutanasia y es prohibida la pena de muerte.

El reconocimiento de todos los derechos inherentes a la personalidad, y en especial del derecho a la vida, debe ir de la mano con el condicionamiento material que debe propiciarle el régimen socioeconómico y político del país, a través de los órganos, entidades e instituciones que crea y los recursos que aporta, mediante el respeto y la salvaguarda de todas aquellas leyes que desarrollen la preceptiva constitucional, regulando los contenidos propios y principios de este derecho.

En Ecuador, al consagrarse el derecho a la vida en la Constitución de 2008, se glorifica el carácter fundamental del mismo, dotándolo de una fuerza legal superior y reconociendo su primacía como fuente de derecho respecto a las disposiciones de las leyes ordinarias que le brindan protección.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez Chaviano, C. (2002). “Las diferentes concepciones de la muerte en las principales culturas de la humanidad. Origen de su significación en la sociedad actual”, en Bioética y Bioderecho, Vol. 7. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario (Argentina).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre.
- Beltrán de Heredia y Castaño, J. (1976). “Construcción jurídica de los derechos inherentes a la personalidad”, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- Carrillo Salcedo, J.A. (2003). El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Editorial Tecnos.
- Castán Tobeñas, J. (1976). Los Derechos del Hombre, prólogo de Luis Legaz Lacambra, Editorial Reus, Madrid, 2ª edición.
- Chiriboga Zambrano, G y Salgado Pesantes, H. (1995). Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Incluye las reformas aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011. Publicada en el Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.
- Constitución Española (1978). Sancionada por el rey Juan Carlos I el 27 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre.
- Código Civil del Ecuador, publicado en el Suplemento del Registro Oficial, No.46, de 24 de junio de 2005, codificación 010.
- Código Orgánico Integral Penal (2014). Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos Subsecretaría de Desarrollo Normativo.
- Código de Ética Médica (1992). Acuerdo Ministerial 14660-A. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.
- Díaz Migrans, M. M. (2006). “La persona individual, en Valdés Díaz, CC, (coordinadora) et. al., Derecho Civil. Parte General, Primera Edición, Varela, La Habana. Editorial Félix
- Díaz Pintos, G. (2006). La concepción Totémica del Nasciturus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Persona y Derecho. Volumen 54, ISSN-.0211-4526
- Diez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (1994). Sistema de Derecho Civil, vol. I, 8va edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- Domínguez Guillén, M.C. (2003). “Sobre los derechos de la personalidad”, en: Revista Dikaion, Lo Justo, Año 17, No 12, ISSN: 0120-8942.
- Fernández-Galiano, A. (1983). Derecho Natural. Madrid. Introducción Filosófica al Derecho. Editorial Ceura.
- Fuster, J.B. (1965). Derechos fundamentales y deberes cívicos de las personas. Los derechos fundamentales de las personas en Puerto Rico. Comisión de derechos civiles. Estado Libre Asociado de Puerto Rico.
- García Cotarelo, R. y Blas Herrero, A. (1986). Teoría del Estado y Sistemas Políticos, Madrid. Tomo I, Editorial UNED.
- González, E. (1989). “Tratado de Derecho Civil”. Madrid. Tomo 4. Editorial Tecnos.
- Martín-Retortillo, L. (1999). Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones, “Revista Aragonesa de Administración Pública”, Número 15.
- Martínez Gómez, J. (2002). “El problema de la licitud de la eutanasia”, en: Saúde em Revista, Universidad metodista de Paracicaba, vol. 4, No. 7.
- Martínez Gómez, J. (2010). “¿Qué entender por vida humana?”. Revista Caribeña Contribuciones a las Ciencias Sociales. España. Volumen No 8. Junio.
- Martínez Gómez, J. (2011). “La despenalización de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido. El estado de la cuestión en Cuba”, en Revista Cubana de Derecho, No 37, enero -junio.
- Organización de Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia.

·Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. (Pacto de San José).

·Pérez Fuentes, G. (2004). "Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España", en Revista de Derecho Privado, Año III, No. 8, México, mayo-agosto.

·Pérez Luño, A. (1994), Los derechos fundamentales, 2ª edición, Editorial Tecnos Madrid.

·Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M. (2004). "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", en Temas de Derecho Constitucional Cubano, Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (Compiladoras), Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

·Recaséns Siches, L. (1963). "Axiología jurídica y derecho natural", en Bogolini, Luigi, Norberto Bobbio, Helmuth Coing, Eduardo García Máynez, Miguel Ralf y Luis Recaséns Siches, Symposium sobre Derecho natural y axiología, 1ª edición, Universidad nacional Autónoma de México, Ciudad México.

·Rogel Vide, C. (1985). Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Universidad de Bolonia, Real Colegio de España, Madrid, p. 46.

·Ruiz-Giménez Cortes, J. (1963). Encíclica Pacem in Terris (Presentación, Sinopsis y notas), Madrid, España.

·Sánchez de Bustamante y Montoro, A. (1945). Introducción a la Ciencia del Derecho (Conceptos y fuentes del Derecho), Cultural, La Habana.

·Sánchez Viamonte, C. (1956). Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, México, p. 57.

·Sociedad Española de Cuidados Paliativos. (2002). Declaración sobre la eutanasia, en Medicina Paliativa.

·Tettamanzi, D. (2002). Nuova Bioetica cristiana, ed Piemme, Casale Monferrato.

·Truyol Serra, A. (2002). Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales, con un amplio estudio preliminar, Editorial Tecnos.

·Valdéz Díaz, CC. (2013). Comentario al artículo 38 del Código Civil cubano", en Pérez Gallardo, Leonardo B. (coordinador) et. al., "Comentarios al Código Civil cubano", Tomo I, Disposiciones Preliminares, Libro Primero, Relación Jurídica, Volumen I, artículos del 1 al 37, La Habana. Editorial Universitaria Félix Varela

·Valdés Díaz, C. y Díaz Magrans, M. (2004). "Derechos inherente a la personalidad", en Introducción al estudio del Derecho, Andry Matilla Correa (Coordinador), La Habana. Editorial Félix Varela

·Verspieren, P. (1985). Eutanasia Dall'accanimento terapeutico all'accompagnamento dei morenti, ed. Paoline, Milano.

·Vidal, M. (1991). Moral de la persona y bioética teológica. Moral de aptitudes, II, 1a Parte, 8a edición, Madrid. Editorial Covarrubias.

·Vila-Coro, M. (1995). Introducción a la Biojurídica, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid.

·Villabella Armengol, C. (2004). Selección de constituciones iberoamericanas, La Habana. Editorial Félix Varela.

·Villavicencio Arévalo, F. (1950). "La facultad de disposición", en Anuario de Derecho Civil, Publicaciones Periódicas, serie 1ª, No. 2, octubre-diciembre.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

· Sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia.

ARTÍCULO DE REVISIÓN



# El realismo mágico en la vigente Constitución Polaca

## *Magical realism in the current Polish Constitution*

**Krystian Complak**

Profesor Universidad de Wrocław - Polonia  
complak@prawo.uni.wroc.pl

Recibido: 15/03/2016      Aprobado: 14/08/2016

### RESUMEN

En todas las constituciones nacionales están previstas nociones abstractas dadas a la polisemia y/u órganos que nunca funcionaron en los Estados respectivos. En la Ley Fundamental de Polonia hay muchos fenómenos de esta índole. El autor examina solo nueve: Dios, familia humana, bien común, dignidad humana, constitución como ley suprema, poder legislativo del Congreso y del Senado, Presidente de la República como su máximo representante, autoadministración local y tribunal de residencia. El artículo muestra la quimera de estos conceptos u órganos. Por ejemplo, al analizar las cinco instituciones demuestra que ellas no trabajan en absoluto (Tribunal de residencia) o no tienen las características que les atribuye la Constitución: el primer mandatario no es el representante más alto del Estado, el gobierno territorial no es autónomo, ambas cámaras parlamentarias no son colegisladores, la primacía de la Ley de Leyes está solo en el papel. Con los cuatro conceptos vagos todavía es peor. Ni se sabe que significan ellos en realidad. Para terminar, el autor postula más investigaciones sobre el tema. Si se confirman sus conclusiones en otras latitudes constitucionales, se podría proceder a una conceptualización más profunda de estas apariencias.

### PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo polaco; instituciones ficticias; nociones constitucionales abstractas (indeterminadas); teorías de la ley fundamental.

### ABSTRACT

In every national constitution, there are abstract notions prone to polysemy and also, there are dysfunctional government bodies in the respective State. In Polish primary law, there are plenty of these types of notions. The author examines only nine of these notions: God, Human Family, common well-being, Human Dignity, Constitution as the Supreme Law of the Land, the legislative power of the Congress and Senate, the President of the Republic as the highest representative, local self-government, and the residential court. The author shows the chimera of these concepts or government bodies. For instance, upon analyzing the five institutions, the author demonstrates that some of them do not even work (residential court) or do not have the characteristics given by the Constitution: the head of State is not the chief representative, the local government is not autonomous, both parliamentary chambers are not equally legislative, the supremacy of law is established but not practiced. With the four vague concepts, it is even worst. It is tough to know what they mean. In the end, the author suggests more research on the subject. If these conclusions are proven within other constitutional jurisdictions, one will be able to establish deeper understandings on the observed phenomenon.

### KEYWORDS

Abstract (indefinite) constitutional notions; Basic law theories; fictional institutions; Polish constitutionalism.

## INTRODUCCIÓN

Al leer la Constitución de la Republica de Polonia de 1977 se advierten fácilmente algunos preceptos que son distintos de las clases que se manejan en la teoría del derecho constitucional. La doctrina distingue, por lo general, además de las reglas, los principios. Éstos últimos son entendidos mayormente como postulados dirigidos al sistema jurídico, normas de optimización, ideas principales, etcétera<sup>1</sup>. Otro género constitucional, lo integran las llamadas normas programáticas; pueden ser definidas como enunciaciones que no indican directamente ningún comportamiento ordenado o prohibido, más bien los estados de cosas a los cuales hay que aspirar. La categoría de los preceptos que se investigan en este artículo se refiere a otras clases de normas constitucionales.

Las normas 'mágicas' no envuelven órdenes de comportamiento concreto y si se presentan, éstas no se cumplen. Son más bien las expresiones de ciertas ilusiones, historias, creencias, representaciones, etcétera. Los artículos constitucionales del realismo mágico son realidades virtuales. Por ejemplo, en Polonia se eligen los miembros del Tribunal de Residencia, pero la institución como tal no existe, no funciona. Las administraciones territoriales autónomas poseen alguna independencia. Sin embargo, esta faceta real es insuficiente para hablar de autogobiernos locales. La invocación a Dios puede sonar para muchos simpática, pero en la sociedad laica solo puede ser una invocación vacía. Lo mismo se puede decir de la Familia Humana. Esta última noción, incluso en sentido figurado, es difícil de aceptar.

Es fácil darse cuenta de que la locución de la cual me valgo en el artículo puede ser chocante para un jurista tradicional. Se podría buscar otros vocablos o modismos. Tales podrían ser los preceptos vacíos o las cláusulas ocias en la constitución. Sin embargo,

estos giros no son muy abarcadores, acentúan solo un aspecto del concepto examinado. Por ello, es mejor utilizar la expresión de la literatura latinoamericana, bien enraizada en la cultura general mundial: ¿Quién no conoce o no ha oído de la famosa novela de Gabriel García Márquez "Cien Años de Soledad"? Me siento tanto más animado que este idiotismo que ya empezó su camino en la ciencia del derecho constitucional (Galarza, 2007). Se trata de una pequeña contribución a esta problemática –la cual se espera- encuentre un desarrollo más amplio y profundo, no limitado a un solo país.

### 1. DIOS

A los no creyentes, les sorprende la triple referencia en el Preámbulo de nuestra Carta Magna a un supremo ser transcendental. Dos veces es llamado por su nombre y una vez indirectamente cuando la Constitución habla de la herencia cristiana de la Nación. Las cartas magnas de otros países cuando aluden a Dios, lo hacen en forma de *invocatio a dei*, por una simple mención de su denominación o en un contexto más amplio, de la naturaleza. Desde el punto de vista de los ateos, es difícil de entender el significado normativo de la inclusión del Dios en el acto jurídico más importante del Estado, a no ser que se le considere como un ritual o un conjuro de exorcismo a secas. Incluso cuando aceptamos que se trata de una reverencia de cortesía hacia la Iglesia Católica –por sus méritos especiales en la batalla contra el socialismo real en Polonia o en general en contra de todos los afanes totalitarios del poder mundano– ésta aceptación mínima y simbólica originará una inquietud, hasta el rechazo de parte de la visión atea radical de la separación de la Iglesia del Estado.

En la regulación constitucional polaca sorprende todavía más otra cosa: la definición del Señor Todopoderoso. Es evidente que ésta excluye a los seguidores de las llamadas religiones politeístas. De

1 - Estoy consciente que lo escrito arriba es muy esquemático y extremadamente simple. El análisis mas profundo supondría diferenciar, p. ej. las normas constitucionales de apertura de las de clausura, tal como los principios axiológicos, estructurales funcionales, protectores, etcétera, sin hablar de los principios generales del derecho, hoy en día muy a menudo insertados en las cartas magnas.

otro lado, la identificación del Dios con los cuatro rasgos positivos se opone a la visión del Dios en las tres religiones monoteístas: Judía, Cristiana y Musulmana. En cada uno de estos cultos, el Dios no es tan solo como lo describe generosamente el preámbulo de la Carta Magna: la fuente de la verdad, la justicia, el bien y la belleza. El Tribunal Constitucional polaco no tuvo una ocasión para pronunciarse sobre esta fórmula. Sus próximas enunciaciones sobre ésta serán influenciadas, con certeza, por las decisiones de las cortes europeas (Estrasburgo y Luxemburgo). Esto significará el despojo gradual de su contenido religioso, si suponemos que la referencia divina constitucional tenga o hubiere tenido alguno.

Se puede preguntar si la mención del Dios en la Constitución tiene una fuerza normativa y si es así cuál sería su grado. Para las personas impías, la llamada a un ente no existente es un malentendido a cabalidad. Según ellas, es como normar el comportamiento de los espíritus o la vida de los marcianos en el Planeta Rojo. No es ni siquiera una noción indeterminada, sino que es una fantasía pura y simplemente, sancionada por el documento legal más importante del Estado. Sin embargo, esta aberración la inscriben en las constituciones del siglo XXI y también las sociedades poco relacionadas con las tres religiones monoteístas mencionadas<sup>2</sup>. Por eso, los adversarios de las cláusulas religiosas constitucionales opinan que una alusión a los seres no tangibles en un estatuto supremo, “incita a la identificación confesional del Estado, la cual adquiere a menudo una forma de confesionalidad material” (Szymanek, 2011).

Los creyentes llenarán este 'vacío' con las indicaciones acerca de la vida correcta, por lo común, de índole moral. Esta saturación de recomendaciones no es admisible desde la perspectiva de los oponentes de cualquier “osmosis espontánea de los contenidos cristianos a la vida política” (Gowin, P. 73.

1995). Para los antagonistas de la inscripción de Dios a la Constitución, la neutralidad de la democracia concierne a todas las convicciones y creencias, no solo religiosas. Como escribía Majcherek (2007) “sería una sugerencia precipitada de que para ser un buen demócrata hay que ser un buen hombre o tanto más un buen cristiano”.

## 2. LA FAMILIA HUMANA

La Familia Humana es otra existencia mítica anclada en la Carta Magna. A pesar de que este giro se encuentra en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se le ignora en la ciencia del derecho internacional. Se trata de una noción prestada de la doctrina social de la Iglesia Católica. Es una especie de la versión laica del Pueblo de Dios. Aun al limitarse a nuestro continente, un agente divino nunca existía en Europa. Basta reparar la división entre la iglesia ortodoxa bizantina y de obediencia romana vaticana. En Europa occidental, la población ha sido siempre desgarrada entre el poder temporal y eclesiástico. A partir de la reforma - incluso estos elementos frágiles de la unidad en el seno del Pueblo de Dios- se enflaquecieron todavía más. En la actualidad, la creación de una nueva unidad europea -sobre el principio de la tolerancia en la diversidad- está condenada a una suerte parecida. Las propensiones totalitarias, en la historia de la humanidad, fracasan con el tiempo. No hay ninguna razón para creer que en nuestros tiempos hubiese sido diferente.

En la teoría y la práctica internacional se usan las locuciones más realistas tales como la comunidad o la colectividad internacional, aunque éstas también son sospechosas, puesto que tampoco se adecuan al estado de relaciones entre países (Zajadlo, 2005).

Elas presuponen la igualdad de las relaciones entre los sujetos del mal llamado concierto de naciones. Según los expertos sensatos de ideas claras en la

2 - P.ej. el preámbulo de la Constitución de Bhutan de 2008. Es instructiva la regulación de la religión en Japón. Según su Carta Magna, en este país, rige una separación estricta de la iglesia y del Estado. Sin embargo, en atención al lugar institucional del emperador (a él está dedicado el primer capítulo de la Constitución) se abre una brecha en este “muro de separación”. Aun prescindiendo de la conservación por el Emperador del título de Príncipe Celestial (Tenno), lo más importante aquí es su origen directo de los hijos y nietos de la diosa del sol Amaterasu Omikani.

materia, existe en principio tan solo el denominado sistema político-diplomático. Este sistema lo constituyen antes que nada los Estados. Lo complementa toda una gama de instituciones internacionales, empresas transnacionales, las ONG o simplemente las personas físicas. Estos conjuntos no crean una homogénea familia humana, incluso de talante regional. Componen esta estructura político-diplomática los Estados diametralmente diversos como Arabia Saudita, Corea del Norte, EE.UU. Irán, Bielorusia o Suiza.

Los cimientos a la variante laica de la familia humana que dio I. Kant en su famoso folleto sobre la paz eterna donde escribió que “debemos considerar a la gente y a los Estados en sus relaciones externas como ciudadanos del Estado Universal de la humanidad”. Puso punto final en este dominio L. Ferrajoli, al escribir que:

Tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representan el último privilegio de status, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación. [...] Esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatistas, por su carácter cada vez mas insostenible y explosivo, tendrá por resolverse con la supresión de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatización de las nacionalidades” (Valencia, 2003 p. 53).

La distancia que nos separa de la Familia Humana lo demuestra mejor el desarrollo de la ciudadanía europea. Su introducción abrió una nueva etapa en la división de la Europa: los países firmantes del acuerdo Schengen y los que están fuera de esta zona. La puesta en práctica de la ciudadanía europea se carga cada vez con más derechos en la

esfera social, económica y cultural. Esto lleva a la agudización progresiva de las diferencias entre los miembros de la familia humana. En la actualidad, esta ciudadanía se convirtió en una nueva tierra prometidora para la gente no abarcada por sus beneficios. La previsión de que en un futuro la ciudadanía de la Unión Europea llegue a ser el principio de una ciudadanía mundial es de por si una contradicción. Su instauración marcaría el fin de la ciudadanía, puesto que su esencia es una ligazón concreta de un individuo con un Estado determinado (Breillat, 1996 p.7)<sup>3</sup>.

### 3. EL BIEN COMÚN

Cuando la Revolución Francesa sustituyó el término *bien común* por el interés general o publico, parecía que los Estados que seguían el rumbo del constitucionalismo galo jamás volverán a esta categoría del régimen antiguo. En la patria de Marianne se reemplazó, no por una casualidad, esta idea del pensamiento católico<sup>4</sup> por la del interés publico. El interés es subjetivo, variable y pertenece a la llamada esfera 'tener'. El bien común es del dominio 'ser' y es más objetivo y más durable. El bien común es un valor que se inscribe en la visión más abarcadora del mundo. Si el interés publico pertenece siempre simultáneamente a todos los miembros de un conjunto más amplio, el bien común corresponde por separado a los individuos que se encuentran dentro de las comunidades. Es un valor común, el cual puede ser activado únicamente por las personas unidas.

Según un autor de la voz del diccionario político, dirigido por N. Bobbio, el bien común es una tentativa más grande que llegar a la integración social fundada en el consenso, a pesar de que este concepto elaborado para las sociedades agrícolas e imbuidas de lo sagrado, mal encaja a las sociedades industriales y secularizadas. El bien común requiere un minimum

3 - Ya en el principio de los años noventa, el decano de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales en la Universidad de Poitiers escribió sobre las amenazas para la libertad de movimiento. Luego del asalto terrorista del 11 de septiembre de 2001, se construye paulatinamente una nueva “cortina de hierro”, esta vez de alambre y/o electrónica (entre el rico Norte y el Sur pobre) y no solo en EE. UU., sino que en Europa.

4 - Uno de los autores del comentario a la Constitución de la Republica de Polonia, dirigido por Garlicki, al explicar el significado del Art. 1 de nuestra Ley Sustantiva dio un curso de teleología para diferenciar el bien común según Santo Thomas del de Santo Agustino.

de cultura uniforme, así como una concordancia en cuanto a los valores sociales básicos y a las reglas de la coexistencia pacífica. En caso contrario, una sociedad está expuesta a la descomposición o a la construcción de su unidad basada exclusivamente sobre la fuerza. En una sociedad en la cual la variedad y el pluralismo de todo tipo es su esencia no hay lugar para un bien común (Bobbio, 1991).

El Tribunal Constitucional polaco tampoco está en condiciones de definir el contenido del bien común. En los fundamentos de la sentencia del 16 de marzo de 2010, la altísima institución jurisdiccional constató que la noción del bien común “tiene el carácter multidimensional y puede ser entendida, entre otras cosas, en el sentido histórico-existencial, moral, material o finalístico”. Acogiéndose a la perspectiva filológica, el Tribunal añadió que “Rzeczpospolita<sup>5</sup> es la res publica –una cosa común de los ciudadanos-, mientras que el bien común es antónimo del bien particular”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no es consecuente en su jurisprudencia respecto a este concepto, al tildarlo a veces como el bien general y en otras ocasiones al identificar el bien común con el interés público.

Una especie de síntesis de las opiniones sobre este punto, lo podemos hallar en un escrito de la magistrada de la Corte contencioso-administrativa superior de Polonia, B. Adamiak, quien al evaluar la importancia de la categoría del bien común para la calificación de la defectuosidad de la decisión administrativa, escribió que incluidas a las leyes “las instituciones de salvaguardia del bien común a través de la restricción o la exclusión de la protección constitucional del principio de legalidad, hay que apreciarlas como una regulación excepcional. En la actividad del poder público, la prioridad tiene el principio constitucional de legalidad”. Por eso, el basamento de la sanación en el reproche de violación grave de las prescripciones jurídicas, con la obligación de reparar el daño “no puede ser consi-

derado como una regla incluso para la defensa del bien común” (Adamiak, 2012, p. 35). Agregaré que la autora parece poner el signo de la igualdad entre el bien común y el interés público. Al leer la literatura citada en el apoyo de su parecer, ella no está sola.

#### 4. LA DIGNIDAD HUMANA

Otro precepto perteneciente al dominio hechicero es el Art. 30 de la Constitución. Dicha norma reza en particular que “la dignidad innata e inalienable del hombre constituye la fuente de las libertades y de los derechos del hombre y del ciudadano”. Si consultásemos las ciencias jurídicas, no vamos a encontrar en ellas una fuente conocida como la dignidad humana. Allí se presentan diferentes definiciones y variedades de las fuentes de derecho, pero no descubriremos allá ni una alusión a que uno de los principales manantiales de libertades y derechos es la dignidad humana. Este surtidor se podría buscar a lo sumo, en el derecho natural o entre las fuentes en el sentido figurativo<sup>6</sup>. Ambas categorías –independientemente de sus relaciones recíprocas– son diferentes, hasta separadas para con el llamado derecho instituido- instaurado por las instituciones del Estado.

Un jurista –partidario de esta última clase del derecho- rechaza el derecho natural, principalmente a causa de su indeterminación. Además, este sistema congénito no ha sido expuesto en ningún sitio. Incluso cuando el derecho natural hubiese tomado la forma parecida al decálogo, éste no recibiría nunca un reconocimiento universal, una aprobación por todos los países o sociedades mundiales. Se trata de un sistema de valores o mandamientos impuestos por la religión judeo-cristiana, los cuales en la sociedad pluralista de hoy poseen un carácter relativo. Estos siempre pueden ser puestos en tela de juicio por alguien. Toda tentativa de dictar cualquier orden imperativa tropezará con una objeción. Acá basta con mencionar el juicio de proporcionalidad. Incluso la interdicción absoluta

5 - A pesar de que el nombre de mi país se podría traducir como la república, es sinónimo del Estado (nación), independientemente del régimen en vigor. Por eso, Rzeczpospolita puede ser monárquica, republicana, socialista, capitalista, lo que ha sido en realidad en la historia de mi patria. Al respecto ver el artículo de Lawniczak y Masternak (2006).

6 - Para comprobarse de lo correcto de esta aseveración baste con repasar diccionarios o enciclopedias jurídicas. Muchas de estas publicaciones ni incluyen la voz dignidad humana.

de la pena capital cede ante la lucha contra el terrorismo. El asesinato durante la noche, en presencia de sus hijos, del jefe de Al-Qaeda no encontró una crítica mayor de parte de la opinión pública. Resulta que la prohibición universal de no aplicar las torturas y las penas crueles e inhumanas, que no admite ningún tipo de excepción en el derecho internacional público, tiene sus límites.

Si es así, surge la pregunta de cómo la dignidad humana puede ser una fuente de una parte importante de la Constitución dedicada a las libertades y derechos individuales. A fin de que la dignidad humana pueda ser una cornucopia, deberíamos conocer su ámbito conceptual. Resulta que ni el pensamiento teórico ni la experiencia de los órganos son capaces de presentar su definición<sup>7</sup>. Si la dignidad humana es tan difícil de entender, hay que guardar ante ella una cierta reserva, sobre todo, en la construcción de lazos -como lo hace desgraciadamente la Constitución de la República de Polonia- entre la dignidad humana y los derechos y libertades individuales.

Entre muchas preguntas, a las cuales no contesta nuestra carta magna, están las siguientes: la dignidad es la fuente ¿de qué libertades y derechos?, ¿Se trata de los derechos fundamentales o solo personalísimos? Del tenor del trigésimo artículo constitucional parece que de todos. Si fuera así, entonces los derechos poco significantes de talante administrativo serían connaturales e inalienables. Esta conclusión sería absurda. Podría llevar a una parálisis del sistema normativo a través de continuas denuncias por razones baladíes de infracción de los derechos y libertades individuales. El instrumento más adecuado a este fin es el recurso de amparo. De inmediato, comprobaríamos su insuficiente utilidad. En Polonia, su radio limitado a los derechos y libertades constitucionales, interpretados estrechamente por el Guardián Supremo de nuestra Ley sustantiva, no facilita la tarea. En este orden de

ideas, entran en juego tan solo los derechos y libertades inscritos, de manera inequívoca, en la Carta Magna.

Al debilitamiento adicional de la dignidad humana contribuyen los órganos jurisdiccionales en razón de su inteligencia común (coloquial) o tomada del derecho privado. De esta manera, sigue prevaleciendo en sus fallos la acepción individual, restringida a casos ventilados, de la dignidad humana. Cuando la dignidad se enfoca de este modo, ésta deja de ser innata e irrenunciable. La dignidad se convierte en la función del comportamiento humano. El individuo puede perderla o llevarla a su desaparición. Conforme a este enfoque, pudieran ser privados de la dignidad humana, según los vaivenes de la llamada opinión pública provocada, por ejemplo, por los homicidas repugnantes, las fechorías terroristas publicitadas, etcétera. De esta manera aparecería una división entre los que merecen la dignidad y los despojados de ella. Esto es inadmisibles debido a su índole absoluta.

La dignidad humana es objeto de un creciente cuestionamiento. No son pocos los que quieren hacer quitarla al ser humano y atribuirle a toda la creación. Tal planteamiento privaría al hombre de su lugar central en el Universo. Como resultado de eso, comenzaría la competición entre la dignidad del hombre y la de otros componentes de la naturaleza. La atribución, cada vez más frecuente, de los derechos subjetivos a los animales (a los mamíferos de orden superior), a los elementos del reino vegetal (a los árboles) contribuye a la borrada del concepto examinado. El Tribunal Constitucional Federal alemán en sus decisiones es solo capaz de resolver, de vez en cuando, la interrogante de si se produjo el quebrantamiento de la dignidad. A pesar de que estos fallos son cautelosos hacen estallar las controversias muy agudas. En Alemania crece la corriente doctrinaria propicia al abandono de esta categoría (Taureck, 2006)<sup>8</sup>.

7 - Como reparó T. Heuss –uno de los padres de la Ley Fundamental alemana de 1949– la prescripción sobre la dignidad es una norma no interpretable. El Tribunal Constitucional polaco recalcó en su sentencia del 4 IV 2001 que la noción de la dignidad del hombre no se puede reducir a una faceta semántica. Ésta puede surgir en diferentes contextos y traspasar diversas concepciones políticas, filosóficas, religiosas.

8 - No obstante, el autor se esfuerza buscar en la dignidad humana „argumentos de la esperanza. “En la literatura científica polaca raramente se pone en tela de juicio la utilidad de la noción de la dignidad humana. Uno de los autores que lo hace es Grzegorzczyk en Jankowski (2007)

## 5. LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO SUPREMO DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

Según el art. 87 de la Carta Magna en Polonia, rige la siguiente jerarquía de los actos normativos: la Constitución, las leyes, los convenios internacionales ratificados y los reglamentos. La primera cosa que salta a la vista es una posición muy baja -que linda con su menosprecio- del derecho internacional. La circunscripción del derecho internacional a los acuerdos internacionales ratificados, hace caso omiso de todo el derecho de gentes general. Sobre el lugar del derecho internacional en el sistema jurídico interno dice apenas el Art. 9 de la Carta Magna. En atención a su localización entre los principios de la Ley Fundamental y a la opinión del Tribunal Constitucional polaco de que sobre los preceptos generales del primer capítulo decida de antemano la regulación detallada de las partes ulteriores de la Constitución, se puede demostrar la poca fuerza vinculante de la disposición citada.

El derecho internacional actual se compone de diversas normas. Independientemente de su apreciación, el primer puesto lo ocupan los preceptos internacionales que atañen a los derechos humanos. Su incumplimiento puede llevar a la intervención de los miembros de la comunidad internacional. Su peso se conoció hace poco en Libia y actualmente se familiariza trágicamente con éstos en Siria. En otras palabras, independientemente de lo que está inscrito en el catálogo constitucional de fuentes de derecho -corresponde siempre a las normas internacionales atinentes a los derechos del hombre- la primacía en el ordenamiento constitucional. Los preceptos de esta índole son *ius cogens*. A decir con otras palabras, estas normas imperativas del orden internacional son de aplicación insoslayable. No se puede desistir de ellas, modificarlas o escogerlas según su libre albedrío.

En nuestro continente tenemos otro ordenamiento jurídico, denominado no por una casualidad, supranacional. Se trata del llamado derecho europeo. El

texto de nuestra Constitución lo ignora o para ser más preciso, lo percibe de manera indirecta en los artículos 89, 90 y 91. Conforme al apartado 3 del art. 91 de la Carta Magna, si esto resulta del tratado ratificado por la República de Polonia que crea una organización internacional, el derecho emanado de ésta es de aplicación directa y tiene la prelación en caso de conflicto con las leyes. Esta normativa resuelve apenas unas cuantas dificultades relacionadas con la vigencia del derecho de la Unión Europea. El derecho instituido por esta organización integradora no respeta ningún género de restricciones referidas a los sujetos o a los objetos de reglamentación interna de los países miembros respectivos. Esto quiere decir que un acto normativo de esta organización puede normar al mismo tiempo los asuntos previstos en la Carta Magna, las leyes, los decretos gubernamentales, etcétera, o al contrario, no regulados en el ordenamiento patrio. Esto compromete nuestro sistema legal a su permanente adaptación a esta estructura normativa exterior.

Si la relación del derecho de la Unión Europea a la ley esta regulado (tangencialmente) en la Carta Magna, falta lo mismo en lo relativo a nuestra Constitución. Se manifiestan habitualmente dos posturas sobre el particular. En caso de tropiezo de nuestra Ley de Leyes con el derecho europeo, nuestro Estado deberá o salir de esta organización o alterar la Carta Magna. Si el primer supuesto, es por varias razones poco práctico o hasta inoportuno, queda el deber de revisar la Carta Magna. Lo están haciendo, de tiempo en tiempo, otros poderes constituyentes europeos y de este modo debería proceder la República de Polonia<sup>9</sup>. En otras palabras, la legislación de la Unión Europea es más importante que nuestro máximo texto jurídico. Esta circunstancia debería ser registrada en nuestra Ley de Leyes y no pasada en silencio o regulada en su art. 8, rezando falsamente que la Constitución es el derecho supremo de la República de Polonia. Si hubiéramos inscrito en nuestra Ley de Leyes una cláusula europea, se hubiera quitado una fabula sobre la supremacía de nuestra Carta Magna respecto del derecho europeo.

9- La única vez se lo hizo el 8 de septiembre de 2006 cuando se alteró el Art. 55 de la vigente Constitución polaca. Como resultado se permitió la extradición, bajo ciertas condiciones, de los ciudadanos nuestros, lo que antes era prohibido por completo.

Ella tiene esta posición teóricamente, pero no en la práctica. Es interesante hasta cuando se mantendrá esta ficción no solo en Polonia, sino que también en otros Estados miembros de esta organización<sup>10</sup>.

Después de eliminar del Tratado de Lisboa la cláusula de la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno de sus países miembros, ésta ha sido trasladada a la Declaración num. 17. Allí leemos que “con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los tratados y el derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el derecho de los estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”<sup>11</sup>. Se puede constatar que constitucionalizar en la actualidad, un precepto de la superioridad del derecho europeo sobre la Carta Magna patria es por razones políticas difícil. Por eso, el art. 8 de nuestra Ley Fundamental al estipular que ésta es el derecho supremo de la República de Polonia, sostiene la mitología nacional sobre la independencia o la soberanía de nuestro Estado.

## 6. EL PODER LEGISLATIVO DE LA CAMARA DE DIPUTADOS Y DEL SENADO

Nominalmente lo tienen, pero no en lo fáctico y jurídico. Me permito recordar la denominación metafórica de la Cámara de Lores como un gran comité legislativo del gobierno. Lo mismo pasa en Polonia. De modo parecido como en la patria de Shakespeare, también en la patria de las cigüeñas no rige la separación personal entre los miembros de los poderes parlamentario y ejecutivo. Como reza la última

frase del apartado 1 del Art. 103 de la Constitución polaca, la prohibición de juntar el mandato representativo con funciones de gobierno “no afecta a los miembros del Consejo de Ministros, ni a los Secretarios de Estado”. Igualmente como en Inglaterra, los proyectos legislativos del poder ejecutivo polaco disfrutaban del privilegio de la prioridad durante el debate, el voto y la adopción. Del mismo modo como en el Reino Unido, también el gobierno de la República de Polonia lleva a cabo, para no decir más rudamente, hacer imponer por conducto de sus representantes su política legislativa.

A partir de nuestra adhesión a la Unión Europea, la Cámara de Diputados perdió dos terceras partes de su función legislativa<sup>12</sup>. En relación con esto, apareció una nueva especie de actos normativos, llamados leyes de ejecución del derecho europeo. En el curso de su aprobación, el papel del parlamento está bastante reducido. En particular, se dificulta la posibilidad de su rechazo, se limitan las presentaciones de las enmiendas a tales proyectos por los diputados, así como se abrevia los plazos de proceder con ellos. La disminución de facultades legislativas debería ser compensada a través de la participación del parlamento polaco en la elaboración de las normas jurídicas por los órganos de la Unión Europea. Sin embargo, este involucramiento se circunscribe solamente a la exteriorización de opiniones no vinculantes sobre los proyectos de actos normativos transmitidos al gobierno, así como al recibo y a la prestación de información referida al procedimiento normativo en la organización integradora de marras. No extrañan pues los pareceres acerca de la marginalización de

10 - Lo único que admiten los científicos constitucionalistas conservadores es la dudosa soberanía dividida de los estados miembros de la Unión Europea, al propio tiempo rechazando la idea de federación en la cual esta locución tiene algún sentido. Al modernizar su vocabulario, P. Cruz Villalón utiliza el neologismo “constituciones parciales”, mientras que la Corte constitucional italiana desarrolla la teoría de “contro-limiti”. El antiguo presidente del Tribunal Constitucional español (actualmente, el portavoz ante la Corte de Justicia de la UE) prefiere este modismo en vez de los conceptos “constitucionalismo multinivel” o “múltiples niveles”. P. Cruz Villalón, *La Ley Fundamental en la evolución constitucional española (1978-2008)*, en: Ch. Hohmann-Dennhardt, *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid 2011, 58 *passim*. Como escribe S. Cassese las cesiones de la soberanía no han encontrado las barreras en los “principios fundamentales o en los derechos inviolables”, puesto que la Corte constitucional italiana nunca hizo uso del concepto de contra límites Cassebe, (2015: 318).

11 - El dictamen del Servicio Jurídico del Consejo del 22 de junio de 2007 subraya netamente que “el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado [de Lisboa – aclaración de KC] no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”.

12 - El Tribunal Constitucional polaco escribe sin ambages en los fundamentos de su sentencia del 12 I 2006 que la función legislativa no es ya “el dominio prácticamente sobre el conjunto del derecho universalmente vigente en Polonia”, sino que consiste en la influencia “en una medida más amplia posible en el derecho nacional interno”.

nuestro parlamento en la esfera de la legislación europea (Barcz, 2009).

La fórmula del art. 95 de la Constitución —el poder legislativo en la República de Polonia lo ejercen la Cámara de Diputados y el Senado— dibuja además un falso cuadro de equivalencia en ejercicio del poder legislativo en la República de Polonia por ambas cámaras. De acuerdo con la Constitución, el papel del Senado en el procedimiento legislativo es reducido. Este no examina como la Cámara de Diputados, los proyectos legislativos, sino que es una ley ya hecha y adoptada. En conexión con esto, la corporación en cuestión solo puede adoptar esta ley sin modificación alguna, aprobar las enmiendas a ella o rechazarla en su totalidad. Estas dos últimas medidas no significan que la postura del Senado vaya a prevalecer. La Cámara de Diputados puede revocar la resolución senatorial de rechazo de la ley o una enmienda propuesta por los senadores por una mayoría absoluta, si está presente, al menos, la mitad del número constitucional de diputados.

La rebaja del papel del Senado en el proceso legislativo, ante todo por su subordinación a la voluntad del poder ejecutivo, se le puede comprobar en otros preceptos. En particular, el gobierno puede otorgar a algunos de sus proyectos legislativos la cláusula de urgencia. Aunque el congreso no tiene un plazo constitucionalmente delineado para estudiar tal propuesta, ésta goza, en su paso por el parlamento, de algunas aceleraciones. El Senado tiene apenas dos semanas para tomar una actitud hacia una ley emitida en el procedimiento de urgencia y el Primer Mandatario dispone únicamente de siete días para firmarla.

Si puede concordarse con la opinión que el congreso puede ir dilatando con la adopción de tal proyecto, la inobservancia considerable del término mensual reglamentario puede constituir “un quebrantamiento de los componentes constitucionales de la vía

legislativa”; una categoría introducida por el Tribunal Constitucional en sus otras sentencias en materia parlamentaria<sup>13</sup>. Las restricciones más serias se emplean respecto a ambas corporaciones en cuanto al presupuesto del Estado. Solo el gobierno puede proponer su proyecto. En ningún caso las enmiendas de los diputados pueden llevar a fijar el déficit mayor del que haya sido previsto en su proyecto. El parlamento tiene que aprobar el proyecto de la Ley de presupuestos en el curso de cuatro meses. Los senadores no pueden descartar la Ley presupuestaria.

## 7. EL PRESIDENTE COMO REPRESENTANTE MÁXIMO DE LA REPÚBLICA DE POLONIA

Si esta aseveración del art. 126 de la Constitución hubiese sido correcta, el primer ministro D. Tusk no tuviese una duda a quien debería ceder el asiento en el avión con destino a la cumbre de Bruselas en 2008. Del auto del Tribunal Constitucional del 20 de mayo de 2009 concerniente a la controversia competencial sobre la representación de Polonia en los órganos de la Unión Europea resulta que la posición institucional del representante más alto del Estado no significa que el Presidente de la República es el órgano supremo del poder público en nuestro país. La representación altísima tampoco quiere decir “una representación suprema”. La atribución al Primer Mandatario del rol de representante más alto de la República de Polonia “no conduce directamente al encargo de Presidente de la función de dirigir la política exterior ni está ligada con la Unión Europea”. La Carta Magna no establece una competencia general del Presidente para participar en las reuniones del Consejo Europeo, y sobre todo para presentar el punto de vista de la República de Polonia en las reuniones de este Consejo<sup>14</sup>.

El Tribunal Constitucional ordena al Primer Mandatario, la ejecución de sus tareas “mancomunadamente y en colaboración con otros órganos del poder del

13 - Sentencias del Tribunal Constitucional del 23 III 2006 y del 3 XI 2006, respectivamente.

14 - Al querer definir positivamente el status del Primer Mandatario, el Tribunal Constitucional en su auto del 20 de mayo de 2009 (Kpt 2/08), dice que el “radio de la función autónoma del Presidente atañe antes que nada a la esfera de la personificación de la majestuosidad de la República de Polonia”. No sé si en una república se puede hablar de la majestuosidad. También pueden surgir dudas acerca del término personificación.

Estado". En el ámbito de estas funciones (metas) señaladas en el art. 126 apartado 2 de la Carta Magna, el Presidente no posee la exclusividad de su concreción en formas imperiosas (autoritarias). Más aún, el Jefe de Estado no puede realizar libremente estas atribuciones. Al cumplirlas, el Primer Mandatario puede valerse solo de las competencias contempladas en la Constitución y en las leyes. Al servirse de estas facultades, el Presidente de la República, puede hacerlo solamente en la situación, cuando esto es útil a la realización de los objetivos trazados en el art. 126 de la Carta Magna. En el campo de la política exterior, el Jefe de Estado coopera con el Presidente del Consejo de Ministros y con un ministro apropiado<sup>15</sup>.

Según el Tribunal Constitucional, el Presidente de la República de Polonia vela por el respeto de la soberanía y la seguridad del Estado, así como por la inviolabilidad y la indivisibilidad de su territorio. Durante el tiempo de paz, lo hace por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, y en tiempos de guerra, por conducto del Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. En lo relativo al nombramiento a estos puestos, lo predetermina el jefe del ejecutivo, lo que circunscribe las atribuciones del Primer Mandatario. El Jefe de Estado ejerce pues como lo dispone la Constitución, el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Aquí, tiene a su disposición -en materia de la seguridad del Estado- un órgano de consulta, denominado el Consejo de Seguridad Nacional. El Primer Mandatario desempeña la mayor parte de sus atribuciones con la venia del Presidente de Consejo de Ministros. Este consentimiento está acordado en forma del denominado referendo. El jefe de gabinete al poner su contrafirma sobre los llamados actos de oficio del Primer Mandatario toma para si mismo la responsabilidad por sus consecuencias. Lo más curioso acá es que la mayoría de sus supuestas facultades personales -es decir, excluidos del referendo- son difíciles de reconocer como sus prerrogativas. Se trata ante todo de actos, los cuales el Primer mandatario debe cumplir, por ejemplo, los señalados en los puntos 1, 2, 7, 11, 12, 14, 17, 20, 21,

22, 23, 24, 25, 26, 27 del art. 144 apartado 3 de la Carta Magna. Si no lo hubiere hecho, debería ser llamado a la responsabilidad constitucional.

Otras competencias del Primer Mandatario son asimismo limitadas. Por ejemplo, el jefe de Estado no disuelve el parlamento según su albedrío, pero sí exclusivamente de manera obligatoria; cuando en la Dieta no hay una mayoría capaz de designar o apoyar el gabinete o de manera opcional, pero esta vez solo de modo facultativo cuando las cámaras no están en condiciones de aprobar el Presupuesto del Estado en el lapso previsto. Si miramos otras atribuciones del Presidente, vamos a advertir las que no exigen ninguna contrafirma: el otorgamiento del estatuto a su oficina presidencial o la designación de su jefe. Acá, el Primer Mandatario no actúa como representante del poder -el cual emite los actos de gobierno dirigidos a sujetos exteriores- independientes de él. Este pequeño aspecto de facultades dentro las cuales, el Primer Mandatario puede llevar a cabo su propia política, por ejemplo, al conferir según su voluntad, distinciones y ordenes, el indulto, o la ciudadanía (o el acuerdo para su renuncia), también está condicionado, más o menos, de gran manera.

Los instrumentos de presión de los cuales dispone el jefe de Estado son el veto legislativo y el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, en ambos casos la suerte corrida por ambas medidas no depende del Primer Mandatario. En el primer caso, el congreso después de reunir la mitad de sus integrantes (es decir 230 diputados) puede oponerse eficazmente al veto del Presidente de la República si se pronuncian contra su negativa a sancionar la ley las tres quintas partes de sus miembros. En el segundo caso, la palabra definitiva sobre la conformidad del acto legislativo con la Carta Magna la tiene el Tribunal Constitucional. Es ocioso de agregar que frecuentemente las decisiones son favorables al Jefe de Estado.

Al tener un primer mandatario tan débil, uno puede preguntarse para qué se organizan periódicamente

15 - El auto del Tribunal Constitucional (Kpt 2/08), citado en la nota anterior.

los comicios presidenciales generales. Sería suficiente su designación por el parlamento, especialmente por la Cámara de Diputados. Por esta misma razón, podría interrogarse sobre la necesidad de existir dos partes en el poder ejecutivo. Sin mayor detrimento para el funcionamiento eficiente de nuestra estatalidad, se podría imaginar un presidente del Consejo de Ministros que sería al propio tiempo el jefe de gabinete y del Estado. Si se la arregla el Presidente unipersonal de un país tan enorme como son los EE.UU., tanto más supiera arreglárselas nuestro premier-presidente. Esta afirmación es tanto más justa que al leer nuestra Carta Magna se podría decir – ya ahora – que el actual Primer Ministro de Polonia se desempeña en gran medida como Presidente de la República. Por eso, la ficción constitucional de la distinción entre ambas funciones requieren su supresión lo más pronto posible de la Carta Magna<sup>16</sup>.

## 8. LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL AUTÓNOMA

Otra ilusión propalada por nuestra Ley de Leyes es acerca de cierto contenido en su capítulo VII. En Polonia no contamos –como ocurre en muchos países– con los territorios históricamente configurados, los cuales gozarían de fueros o derechos originales (forales) que se podrían contraponer al poder central del Estado. Tampoco éstos disponen de una autonomía local desarrollada en forma de autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales independientes. Lo que la Carta Magna denomina como la administración territorial autónoma es apenas un amontonamiento de unidades organizativas des-

centralizadas o mejor dicho desconcentradas del Estado<sup>17</sup>. Un testimonio mas acertado de la debilidad de esta presunta autoadministración es su regulación constitucional. Ella se circunscribe a instituir únicamente su entidad inicial, a saber, el municipio. Otros entes de la administración territorial autónoma pueden ser creados o formados tan solo por el parlamento.

Otros preceptos constitucionales confirman esta primera constatación. El apartado 2 del art. 166 de la Constitución determina el radio de acción variable de las entidades en cuestión. Éste depende de las “necesidades fundadas del Estado”. El parlamento puede siempre adicionar o sustraer las llamadas funciones públicas<sup>18</sup>. De esta manera se enterró una idea noble de subsidiaridad del Estado, de la cual habla tan hermosamente el Preámbulo de la Constitución. Conforme a ésta, a la administración territorial autónoma deberán corresponder todas las actividades de índole local. Solo las acciones con las cuales estas unidades territoriales no estarían capaces de manejárselas o las que serían mejor cumplidas por la administración gubernamental, podrían ser cedidas.

También a los poderes centrales pertenece la determinación del número, del tamaño, de los límites, de los peldaños, etcétera, de las unidades de la administración territorial autónoma. De esta manera, el parlamento estableció 16 provincias, y el gobierno dispuso que en Polonia sean 340 distritos rurales y 65 distritos comunales. Una parte no desdeñable de estas fijaciones numéricas, llegaron a ser el objeto de las disputas políticas, específicamente el número de

16 - Aquí basta con recordar la respuesta del antiguo primer ministro D. Tusk a la pregunta si no quisiera pretender la jefatura del Estado. Dijo que no lo interesa “guardar los candelabros”. El tuvo presente los candeleros colgantes en el Palacio Presidencial, los cuales más allá de un brillo no dan un poder de veras en Polonia. La toma de la dignidad presidencial por D. Tusk, lo transformaría en “un jubilado político”.

17 - Sin embargo, ellas poseen los derechos patrimoniales y la personalidad jurídica. Por eso, el Art. 165 apartado 2 de la Carta Magna somete a la protección jurídica esta faceta de la actividad publico-privada de las unidades de la autogobierno territorial. Como advierte el Tribunal Constitucional en su fallo del 4 V 1998, “la independencia de las comunas es un valor salvaguardado, pero no absoluto. [...] El propósito de las leyes que limitan la autonomía del autoadministración – especialmente de los municipios como unidades básicas (Art. 164 apartado 1 de la Constitución) debe ser la creación de los marcos legales en los cuales esta independencia en el Estado unitario podría efectuarse”

18 - En el fundamento del fallo del 29 XI 2005, el Tribunal Constitucional nota que “las consecuencias jurídicas ligadas con la división de las tareas de la administración territorial autónoma en las suyas y en las encomendadas se uniformizaron en gran medida. El actual entendimiento de este dualismo se manifiesta pues, ante todo, en una posibilidad de determinar con su base el ámbito y la forma de la ingerencia directiva del Estado en la esfera de la actividad del autogobierno local”.

provincias. En atención a los estándares de la Unión Europea y en consideración de la falta de tradiciones regionales en Polonia, el parlamento identificó las provincias como regiones. A pesar de eso se continúa hablando de provincias en vez de regiones, por ejemplo de las provincias de (baja o alta) Silesia. Las peculiaridades más acentuadas que se dan en algunas partes o áreas de Polonia –Bajas Cárpatos o Cashubia, etc.– no encontraron su reflejo en su distinción territorial.

Sobre el valor de cualquier autoadministración –no solo territorial– decide el volumen de recursos financieros a su disposición y ante todo la libertad de su obtención y de su desembolso. A los ingresos de las unidades de la autoadministración territorial, la Constitución hace incluir los propios ingresos, las subvenciones generales y dotaciones específicas. Desde la óptica de su peso concreto, se trata de un orden totalmente inverso. Estas dos últimas fuentes son más importantes. Si un órgano de la autoadministración territorial tiene una pequeña libertad en la asignación de los fondos de la subvención general, en caso de la dotación está enteramente paralizado. Tampoco refleja la realidad el art. 168 de la Constitución, el cual da a las corporaciones comunales el derecho de definir –conforme a la ley– el nivel de impuestos y pagos locales. Sin embargo, la totalidad de la materia tributaria está reservada al parlamento, y solo éste puede introducir los impuestos locales.

No se puede tampoco olvidar que la actividad del autogobierno local está supeditada a una supervisión bastante rigurosa. Si se hace caso omiso de la posibilidad de aplicar una medida drástica, es decir la disolución por la Cámara de Diputados del órgano deliberante de la administración territorial autónoma, otros instrumentos en las manos del poder ejecutivo tampoco pueden ser sobrestimados. Así el Presidente del Consejo de Ministros puede instaurar en una unidad determinada una administración coactiva; el gobernador de la provincia puede emitir un

edicto suplente y las cámaras de cuentas regionales dictar las resoluciones interventoras. A pesar de que la Carta Magna circunscribió las premisas de control al criterio de legalidad, en la práctica se emplean otras pautas como la concordancia con los objetivos de la ley o la equidad.

## 9. EL TRIBUNAL DE RESIDENCIA -ES DECIR, ESPERANDO A GODOT-

A pesar de la experiencia histórica polaca negativa con el enjuiciamiento de altos servidores del Estado por sus delitos constitucionales, todas las cartas magnas patrias preveían la instauración de una institución especial con este objetivo, llamada literalmente 'Tribunal de Estado'. La secuela práctica del anclaje de tal precepto ha sido la existencia de un órgano sumergido en el ocio. Podemos regocijarnos de este estado de cosas. Así, en Polonia no hubo ni hay una criminalidad de los que desempeñaban o desempeñan las dignidades públicas. Los raros casos en los cuales aparecían, de tiempo en tiempo, las acusaciones de esta clase no prosperaban. Las causas de tal estancamiento se pueden buscar en diferentes esferas. Una de estas es la configuración jurídica de esta institución patria.

Desde el punto de vista del derecho comparado, no es frecuente la presencia de una audiencia especial competente en los asuntos de prevaricación de los cargos superiores<sup>19</sup>. Ya su composición da mucho para pensar. A raíz de cada elección del parlamento, los partidos políticos –conforme al apoyo recibido– eligen sus acólitos, para cuatro años, al Tribunal de Residencia. De esta manera surge algo parecido al foro corporativo de los partidos políticos. Este refleja siempre la representación política en la Cámara de Diputados. De este género de órgano es difícil de aguardar una actividad excesiva, incluso cuando éste tenga los asuntos a ventilar.

A esta comisión nacional disciplinaria, no llegaron muchos expedientes, puesto que su “vía judicial” está

19 - En Europa prevalece la atribución del juicio de residencia a la justicia constitucional. En cuatro países, la sentencia en este procedimiento está pronunciada por el parlamento unicameral, mientras que en Islandia y en Rumania lo hacen los ciudadanos en un referendo. Únicamente en Polonia y en Grecia existe un órgano especial de índole judicial.

llena de numerosos baches. Si la presentación de una solicitud para llamar a la responsabilidad constitucional v. gr. del Presidente de la República o de los integrantes del gabinete es relativamente difícil: 140 diputados o senadores en el primer caso y 115 diputados en el segundo -la puesta en la acusación del Jefe de Estado por una mayoría de 2/3 votos del número total de miembros de la Dieta y del Senado o la del primer ministro de los ministros por 276 diputados- no es fácil. Por lo común, la acusación de vulneración de la Constitución proviene de la oposición y está dirigida en contra de las personas oficiales pertenecientes a los partidos en el poder. Es fácil de imaginarse que tal procesamiento será condenado al fracaso.

Tampoco es claro el fundamento jurídico de la acusación: “por violaciones de la Constitución o de las leyes, cometidas en conexión con el cargo que ocupan o en el ámbito de sus competencias”. En otras palabras, la falta no debe ser un delito. Como leemos en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de febrero de 2010 (P 12/00) “la responsabilidad constitucional y la responsabilidad 'por infracción' son dos sistemas de procedimiento, los cuales pueden ser aplicados -en ciertas situaciones definidas en la Carta Magna- al mismo tiempo por el Tribunal de Residencia para con estas mismas personas”. Las bases de responsabilidad constitucional, formuladas así serán el objeto de controversias serias<sup>20</sup>. Una institución más apropiada para comprobar las transgresiones mencionadas sería el Tribunal Constitucional u otro órgano del poder judicial.

Grandes objeciones despierta la exclusión de la jurisdicción del Tribunal de Residencia de los jueces o en general de todas las personas relacionadas con la administración de justicia ampliamente entendida. En la patria de esta institución (EE.UU.), el procedimiento en cuestión resultó más eficaz para con los integrantes de esta corporación profesional.

Un malentendido grave lo constituye la residencia aplicada a los diputados y senadores. Su subordinación al Tribunal de Residencia está limitada solo a la violación de las llamadas normas anticorrupción. La puesta en funcionamiento del Tribunal únicamente con el fin de quitar al mandato parlamentario del representante que llevó a cabo actividades económicas que supongan la obtención de beneficios derivados de las propiedades del Tesoro del Estado o de la Administración territorial autónoma es una burla de la justicia. Por tales hechos, estos individuos no deberían solo perder el mandato, sino que también parar entre rejas.

La instauración regular -a raíz de todas las elecciones parlamentarias de un órgano, el cual ni se reúne formalmente para inaugurar su funcionamiento-, refleja un idealismo de redactores de sucesivas cartas magnas polacas. La institución de un Tribunal de Residencia, listo para juzgar los encumbrados servidores del Estado -“obra, hay que creerlo preventivamente y de advertencia” [el subrayado mío]<sup>21</sup> - es un motivo insuficiente para su previsión. Esto demuestra la fuerza de la leyenda sobre el adecuado ajuste de cuentas con los altos funcionarios públicos ímprobos, aunque por ahora únicamente a través de un órgano constitucional virtual.

## CONCLUSIONES

El objeto de esta reflexión ha sido el estudio y análisis de nueve preceptos de la Carta Magna impregnados de dimensión mágica. Son mucho más prescripciones de este talante en nuestra Ley Sustantiva. Los artículos escogidos aquí por su embaucamiento tienen diferente naturaleza. Su mayoría concierne a los órganos constitucionales reales. Únicamente, se les imputa los rasgos que ellos no poseen. Éstos son, sin embargo, tan fundamentales que mandan su establecimiento continuo. En este orden de ideas, el profundo abismo entre estas cualidades y la realidad me da pábulo

20 - Un posible proceso de residencia será facilitado por la ausencia de diferenciación en cuanto al grado de la vulneración constitucional y/o legal. Esto significa que una pequeña contravención de la Carta Magna y/o de una ley (con excepción de una ley penal) puede llevar a la responsabilidad de un funcionario culpable de tal comportamiento.

21 - Según las palabras del comentarista de nuestro máximo texto jurídico P. Winczorek, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Varsovia 2008, p. 385.

para el título de este trabajo. Por ejemplo, al Primer Mandatario se le asigna la representación suprema de la República de Polonia, mientras que él ejerce exclusivamente, a lo sumo, el papel simbólico en este ámbito. La definición de las estructuras públicas de poder local como la administración territorial autónoma es, una exageración. Su mejor nombre sería una autoridad local desmedrada.

En lo que atañe a tales vocablos generales como la familia humana, la dignidad del hombre, el bien común, el Ser Supremo, incluso las personas duchas en estas materias tienen grandes dificultades para explicarlos en una lengua accesible, sin hablar del vocabulario jurídico. Aquí es suficiente recordar las disputas teológicas en cuanto a la Santísima Trinidad o alrededor de la dignidad humana, ésta última, según parece, universalmente aceptada. Al explicar el bien común, tropezamos de inmediato con, al menos, dos tradiciones opuestas de su entendimiento. Las nociones de marras son, en gran medida, abstracciones autónomas y como tales son alejadas de la vida real. Así, en la Constitución normativa se constituyen las enclaves de la realidad mágica. Ni siquiera las interpretaciones más sofisticadas de nuestro Tribunal Constitucional serán capaces de dilucidarlas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

·Adamiak, B. (2012). Ochrona dobra wspólnego we współczesnej koncepcji wadliwosci decyzji administracyjnej, en: R. Balicki, M. Masternak-Kubiak (dirs.), *W służbie dobru wspólnemu. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzcinskiemu*, Varsovia.

·Barcz, J. (2009). Współpraca Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkowstwem RP w UE, Varsovia

·Breillat, D. (1996). La liberté en péril: La liberté d'aller et venir, en: Goncalves, M. y Madiot, D. Rousseau (dirs.), *Mélanges offerts a Jorge Campinos*.

·Bobbio, N. (1991). Diccionario de política. Ciudad de México.

·Cassebe, S (2015). *Diario di un giudice costituzionale*, Bolonia.

·Galarza Izquierdo, L. (2007). *Tratado de Ciencia Política y Derecho Constitucional*. "Realismo mágico ecuatoria-

no". Macondiano: jurídico, político, social, Quito.

·Gowin, J. (1995). *Kościół po komunizmie*, Cracovia.

·Jankowski, K. (2007). *Nowa Konstytucja RP. Wartosc, jednostka, instytucja*, Torun.

·Jaskiernia, J. (2006). Wpływ integracjiz Unia Europejska na funkcje ustawodawcza Sejmu, *Studia Prawnicze*.

·Lawniczak, A. y Masternak Kubiak, M. (2006). *La Republica en general y en el constitucionalismo polaco*", *Dikaion- Lo Justo. Revista de Actualidad Jurídica*.

·Majcherek, J. (2007). *Demokracja – przygodnosc – relatywizm*, Varsovia.

·Szymanek, J. (2011). *Konstytucjonalizacja idei panstwa wyznaniowego* (en:) J. Szymanek (dir.), *Panstwo wyznaniowe. Doktryna, prawo i praktyka*, Varsovia.

·Taureck (2006). *Die Menschenwurde im Zeitalter ihre Abschaffung. Eine Streitschrift*, Hamburg.

·Valencia Villa, E. (2003). *Diccionario Espasa. Derechos Humanos*, Madrid.

·Zajadlo, J. (2005). *Spolecznosc miedzynarodowa czy wspólnota miedzynarodowa*, "Panstwo i Prawo"



ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



# Las empresas de servicios públicos domiciliarios. Reflexiones sobre su naturaleza jurídica

## *Home utilities companies. Reflections on their legal nature*

**Boris Carvajal Renza**

Magister en Derecho Público - Universidad Surcolombiana  
bcr502@hotmail.com

**Mireya Polanco Trujillo**

Magister en Derecho Público - Universidad Surcolombiana  
yeyamaestria2014@gmail.com

Recibido: 10/03/2016      Aprobado: 13/09/2016

### RESUMEN

El presente artículo aborda la naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las dificultades que en la práctica surgen de la aplicación de su régimen legal. Lo anterior como consecuencia de su clasificación tripartita en oficiales, mixtas y privadas, y la vigencia de un marco legal híbrido en el que coexisten normas de derecho privado y público cuya aplicabilidad en situaciones concretas genera incertidumbre. En particular ilustra sobre las discusiones que se han suscitado, a favor y en contra, en torno a si son o no entidades estatales, la jurisdicción competente para conocer de los procesos judiciales en los que es parte, y las consecuencias de adoptar una u otra posición. Se concluye con unas recomendaciones.

### PALABRAS CLAVE

Empresas de servicios públicos, Jurisdicción competente, Servicio público domiciliario, Régimen híbrido.

### ABSTRACT

This article discusses the legal nature of home utility companies and the daily difficulties that emerge with their legal application. These difficulties are a consequence of the companies' tripartite classification as public, mixed, and private. Moreover, these difficulties also result from the validity of a hybrid legal framework where private and public law coexist and where such application in specific situations creates uncertainty. Particularly, it highlights emerging discussions in favor of or against whether these companies are State entities or not. Further, it explores competent jurisdiction in order to understand the judicial processes in which these companies participate and the consequences of assuming a position on the matter. It concludes by offering recommendations to the public.

### KEYWORDS

Competent jurisdiction; competent jurisdiction; home utilities; hybrid regime; public utilities companies.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia el concepto de servicios públicos domiciliarios surge con la Carta Política de 1991. Es así, como ésta les confiere sus propios matices, siendo uno de los más característicos permitir a los particulares su prestación, despojándose el Estado de su función tradicional de único prestador, y asumiendo una labor más activa en la regulación, planeación, control y vigilancia.

Se presume que, al ingresar los privados al sector, se obtiene una prestación más eficiente de los servicios y el mejoramiento de su cobertura como consecuencia de abrirse el mercado a la libre competencia. Y desde el punto de vista jurídico se continúa gestando lo que algunos autores han denominado la huida de la administración; vale decir, la «privatización» de la actividad de la administración, que ocupa hoy un lugar estelar en las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del Derecho, lo que se evidencia en los numerosos trabajos que últimamente han venido ocupándose de ello, bien para apoyar y justificar la aplicación de la normatividad privada a la Administración Pública, bien para denunciar la falta de garantías que ello conlleva (Del Saz, 1994).

La Carta Política expresamente estableció que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley” (art. 365), lo cual se cristalizó con la Ley 142 de 1994; sin embargo, este régimen en su aplicabilidad se tornó complejo. De hecho, subsisten fronteras que aún no están completamente delimitadas y surgen debates en torno a la prevalencia o no del derecho público o el privado en algunas situaciones específicas, ejemplo típico son las controversias que giran en torno al régimen laboral de las personas vinculadas a las ESP o el régimen de contratación de estas, vale decir si es procedente hacerles extensivo el Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) o si les es aplicable a las empresas el Régimen de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993) en el entendido que cumplen una función pública o administran recursos públicos, en algunos casos, pero de otra parte actúan

como entidades en iguales condiciones y con ánimo de lucro en un mercado competitivo.

El tema adquiere una especial relevancia si se tiene en cuenta que el legislador categorizó a las ESP en oficiales, privadas y mixtas dependiendo de la participación que en ellas tenga el Estado, sin que haya sido tarea fácil unificar criterios sobre la ubicación de una ESP en uno u otro grupo, lo cual es de capital importancia pues de ello se derivarán consecuencias no solamente para las empresas sino también para los particulares que pretendan ante las instancias judiciales el reconocimiento de ciertos derechos, como ocurre en las acciones orientadas a la declaratoria de responsabilidad patrimonial extracontractual.

La jurisprudencia nacional ha sostenido diferentes posturas en torno a la naturaleza jurídica de las ESP, incluso se han proferido fallos en los cuales se asumía que las dudas habían sido despejadas, como ocurrió con la sentencia C-736 de 2007 proferida por la Corte Constitucional que ha sido objeto de críticas, pero constituye un referente ineludible sobre el tema.

En armonía con los precedentes esbozados, el documento plantea como problema a dilucidar: ¿Qué dificultades ha generado en la práctica la ausencia de unidad de criterios entorno a la naturaleza jurídica de las ESP y cuál podría ser la forma de resolver esta divergencia?

Para resolver el interrogante se partió en el aspecto metodológico deductivo utilizándose la técnica de análisis de información documental, procedente de los planteamientos jurisprudenciales y doctrinales alusivos al tema objeto de investigación, asumiendo los autores una posición crítica y planteando su visión particular. Para ello se acudió a fuentes secundarias como artículos especializados sobre el tema, revistas indexadas, y fallos proferidos por las Altas Cortes. Se efectuó de manera directa consultas en repositorios institucionales y reconocidas bases de datos en el campo del derecho. Todo ello a fin de ofrecer una contextualización lo más aproximada del tópico a desarrollar.

## 1. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESP

Los servicios públicos domiciliarios se encuentran regulados por el legislador dada su particular naturaleza, lo cual se explica por el hecho de ser concebidos “[...] como actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general o colectivo” (Lozano & Castro, 2013, p.51). Es así como, involucran un campo sensible en cuanto tocan de manera directa al ser humano en su cotidianidad, y adquieren mayor protagonismo al haberse Colombia auto proclamado como Estado Social de Derecho, por lo que exige para su comprensión, una visión integral. Al respecto sostiene Atehortúa:

Es necesario tener en cuenta que la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no constituye una simple actividad económica de derecho privado, ni el ejercicio de funciones públicas que le corresponden exclusivamente al Estado, sino, que se trata de una actividad que por su relevancia en la calidad de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad, se somete a un régimen jurídico especial (Atehortúa, 2008, p.48).

La prestación de esta clase de servicios se encuentra, en general, a cargo de empresas de servicios públicos domiciliarios, en lo sucesivo las ESP, clasificadas por la Ley 142 de 1994 en oficiales, mixtas y privadas, dependiendo del porcentaje de participación del Estado.

Así se tiene que es oficial la empresa en cuyo capital, la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tengan el 100% de los aportes (art.14.5); es mixta aquella en la que las anteriores posean aportes iguales o superiores al 50%(art.14.6); y es privada aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares (art. 14.7). Impone la legislación dos nuevas

categorías de entidades denominadas “empresa de servicios públicos mixta” y “empresa de servicios públicos privada” que se suman a la de empresas oficiales ya existentes.

Respecto a la anterior división tripartita, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-736 de 2007<sup>1</sup> sobre la exequibilidad de las disposiciones que las definen expresando que cuando los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 disponen que una empresa de servicios públicos mixta es “aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%”, y que una empresa de servicios públicos privada es “aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares” (Subrayado fuera de texto) simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, tomando como criterio la mayor o menor participación accionaria pública, de tal suerte que para los demás efectos –dice el Alto Tribunal- se debe entender como mixta toda empresa en la que haya participación del Estado, cualquiera sea el porcentaje.

Esta postura de la Corte Constitucional es muy particular en cuanto le otorga a las normas cuestionadas un alcance opuesto a la clara definición del legislador quien señaló de manera expresa que una ESP. para que sea mixta, debe concurrir obligatoriamente capital estatal en cuantía superior al 50%. De esta transformación a mixta, mutó una ESP legalmente privada. Así las cosas, el camino que debió haber tomado la Corte era la declaratoria de inexequibilidad de la norma; por ello se le cuestiona al pronunciamiento la falta de coherencia entre la parte motiva y la resolutive. La Corte se quedó corta, fue tímida, le faltó contundencia y además, la argumentación en este aspecto fue realmente precaria<sup>2</sup>.

1 - La sentencia C-736 de 2007 es un referente ineludible en materia de servicios públicos domiciliarios y es proferida en virtud del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad promovida por los ciudadanos David Suárez Tamayo y Paula Arboleda Jiménez respecto al artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994 (Expediente D-6675).

2 - El Dr. Jaime Araujo Rentería en la sentencia C-736 hace salvamento de voto colocando de presente su inconformidad por el hecho de no haberse declarado inexecutable los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la ley 142 como estaba proyectado en la ponencia inicial la cual fue variada sin que existieran argumentos suficientemente sólidos.

Como lo expone Montaña (2009), crea perplejidad la declaratoria de exequibilidad de los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994 sin ningún tipo de condicionamiento, manipulación o interpretación, como también la afirmación de que las empresas de servicios públicos domiciliarios, por el simple hecho de tener algún porcentaje de capital público, tienen la naturaleza de entidades descentralizadas.

Con este pronunciamiento, algunos consideraron que el debate había sido clausurado pero en realidad se intensificó. Inclusive se sostiene que con la sentencia C-736 la situación en nada cambió. De hecho, algunos sectores académicos y de la propia judicatura consideran que el fallo carece de fuerza vinculante para los jueces cuando expresa que una ESP es entidad estatal si en ella confluye capital público y privado, así este último sea mayoritario, toda vez que la argumentación planteada no hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, además de que no hay relación entre la motivación y la decisión adoptada, constituyendo apenas un *obiter dictum* que sirve únicamente de criterio de interpretación<sup>3</sup>. En síntesis, que la sentencia no obliga.

Muy categórico, a propósito, es el pronunciamiento del Consejo de Estado en el expediente No. 34745 del año 2008, que con la ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez entra en abierta rebeldía con lo dicho en la sentencia C-736. Es así como declara la nulidad de todo lo actuado en el trámite de un recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral en el que una de las partes era una ESP con participación pública minoritaria la cual con fundamento en el criterio orgánico, establecido en la ley de servicios públicos domiciliarios, no tiene el carácter de entidad estatal, y por el contrario sí encajaba perfectamente en la definición de ESP privada establecida en el apartado 14.7 del artículo 14 de la ley 142 de 1994. Se consideró que al ser ésta ESP de naturaleza privada por mandato del legislador, y su contraparte también privada, no era competente la Jurisdicción

Contenciosa Administrativa para pronunciarse<sup>4</sup> por lo que el pleito debía ser resuelto en la Jurisdicción Ordinaria.

Esta disyuntiva ocasiona desconcierto y torna oscuro el panorama al profundizar la incertidumbre sobre el verdadero alcance de la categorización de las ESP. Ello resulta inconveniente para los asociados y operadores del servicio al privarlos de una hoja de ruta definida para ejercer sus derechos y obligaciones. Es aquí donde se requiere la intervención del legislador.

## 2. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Es sabido que como consecuencia de los perjuicios ocasionados a un tercero, surge en cabeza del responsable una obligación resarcitoria en favor del afectado quien usualmente acude a la vía judicial a fin de satisfacer sus pretensiones. No obstante lo anterior, abordar dicha instancia judicial tratándose de servicios públicos domiciliarios ofrece dificultades.

Una de las dificultades radica en el hecho que para dirimir controversias patrimoniales que involucran a las ESP, son competentes la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Jurisdicción Ordinaria, dependiendo de si la ESP es privada, oficial o mixta, pero a su vez enmarcar una ESP en una de estas tipologías se torna complejo en algunos casos ya que es imperioso tener en cuenta distintas variables, por ello se sostiene: “No existe entonces la ecuación: entidad pública = derecho público = juez administrativo. Ni tampoco la ecuación: empresa privada = régimen privado = juez privado. En cada caso se necesitará mirar que tipo de actividad desarrolla, que régimen y que juez le ha asignado el legislador” (Suárez, 2008, p.8).

3 - La *ratio decidendi* es el núcleo del fallo, la razón principal en la que se soporta el pronunciamiento. Es el argumento primario que fundamenta la decisión. El *obiter dictum*, por su parte, está referido las reflexiones accesorias o de naturaleza secundaria que sirven de apoyo a la decisión.

4 - El litigio involucró a las compañías Colombia Movil S.A E.S.P. y Movil Tech S.A en el que se discutían obligaciones surgidas de un contrato de agencia comercial

Esta dicotomía suscita incertidumbre. No hay una regla uniforme para determinar qué asuntos son de conocimiento de cada jurisdicción ya que subsisten múltiples criterios a considerar para resolver la específica situación, con el agravante de que cada una está sujeta a interpretaciones.

Podría asumirse superficialmente que esa disfunción es irrelevante en cuanto al final cualquiera que sea la jurisdicción, la responsabilidad patrimonial será definida; sin embargo, el asunto no es tan sencillo y si profundizamos en él, encontramos que la diferencia resulta de suma importancia por varios motivos, entre ellos, que son disímiles los fundamentos -aunque puedan compartir elementos en común- que inspiran tanto al derecho público como al derecho privado que nutren cada jurisdicción<sup>5</sup> y ello puede incidir en que la decisión sea en favor de uno u otro extremo de la litis.

De hecho, a través de una de las vías procesales se dirimirá un interés netamente particular y en la otra estará de por medio un interés colectivo; esto es el interés de la sociedad que es el del Estado. Adicionalmente, figuras procesales como la de la caducidad de la acción van a operar de manera diferente en cuanto a sus términos según se trate de una u otra jurisdicción y de ello dependerá por lo tanto la posibilidad del reconocimiento del derecho sustancial pretendido<sup>6</sup>. Este esquema de duplicidad jurisdiccional, en definitiva, no es sano.

El problema que emana de la clasificación de las ESP en oficial, mixta y privada adquiere especial connotación cuando la armonizamos con la Ley 1437 de 2011 la cual define en el artículo 104, inciso primero, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo esta instituida para dirimir contro-

versias en las que estén involucradas las “entidades públicas”, o los particulares cuando “ejercen función administrativa”.

La anterior es la regla general, en cuanto la norma seguidamente adiciona casos particulares señalando, que igualmente conocerá de los procesos “relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable”.

¿Pero qué se entiende por entidad pública en el universo de los servicios públicos domiciliarios? Este ha sido un punto álgido. Se discute si las ESP tienen la calidad de entidad pública y si estas hacen parte o no de la rama ejecutiva del Estado. La controversia ha estado alimentada también por las posiciones ambivalentes de las más altas instancias judiciales en las cuales la divergencia de criterios ha sido la constante y de las propias entidades del orden nacional de las que han emanado conceptos opuestos.

Ello ha sido la génesis de dos líneas conceptuales:

La primera de índole privatista, considera que las ESP mixtas no son entidades estatales, ni pueden ser equiparables a estas, toda vez que constituyen una categoría jurídica nueva, sui generis, regida por una normatividad propia que tiene fundamento en la Constitución Política de 1991 que permitió por primera vez que los particulares pudiesen prestar servicios públicos. Por ello el legislador les dio un tratamiento especial dotándolas de herramientas que les permitiese desarrollar su objeto social de manera eficiente en un mercado altamente competitivo. Además, la Ley 489 de 1998 no incluyó a las ESP mixtas en los artículos 38 y 69 como parte de la rama ejecutiva del Estado, ni como parte de la administración pública, ni como forma de entidades descentralizadas.

5 -El profesor Alejandro Vergara Blanco, Profesor titular de derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de Chile, nos explica este fenómeno: “La bipolaridad derecho público-derecho privado es una summa divisio de las disciplinas jurídicas, que marca un clasificadorio fundamental de todas ellas; origina dos sectores diferenciados del fenómeno jurídico. De ahí que las disciplinas que integran cada uno de estos dos sectores comparten entre sí bases esenciales y principios jurídicos; y, viceversa, las disciplinas de diversos sectores no los comparten.”

6 - La acción ordinaria puede impetrarse dentro de los 10 años siguientes contados desde el día que se produce el hecho generador del daño, y el afectado tiene conocimiento de él (Código Civil, art. 2536). Por otra parte, ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la demanda deberá promoverse dentro del término de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho u omisión generante del daño (Ley 1437 de 2011, num.2,literal i)), so pena de que opere la figura de la caducidad del medio de control.

La segunda vertiente, de corte administrativista, pregona que las ESP mixtas son verdaderas entidades estatales en cuanto si bien la ley 489 de 1998 no las mencionó expresamente, sí están inmersas en forma tácita. El artículo 38 que define la integración de la rama ejecutiva del Estado, incluyó como parte de esta a las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de dicha rama. También están inmersas las ESP mixtas en el artículo 69 en cuanto previó que son entidades descentralizadas; además de las empresas oficiales de servicios públicos, las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales. Esta línea conceptual critica la interpretación literal y exegética en la que se basan los privatistas para justificar la exclusión de la Ley 489<sup>7</sup>.

Hoy la tesis dominante es que las ESP mixtas son entidades estatales, pero no por ello podemos caer en el equívoco de asumir entonces que todo conflicto derivado de un hecho que involucre este tipo de empresas es de conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con base en la regla general del inciso primero del art. 104 de la Ley 1437, ya que es necesario analizar el caso particular y la naturaleza del medio de control.

A nuestro juicio, para citar un caso, las controversias contractuales entre una ESP mixta y un particular, en principio, están sustraídas de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa toda vez que si bien esta conoce de los casos “relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública” (art. 104, núm. 2), existe una norma que regula el caso de manera más especial y es la que establece, que le atañen también a esta jurisdicción lo “relativo a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos

domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes “(104, num. 3), por lo cual si los presupuestos relativos a tales cláusulas no se dan, corresponderá dirimirlos a la justicia ordinaria. Lo que finalmente pretendemos significar es que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no tiene la habilitación automática para conocer de contratos suscritos por las ESP por el hecho de que esta sea una entidad estatal, sino que es menester valorar, en esta hipótesis, el contrato.

Otro tipo de procesos atribuidos a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa son los originados en los hechos en que resultan involucrados particulares cuando ejerzan función administrativa. Se explica en el hecho de que la prestación<sup>8</sup> de servicios públicos no es una potestad exclusiva del Estado ya que éste la puede trasladar a los particulares, pero conservando su regulación, control y vigilancia, en tanto la función pública corresponde ejercerla a los servidores públicos y únicamente en casos excepcionales puede trasladarla a particulares. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional que la prestación de un servicio público no constituye per sé el desarrollo de función pública<sup>9</sup>.

Podemos apreciar que el debate en realidad no involucra a todas las categorías de ESP. Sobre las oficiales no hay duda, que integran la rama ejecutiva del Estado. Tampoco existiría duda sobre las totalmente privadas en cuanto al pertenecer a particulares, claramente no hacen parte de la administración pública, sin embargo, vale recordar que en determinados casos el particular cumple una función pública y en tal sentido, cuando ello ocurra, estaría proscrita la intervención de la Jurisdicción Ordinaria.

El núcleo del problema se focaliza en las ESP mixtas, sobre las cuales persisten inquietudes sobre cuando

7 - Esta tesis soporta su posición en los conceptos 1066 de 1997 y 1662 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado en el que expone que las E.S.P. mixtas son entidades descentralizadas, integran la administración pública y hacen parte de la rama ejecutiva; sin embargo, su fundamento principal reposa en la sentencia C- 736 de 2007 de la Corte Constitucional.

8 - El Consejo de Estado ha colocado de presente como la función estatal estriba en “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional “y asegurar no significa prestar “ ( Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia 2005-00004-01 del 15 de agosto del 2007 ).

9 - Ver Sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional.

pueden ser o no considerados sujetos estatales. Es decir, el tema es más pacífico en relación con las ESP oficiales y privadas, gracias a la intervención del legislador en el caso de las primeras, y una interpretación judicial un poco más unánime, en el caso de las segundas (Daza, 2008).

Este fenómeno evidentemente reclama una pronta y contundente intervención del legislador para que mediante reglas claras despeje el debate a fin de brindar seguridad jurídica a los asociados.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a la profundización realizada, se han podido identificar falencias estructurales en el esquema de categorización de las ESP que ha conducido a incertidumbre sobre la normatividad aplicable en diversos campos propios de los servicios públicos domiciliarios, entre ellos la jurisdicción competente para conocer de controversias que involucren a las ESP.

A fin de solucionar estas debilidades, consideramos conveniente que (i) se expida una legislación que de manera expresa defina la competencia para conocer de las controversias en las que hagan parte las ESP independientemente de su tipología y (ii) se proscriba la expresión “entidad estatal” en relación con la naturaleza jurídica de las ESP, lo cual permitiría un tratamiento homogéneo y objetivo para todos los usuarios y operadores de servicios públicos, al margen de su naturaleza jurídica, en el entendido que estos ejecutan la misma actividad misional y con idéntico propósito cual es satisfacer una necesidad social.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Atehortúa, C. (2008). Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios. En el contexto de la doctrina constitucional. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Daza, D. (2008). Jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi. Recuperado de [http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista\\_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/el25-01-2016](http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/el25-01-2016)

- Del Saz, S. (1994). La Huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 133, 1994, pp.57-98. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17205> el 02-03-2016.
- Lozano, D., Castro, O.(2013). ¿Carecen de facultad sancionatoria las empresas de servicios públicos domiciliarios frente a los usuarios ?. Un estudio con relación al servicio de energía eléctrica en Colombia. Fundación Universitaria Los Libertadores, Colombia. Revista VIAURIS, núm. 15, Julio-diciembre, pp. 49-63.
- Montaña, A. (2009). La desconfiguración del régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios a partir de la calificación de entidades públicas a las empresas de servicios públicos mixtas. Universidad Externado de Colombia, Revista digital de Derecho Administrativo, No. 3, segundo semestre, pp.159 – 186, Bogotá.
- Suarez, D. (2008). Divagaciones de un abogado administrativista clásico en dialogo con un administrativista converso. A propósito de la Sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional sobre la naturaleza jurídica de las ESP Mixtas. Revista Deloitte. Series de energía y servicios públicos. No. 03, junio.
- Vergara, A. (2014). "La summadivisio iuris' público-privado y la integración normativa en materias administrativas civiles, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia No. 6, enero-junio, p. 43-69. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3795/4032> el15-02-2015.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional:  
 CConst, C-736/2007, M.G, Monroy  
 CConst, C-037/2003, A. Tafur.
- Consejo de Estado:  
 CE. 3dic. 2008, e. 34.745. Actor: Movil Tech S.A.  
 CE.19 jun. 2008, e. AP 2005-00005-1. Jairo Vargas Londoño.  
 CE. 18 dic. 1997, e.1066. Concepto  
 CE. 31 ag.2005, e.1662. Concepto



# Las medidas cautelares innominadas anticipatorias y el papel protagónico del Juez Constitucional \*

*Nameless and anticipatory precautionary measures and the prominent role of the Constitutional Judge*

**Helber Mauricio Sandoval Cumbe**

Profesor Universidad Cooperativa de Colombia

helmasacu@gmail.com

Recibido: 22/01/2016 Aprobado: 18/05/2016

## RESUMEN

Esta disertación jurídica trata de hacer, a partir de una investigación de casos, una aproximación al fenómeno de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el sistema jurídico colombiano y especialmente en materia de acciones constitucionales, mostrando la copiosa utilidad que ha venido adquiriendo la posibilidad para el Juez de ordenar a su arbitrio –regulado–, todas aquellas cautelas que considere necesarias a efectos de garantizar la eficacia de sus decisiones judiciales, contrarrestando de ésta manera el inexpugnable efecto que en tal éxito tiene la mora judicial. Las conclusiones del trabajo arrojan un prometedor escenario respecto del protagonismo en cabeza del operador judicial, siempre que para el ejercicio de dicha potestad, se impongan límites que al tiempo que realicen el cometido último de estos instrumentos excepcionales, se evite la afectación al equilibrio de los sujetos procesales.

## PALABRAS CLAVE

Eficacia; Discrecionalidad; Medida cautelar; Proceso.

## ABSTRACT

This legal dissertation, in conjunction with the cases' research, aims to realize an overview of the precautionary, nameless, and anticipatory measures phenomenon in the Colombian legal system, and particularly constitutional actions. This dissertation shows the copious utility that has enabled Judges to order, according to his/her –regulated– discretion, all cautions regarded as necessary for efficient judicial decisions, thus counteracting the impregnable effect the delay has. The conclusions show a prominent scenario with regards to the chief judicial operator as protagonist, as long as the said authority's exercise avoids affecting the subjects' procedural balance.

## KEYWORDS

Efficiency; Discretion; Precautionary measure; process.

\* Para la elaboración de éste texto, fungieron como investigadores auxiliares, los señores Nidia Zuleima Bastidas Andrade, Paula Clareth Cuellar Hernandez, Yamilet Martinez Jaramillo, Jorge Luis Vasquez Espinosa y Dairen Melo Muñoz, integrantes del Semillero de Investigación IPSO IURIS de la Universidad Cooperativa de Colombia

## INTRODUCCIÓN

Desde el mismo inicio de su existencia, el ser humano ha debido reconocer sus limitaciones para vivir en sociedad, echando mano a todo cuanto tiene a su alcance para suplir sus deficiencias y superar las propias dificultades en orden a garantizar unas condiciones de vida mucho más llevaderas. Inicialmente en lo natural, reconoció que la procreación exigía la concurrencia de los dos (2) sexos y entendió que su posteridad y mutua ayuda, solo resultaba posible en la medida en que su grupo social fuera lo suficientemente cohesionado para sobrevivir, surgiendo así y luego, los clanes, las tribus, las ordas y la *civitas*.

Bajo esas estructuras nació simultáneamente la necesidad de crear reglas mínimas que regularan su funcionamiento para garantizar así una sana convivencia, dándose curso al derecho como instrumento regulador y definidor de muy buena parte de las relaciones en sociedad, el cual garantiza unos mínimos de respeto para el ejercicio de las libertades (López Blanco, 2012).

La complejidad de las relaciones sociales llevó luego, bajo esa misma dinámica, a la necesidad de dotar a las organizaciones de mecanismos que les permitieran regladamente resolver sus diferencias, especialmente aquellas que superaban los límites de las relaciones básicas de convivencia y que trascendían al punto de poner en riesgo su estabilidad, por lo que anticipadamente se dispuso el surgimiento de la jurisdicción, entendida como “una función a cargo del Estado consistente en la adopción de decisiones mediante las cuales debe proveer la solución definitiva, regularmente prevista por el ordenamiento en forma general y abstracta, para cada cuestión o situación problemática concreta de contenido jurídico que surja en la actividad colectiva (...) (Rojas, 2004)”<sup>1</sup>.

Se trata de un concepto etéreo, que si se quiere, tan solo legitima ese extremo de las atribuciones estatales y justifica la existencia del juez como único

heterocomponedor permanente que de forma institucionalizada, da solución definitiva a aquellos conflictos que las partes no tuvieron a bien resolver de forma directa o simplemente porque se trata de asuntos que exceden las posibilidades dispositivas de los extremos que le integran, por involucrarse bienes jurídicos de interés general cuyo quebrantamiento fraccionaría sensiblemente el tejido social armónico.

En uno y otro caso, esto es, bien porque se trate de conflictos de naturaleza particular o porque se esté en escenarios de orden delictivo, lo cierto es que su desate no puede llevarse a cabo si no es como en todo escenario lógico, a través de un sendero debidamente organizado, que previamente dispuesto, garantice a todos sus intervinientes, un producto determinado, exitoso o no, pero en todo caso seguro y justo, que cumpla los estándares básicos de funcionamiento y de tranquilidad de tratamiento.

Ese instrumento es el *proceso*. La expresión, derivada del latín *processus*, que traduce ir hacia adelante (Real Academia de la Lengua Española, 2001; Villamil Portilla, 1999), refiere un conjunto de sucesos que se realizan con la finalidad de procurar la solución de una controversia determinada, o más concretamente, se trata del mecanismo que pone en movimiento el aparato jurisdiccional cuando la persona cree que sus derechos han sido amenazados o lesionados por diferentes razones, y acude al proceso –judicial- para procurar la materialización de los derechos y libertades reconocidas en el ordenamiento jurídico o incluso para castigar un delito (Carnelutti, 1994, p.12).

Teleológicamente, se trata de un medio eficaz que utiliza el Estado para materializar fines como el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, cuya operatividad enseña, como lo tiene dicho nuestra doctrina nacional, que se trata de un conjunto de actos jurídicos relacionados entre sí, ordenados con criterio lógico e inequívocamente

1 - Ver Rojas, M. E. (2004). Teoría general del proceso,.Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 45.

dirigidos a la emisión de un fallo o decisión (Rojas, 2004, p. 122).

Tanta importancia tiene esta concepción finalística del poder jurisdiccional, que de tiempo atrás ha llevado a erigir el proceso como en un verdadero “(...) instrumento para acceder a la solución jurídica de las cuestiones problemáticas (...)” (CConst, C-379/2004, A. Beltrán), que permite una verdadera solución jurídica, noción que aun hoy guarda vigencia y se acompasa perfectamente con los cánones constitucionales actuales, como aquellos señalados en el artículo 228 de la Constitución Política, según los cuales, “(...) La administración de justicia es función pública. (...) Las actuaciones serán públicas y permanentes (...), en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...)” estableciendo de esta manera una finalidad jurídica y política en procura del bienestar social y protección de los derechos fundamentales, con decisiones judiciales íntegras y prevalentes en la paz, la convivencia y la armonía social.

Con todo y lo anterior, la existencia de este tipo de mecanismos no garantiza *per se*, el éxito y logro del cometido último del proceso, en tanto conseguir que el requirente obtenga del vencido la satisfacción de su pretensión o que aun en el evento de emitirse un fallo que formalmente ha satisfecho la pretensión, cuando el asunto es de esa naturaleza, no existan mecanismos que ordenen al demandado hacerlo de esa forma; incluso en los tramites penales el procedimiento puede verse truncado en su desarrollo por una serie de situaciones disfuncionales como que el procesado no acuda al trámite.

Es dinámica, absolutamente pragmática y real, extraída de la experiencia cotidiana; ha llevado a considerar que no basta con la previsión normativa de procesos y procedimientos, sino que su mismo desarrollo puede dar lugar a situaciones en las que formalmente existe interés de la Administración de Justicia por resolver el asunto, pero el decurso

procesal impide la satisfacción oportuna de la pretensión de justicia del ciudadano, problemática que ha obligado, de tiempo atrás a proponer mecanismos para superar esta deficiencia y garantizar que las decisiones judiciales, aunque no inmediatas, no sean burladas por el mero paso del tiempo y la falta de actualidad de su contenido dispositivo.

Es este el origen de los procesos<sup>2</sup> o medidas cautelares, las cuales tienen como finalidad garantizar principios constitucionales como la efectividad del fallo o el acceso a la justicia. Buscan en esencia, asegurar que el éxito del proceso sea material y no solo formal, esto es, que al final del decurso procesal, la decisión sea ejecutable e incluso, hoy por hoy, que el derecho que está siendo objeto de controversia dentro del trámite, cuando de protección se trata, no siga siendo lesionado, caso tal en el cual han de tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad, idoneidad, instrumentalidad y variabilidad.

Constitucionalmente se las ha justificado aduciendo la necesidad de evitar que los fallos sean ilusorios, lo que sin duda ocurriría si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar su resultado, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (CConst, C-379/2004, A. Beltrán), lo que ha llevado a sostener que se trata de “(...) aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso” (CConst, C-523/2009, M. Calle), bien sea este civil, laboral, administrativa, penal y hasta en aplicaciones en jurisdicción internacional.

Empero –como más adelante se precisará-, dado el generoso espectro de posibilidades de actuación que le da al ser humano su mismo carácter libre, correlativamente los conflictos que pueden surgir en medio de sus relaciones sociales tienden a adoptar las más amplias facetas, lo que hace prácticamente nugatoria la posibilidad de establecer un mecanismo procesal único y exclusivo para tratar cada

2 - El maestro Enrique Vescovi lo define como un proceso que (...) tiene como finalidad instrumental (accesoria), de otro proceso (principal), consistente en asegurar el resultado de éste, o sea, evitar que luego de obtenida una sentencia favorable se frustre ese resultado, como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución(...).

controversia, siendo entonces preciso fijar rutas genéricas y más propiamente en el campo de las medidas cautelares, algunas variables nominadas y tal vez de mayor uso, dejando sin embargo al Juez un espacio de libertad configurativa para que en eventos precisos y dentro de los estrictos senderos trazados por la Ley, acuda a cautelas innominadas y sin regulación específica, que con todo y ello, contribuyan en su labor de asegurar la eficacia material del proceso (Rojas, 2004, p. 226).

Justo en ese interesante escenario, ha surgido la idea de referirnos a las cautelas innominadas y generalmente anticipatorias como instrumentos que al arbitrio del Juez, contribuyen en su función de adoptar decisiones tendientes a asegurar el éxito de sus providencias futuras para que algunas disfuncionalidades —especialmente la mora judicial—, no terminen por mostrar como ineficaz una expresión judicial que aunque justa, resulte tardía y por esa misma vía, inútil de cara a la finalidad curativa que tiene para con las heridas que en el tejido social suelen generar los conflictos no resueltos.

La investigación adelantada muestra un concreto análisis de las medidas cautelares como importante elemento de apoyo a otro instrumento de tanta valía como el proceso judicial, pero se ubica especialmente en la consideración de aquellas variables no típicas de dichos instrumentos, con especial reseña de su utilización en los procesos adelantados para la protección y amparo de garantías constitucionales, escenario en el que se ha fortalecido el papel protagónico del Juez como hacedor inmediato y directo de alternativas de protección tan importantes como significativos son los intereses en juego.

Mencionaremos los antecedentes de éstos instrumentos en nuestro ordenamiento para luego reseñar su operancia en el sistema procesal y finalmente analizar algunos casos de tratamiento jurisprudencial en los que se hace notorio y de enorme valía, la facultad concedida al Juez Constitucional para echar mano de medidas innominadas de tipo provisional anticipadas, para proteger intereses fundamentales en litigio.

## 1. LAS MEDIDAS CAUTELARES. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO

La interferencia en las esferas ajenas de actuación, no pocas veces desencadena fenómenos complejos que alcanzan la magnitud de conflictos y por esa misma vía, demandan una solución oportuna en aras a prevenir alteraciones mayores del orden social, situación que se erige en fuente última del derecho como regulador de las relaciones sociales y de la jurisdicción como instituto sucedáneo de aquel y del Estado, para darles una resolución civilizada, vinculante y coercitiva, principalmente para con aquellas controversias que simplemente rebasaron los límites y posibilidades de realización espontánea del derecho.

Fue así como surgió el derecho procesal, disciplina "encargada de establecer los mecanismos o procedimientos que han de observarse para la realización coercitiva de los derechos sustanciales reconocidos por el ordenamiento y de señalar los organismos adecuados para definirlos y hacerlos cumplir" (Rojas, 2004, p. 30), erigiéndose por lo mismo en el más excelso instrumento para el logro de la eficacia real y material de los derechos reconocidos normativamente y gracias al cual se dota a las autoridades de medios para que el precepto ideal de la norma, tenga vigencia práctica y sea realizable.

Con todo y lo anterior, la dinámica de realización de las garantías inherentes al ser humano no tiene una operancia automática ni está garantizada con la mera existencia del proceso. Esa idea puede y de hecho suele verse menguada por la concurrencia de factores disfuncionales que como la mora judicial, hacen ineficaz esta última alternativa de desarrollo judicial; así, cuanto más tarde el fallo judicial, menor es la posibilidad de materializar el deseo de justicia de los ciudadanos y correlativamente, menos legítimo será el ejercicio jurisdiccional del Estado, con todo y los efectos para la armonía social.

Esas circunstancias, unidas a otras más, han impuesto que la jurisdicción cuente con mecanismos que le permitan conjurar el irremediable perjuicio que

se puede generar a quien vio defraudada su expectativa de justicia pronta. Y es que solo de ésta manera podría hacerse efectivo el mandato supremo de satisfacción del interés de justicia que acompaña cada llamado judicial, el cual impone al Estado, el "(...) actuar de una manera efectiva y oportuna, para dar seguridad jurídica y material a los efectos que han de producir sus fallos (...)” (Quiroga Cubillos, 1991, p.9) y evitar que la lógica natural de los procedimientos termine por desdibujar el perentorio fin de resolución efectiva de conflictos que le fue otorgado por decisión común.

Se trata de las medidas cautelares, definidas en esencia como "(...) actos jurisdiccionales provisionales a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las determinaciones que adopte el Juez, es decir, que garantizan la eficacia de los procesos” (Bohórquez, M. 2011) y surgen de la necesidad de procurar decisiones judiciales que lleguen a la fibra del conflicto y garanticen que la solución, con todo y ser jurídica, no se diluya en el tránsito temporal que impone la observancia del procedimiento (López Blanco, 2012, p. 1091).

Tradicionalmente se les ha definido cómo aquellas medidas:

(...) que ya de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendentes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (...). (Sanabria Santos, 2000, p.91)

De donde emerge con claridad el carácter preventivo (Rocco, 1977, p. 16) que poseen y que ha sido en esos mismos términos reconocido en nuestro medio por la jurisprudencia constitucional, precisando que se trata de:

(...) instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada (...). (Beltrán Sierra, 2004)

Ahora bien, reconociendo que se trata de mecanismos que se adoptan tan solo de manera provisional (Rojas, 2004, p. 225) y solamente viables en el ámbito de la jurisdicción<sup>3</sup>, debe resaltarse también su sentido instrumental o accesorio, rasgo tal vez más determinante de su contenido, en tanto se pretende con su consagración y utilización, satisfacer una urgencia procesal, lo que les hace inevitablemente dependientes del proceso al cual sirven, precisamente por estar ideadas para que ese sendero organizado de etapas, llegue a feliz término y logre colmar la expectativa de realización del derecho propuesta.

Su procedencia está supeditada en todo caso, al cumplimiento de ciertos supuestos para su puesta en práctica, entre los cuales cabe destacar (Chiovenda como se citó en López, 2012, p. 849), en *primer término*, la verosimilitud del Derecho invocado o apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que el examen preliminar de las pretensiones invocadas en el proceso y su probabilidad de éxito, con el fin de no producir un daño grave a la persona a la cual afectará; y, en *segundo lugar*, el riesgo advertido de que la mora judicial dé al traste con la eficacia del derecho reconocido o amparado (Rojas, 2004, p. 221 a 224), salvo que sea verdaderamente necesario, pertinente e ineludible su adopción en cuanto se genere o "(...) se esté ante un peligro amenazador e inminente, el cual debe contrarrestarse con medidas de tal naturaleza que lo enerve (...)" (Quiroga Cubillos, 1991, p. 33)".

3 - Debe resaltarse éste carácter, el que se explica diciendo que con todo y que constitucionalmente este facultada la Administración de Justicia por los particulares, dicha concesión excepcional no conlleva el otorgamiento de facultades para la adopción de medidas cautelares, precisamente por tratarse de una potestad del resorte exclusivo de las autoridades instituidas de forma específica para el cumplimiento de ésta función.

Más ampliamente se ha dicho que el peligro en la demora (*Periculum in mora*) traduce el riesgo que el decurso normal de la solución de un conflicto o hecho engorroso, termine siendo inoportuno o a veces tardío, generando afectaciones graves e irreparables, lo que hace preciso acudir a las medidas cautelares para proteger sus intereses finales en el proceso. Y es que resulta más que lógico que advertidos de la imposibilidad de lograr una solución inmediata, la parte interesada no provea por asegurar la eficacia de una eventual decisión a su favor, siendo cargo del Juez el determinar el cumplimiento de los requisitos subsiguientes para el decreto de la cautela, para aquellos casos en que es viable, se dan las condiciones y resulta latente el mentado riesgo.

Complementando la anterior exigencia, es preciso también que se acredite la verosimilitud del derecho o apariencia del buen derecho (*Fumus boni iuris*), presupuesto que exige no solo analizar el grado de peligro y riesgo en que está el actor en el evento de no tomarse las medidas cautelares, sino también establecer la alta posibilidad que el solicitante tiene de que la resolución o fallo final le concederá la razón a su favor o, dicho en términos más concretos, determinar "(...) qué tantas probabilidades de éxito tiene la pretensión a la cual habrá de servir (...)" (Rojas, 2004, p. 224).

Como se observa entonces, estas medidas, con todo y la finalidad que poseen, tienen una estructuración y ante todo una teleología perfectamente definida y aunque como se verá, tienen una consagración positiva que se ajusta a las áreas del derecho, procesos y procedimientos propios de cada especialidad jurisdiccional, lo cierto es que comparten algunos supuestos etiológicos determinantes que no pueden soslayarse a la hora de evaluar su procedencia, en tanto ser necesario establecer la probabilidad de presencia del derecho y el riesgo de afectación en ausencia de la cautela.

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO

Aunque el panorama dentro del cual se ha expuesto la procedencia de las medidas cautelares les muestra como medios excepcionales y en verdad accesorios, debe también reconocerse que su utilidad, tal vez por la denodada mora judicial como fenómeno endémico que afecta la gran mayoría de sistemas judiciales en el mundo, ha hecho de tales instrumentos –cuando son procedentes–, un importante medio de eficacia judicial que al tiempo que ha permitido la realización de los fines que con ellas se promete, ha contribuido a mitigar la falta de legitimidad del aparato judicial.

En efecto, hoy no solo los ordenamientos nativos sino también los sistemas supranacionales de protección de derechos, tienen prevista la posibilidad del decreto de medidas cautelares provisionales, provisorias o en general, cautelas dentro del curso de los procesos que adelantan en desarrollo de su función jurisdiccional.

Así por ejemplo, el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone sobre el particular, que (CADH./1969):

(...) en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (...).

Esta disposición, desarrollada a su vez en el artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido interpretada por el alto Tribunal, expresando que se trata de un elemento más a la hora de proveer por la garantía y protección de los Derechos Humanos, siendo preciso que a efectos de su adopción, ocurran tres (3) condiciones de procedencia, a saber, la extrema gravedad, la urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a personas, todo lo cual denota que se trata de una protección inmediata sin la posibilidad de esperar el

normal desarrollo de un proceso, no obstante lo cual, cabe aclarar que cualquier otro hecho o argumento que se aduzca para promover ésta medida, sólo puede ser analizado y resuelto durante la consideración del fondo de un caso contencioso (Cortel DH, R. Asunto James y Otros/1988; Cortel DH, R. Asunto respecto a dos niñas del pueblo indígena Taramenane en aislamiento voluntario /2014).

Adicionalmente, el artículo 26 del mismo reglamento, reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, dispuso que en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podría ordenar las medidas provisionales que considerara pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

Sobre este tipo de medidas y en reciente decisión de aquel organismo, contenida en la Resolución del 28 de mayo anterior, en el caso Danilo Rueda Vs Colombia, reiteró aquel Tribunal que las medidas provisionales consagradas en su reglamento, tenían dos (2) caracteres: uno cautelar y otro tutelar (Cortel DH, R. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica/2001; Cortel DH, R. Caso Wong Ho Wing/2014, 2014). Para con lo primero –sostuvo–, se trata de mecanismos utilizados en el marco de los asuntos contenciosos internacionales cuya finalidad es preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto no se resuelva la controversia para asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, evitando en consecuencia que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final; y, en cuanto al sentido tutelar otorgado a tales cautelas, se indicó que se trataba de conceder una verdadera garantía jurisdiccional orientada a proteger los Derechos Humanos, buscando evitar daños irreparables a las

personas (Cortel DH, R. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica/2001).

Ya en el orden interno, la regulación en la materia es más que prolija. Así por ejemplo, en materia procesal penal, la Ley 906 de 2004, previó tales mecanismos bajo la común denominación de “medidas de aseguramiento”, aplicables a la persona del imputado, orientadas todas al éxito de la pretensión penal, en tanto lograr que una vez condenado –si así lo fuere–, cumpla su sanción y en otros casos, a asegurar el normal desarrollo del proceso penal e incluso la integridad de las víctimas.

Se trata de un listado taxativo de alternativas, cuya imposición es del resorte exclusivo del Juez con funciones de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, que solo tienen lugar cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre que además, se cumpla alguno de los siguientes requisitos (L. 906/2004, 2004, art. 308): “ (...) 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (...)”.

Pero también la Ley 1564 de 2012, señaló a partir del capítulo I del título I del libro cuarto, lo relativo a las medidas cautelares aplicables a los procesos declarativos (L. 1564/2012, arts. 588 al 597)<sup>4</sup> y especialmente a los procesos de familia (artículo 598); y, en el capítulo II las aplicable a los procesos ejecutivos (arts. 599 al 602). Estas normas, al lado de las tradicionales medidas cautelares nominadas de inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro de bienes, previeron que el Juez disponía de otros

4 - Aplicables a los procesos de sucesión y los procesos monitorios, según lo señalado en los artículos 360 y 421 ídem, respectivamente.

tipos de alternativas de medidas adecuadas al trámite de que se tratare<sup>5</sup>, concediéndole libertad para que adopten cualquier otro instrumento que encontrare razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (literal c) de numeral 1 del artículo 590 *ibidem*).

Ya en materia contencioso administrativa, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, refiere lo relativo a las medidas cautelares aplicables a todos los procesos declarativos que se adelanten ante dicha jurisdicción, disponiendo que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar, en providencia motivada, "(...) las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)" (L. 1437/2011, Art. 229), de acuerdo con lo allí regulado, lo que impone entender que aunque la previsión pareciere incorporar cierta libertad al operador judicial para adoptar las medidas que a bien tenga, lo cierto es que el último apartado de ésta disposición limita su ejercicio a las alternativas señaladas en dichos preceptos, las que a juzgar por lo señalado en el artículo 230 (L. 1437/2011), son las siguientes:

(...) 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso,

en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (...)

En suma, podría decirse que el sistema procesal colombiano, acogiendo la tendencia internacional, ha señalado la procedencia de las cautelares en los diferentes escenarios de actuación jurisdiccional institucionalizada, caracterizándose las medidas de orden penal que tienden a afectar la persona del imputado, con miras a asegurar que la decisión definitiva –de serle adversa-, se cumpla; y, en los asuntos litigiosos, se mantiene la tradicional previsión de medidas cautelares nominadas, prevista en razón de su uso frecuente.

### 3. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS ANTICIPATORIAS EN LAS ACCIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Así entonces y dada la multiplicidad de situaciones que envuelven los trámites judiciales, se ha llegado hoy a reconocer la existencia de medidas cautelares nominadas, esto es, aquellas expresamente señaladas en el ordenamiento jurídico, pero también y cada vez con mayor ahínco, las innominadas, es decir,

5 - Así por ejemplo, en materia de procesos de familia, el numeral 5 del artículo 598 *ibidem*, señala que si el Juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas: a. Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero; b. Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero; c. Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos; d. Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto; y, e. Decretar, a petición de parte, el embargo y secuestro de los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso.

aquellas que no gozan del señalamiento ni denominación legal o simplemente no se encuentran específicamente reguladas en la legislación, a todo lo cual se suma la posibilidad de hacerlas recaer, bien sobre bienes o bien sobre personas (Rojas, 2004, p. 226).

Recientemente el Código General del Proceso, adoptado mediante Ley 1564 de 2012, ya citada, señaló sobre el particular y en su artículo 590, que desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el Juez podía decretar.

(...) C. Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (...) (L. 1564/2012, Art. 590-1.C).

Tal disposición no es sin embargo novedosa en nuestro sistema y antes por el contrario, todo parece indicar que dicha previsión acogió la amplia regulación de aquel instrumento en la normatividad que ya de tiempo atrás se ocupaba de prever ésta facultad configurativa en materia de acciones de orden constitucional.

En efecto, una muestra perfectamente verificable de este tipo de mecanismos, es el que se encuentra previsto en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el cual señala que antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, podrá el Juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

En particular, le faculta para decretar las siguientes:

- (...) a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o

dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;

d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo (...) (L.472/1998, art. 25).

Como se observa, se trata de un variadísimo decálogo -abierto por demás-, de posibilidades configurativas en cabeza del Juez, a quien se le permite consolidar una cautela que adecuada a la situación vulnerante del interés colectivo en juego, garantice su protección antes de la decisión definitiva sobre su violación.

Pero tal vez en lo que resulta relevante a éste asunto, el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, prevé una de las aplicaciones más fehacientes y útiles de la facultad configurativa del Juez en materia de medidas cautelares. Señala aquella disposición que desde la presentación de la solicitud, cuando el Juez expresamente lo considerare necesario y urgente para proteger el derecho, podría ordenar la suspensión de la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere, agregando que "(...) en todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante (...)" (D. 2591/1991, Art. 7), lo que traduce una facultad amplísima complementada en la parte final de esta disposición, según la cual:

(...) El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso (...) (D. 2591/1991, Art. 7).

Con base en éstas posibilidades normativas, se emprendió el análisis de algunos casos estudiados en sede jurisprudencial, en los que acudiendo a la facultad así señalada, se utilizaron medidas cautelares anticipatorias innominadas en sede constitucional, logrando una óptima y oportuna protección al derecho fundamental invocada.

### **3.1. En materia de prestación de servicios públicos esenciales (Sentencia T-023 de 1995)**

En esta decisión la Corte hace un análisis de la procedencia de las medidas provisionales en materia constitucional y según los mandatos del Decreto 2191 de 1991, como medio determinante para evitar la vulneración de derechos fundamentales. La acción fue interpuesta contra el alcalde del municipio de Piedras en el Departamento de Tolima, demandando la suspensión del funcionamiento del servicio de acueducto de dicha localidad, argumentando a tal efecto que el líquido suministrado no era apto para su consumo humano y al hacerlo se violaba el derecho a la vida, la salud y la dignidad.

La problemática así abordada en el fallo de primera instancia no fue sin embargo acogida y el Juez de aquella inicial decisión se limitó a ordenar una serie de medidas tendientes al mejoramiento de la calidad del agua que se suministraba, tales como la promoción de campañas de prevención, solicitud al alcalde para la implementación de planes y programas a desarrollar respecto a dicha condiciones y la estipulación de un término para la prestación adecuada del servicio de acueducto. En segunda instancia se revocó la decisión para en su lugar disponer la suspensión del servicio de acueducto y otras medidas adicionales para proveer por el logro de la solución a dicha problemática.

Remitido en últimas el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Sala primera de revisión de aquel alto Tribunal, mediante auto del 13 de diciembre de 1994 adoptó como medida provisional *el restablecimiento inmediato del servicio de acueducto*, todo ello con el propósito de evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés

público de la comunidad afectada, todo ello en observancia de lo previsto en el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991: (...) no resulta aceptable el acudir a la acción de tutela para conseguir la no prestación del servicio; y que procediendo con igual o similar falta de lógica, se podrían intentar acciones de tutela para suprimir otros servicios públicos, aduciendo su deficiencia o las fallas en su prestación.

En suma y retomando la posición de la Corte Constitucional, si bien el amparo fue negado, la Sala de Revisión dispuso, desde el mismo instante de la llegada del asunto a su conocimiento, la adopción de medidas cautelares provisionales adecuadas al caso, con fundamento en la potestad judicial concedida, que buscaban en últimas proteger los derechos fundamentales de las personas afectadas con la problemática, advirtiendo que una decisión de tutela no podía llegar al punto de dejar a toda una comunidad sin el recurso hídrico a través del cierre del acueducto, despojándoles de un derecho y de un bien natural esencial para el ser humano.

### **3.2. En materia de protección al Derecho a la Salud (Sentencia T – 760 de 2008)**

Sin lugar a dudas, el contexto de mayor sensibilidad en cuanto a los intereses involucrados en sede de tutela, es el que corresponde a la problemática del derecho a la salud.

Uno de los pronunciamientos que en mejor forma permitió conocer el alcance de éste tipo de medidas en materia de acciones constitucionales, se encuentra contenido en auto 166 del 18 de mayo de 2006. Se trataba de un trámite de tutela formulado inicialmente por el ciudadano Cristian Lopera Grajales contra Comfenalco a efectos de lograr que se ordenara a la I.P.S. de aquella organización, la práctica inmediata de algunos exámenes de carga viral, los cuales requería con prontitud y urgencia, dada la gravedad de su enfermedad, de forma que se le cubriera el total de su costo y no tan solo del 32% que proponía la entidad, argumentando a tal efecto el solicitante que carecía de capacidad económica para cubrirlos por su falta de empleo.

La entidad requerida adujo dentro del trámite que se había negado tal práctica en razón a que el peticionario carecía ya de la condición de cotizante por haber sido desvinculado de su empleo con lugar de la terminación de contrato laboral, lo que a juicio de la promotora de salud era razón suficiente para negar los servicios requeridos, aun cuando había sido allí en donde se había determinado que el accionante padecía la enfermedad del virus del VIH-SIDA. Dentro del contenido del libelo introductorio y para lo que es de nuestro interés, solicito el accionante que se le ordenara a Comfenalco E.P.S. como medida provisional, la práctica de exámenes de carga viral, pues no hacerlos pondría en alto riesgo los derechos a la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana.

Inicialmente asignado el asunto al Juzgado 13 Civil Municipal de Medellín, dicha instancia decidió "(...) *negar la tutela por considerar que con posterioridad al vencimiento del periodo de protección laboral (...), la EPS demandada no tenía ninguna obligación frente al accionante (...)*" (CConst, A.-166/2006 M. Cepeda).

Remitido el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dicho órgano los incorpora junto a otros 21, para su decisión en sentencia T-760 de 2008, por tratarse todos de asuntos relativos a la violación del derecho fundamental a la salud. Allí, mediante Auto 166 del 18 de mayo de 2006, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, haciendo uso del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, ordenó algunas medidas cautelares provisionales, amparando los derechos deprecados, ordenando a Comfenalco E.P.S. la práctica de los exámenes de carga viral que requería el accionante.

Según la Corte Constitucional, dichas medidas se justificaban en tanto se trataba de "(...) garantizar la protección efectiva de los derechos del accionante (...)" (CConst, A.-166/2006 M. Cepeda), de forma que el acceso al servicio de salud debía ser oportuno y garantizarse al perjudicado, más aún allí en el que se trataba de una persona que padecía una enfermedad catastrófica y de alto costo, que bajo ningún pretexto podía dejar de ser atendida.

Concluyó la Corte Constitucional que las medidas cautelares son una garantía de mayor peso y protección a los derechos fundamentales de las persona, de forma que aun cuando se dieran durante el trámite de una acción de tutela, podían ser utilizadas ante la necesidad de proteger derechos fundamentales como el involucrado en aquel asunto, precisamente porque con todo y estarse ante un trámite sumario, de cortos plazos, la decisión final podría ser extemporánea frente a la necesidad de proteger garantías esenciales para la persona.

### **3.3. En materia de violaciones al debido proceso (Auto 035 del 8 de febrero de 2007)**

En ésta providencia, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se analizaba un trámite de tutela formulado contra la el Banco Conavi (Hoy Bancolombia S.A.) y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por considerar que los demandados estaban vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la defensa y la dignidad humana.

Según la acción formulada, si bien el 5 de noviembre de 1998 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín había librado en contra de la tutelante, mandamiento de pago en el proceso ejecutivo con título hipotecario promovido por la Corporación de Ahorro y Vivienda Conavi, pretendiendo obtener el pago del crédito que había sido concedido a favor de la ciudadana para adquisición de vivienda, también era cierto que el numeral 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 había ordenado la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes de la entrada en vigencia de tal normatividad, disposición que dicho sea de paso, había sido objeto de pronunciamiento de constitucionalidad, en sentencia C-955 de 2000, mediante la cual se le había declarado exequible.

Mediante auto del 24 de octubre de 2005 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín concedió la acción instaurada y en consecuencia, ordenó la revocatoria del auto mediante el cual se había negado la declaración de nulidad del proceso

ejecutivo solicitada por la demandada. Tal decisión sería apelada por la entidad bancaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, instancia que revocó la decisión inicial, aduciendo que en el evento objeto de análisis, no procedía la terminación del proceso, dada la existencia de otros acreedores cuyas acreencias estaban garantizadas con el mismo bien inmueble.

Ante tal pronunciamiento, la afectada decide formular una nueva acción de tutela, esta vez en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y el Banco Conavi, argumentando a tal efecto que la decisión emitida por aquel Tribunal constituía una vía de hecho en atención a que desconocía el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, careciendo por ende de un mínimo de sustento legal y constitucional.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo, arguyendo que no se había encontrado acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de la solicitante, por lo que impugnada aquella determinación, correspondió su desate a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, instancia que confirmó el fallo emitido por el *a quo*.

Analizando el apremiante evento, la Corte Constitucional decide decretar la suspensión provisional del remate del inmueble, invocando a tal efecto la protección del derecho fundamental al debido proceso, asegurando así que la decisión de fondo que ha de adoptar la sala de revisión no carezca de eficacia material (CConst, A.-035/2007 H. Sierra).

La decisión de fondo de este caso fue adoptada por la sentencia T – 147 de 2007, sentencia en la cual la sala de revisión observó que la mera existencia de otros procesos ejecutivos en los cuales había sido decretado el embargo del remanente y el de los bienes que lleguen a ser desembargados, no conjuraba la aplicación de los alivios creados por la Ley 546 de 1999, pues de acuerdo al texto de aquella normatividad, la concesión de tales beneficios no estaba condicionada a la existencia de un único crédito (CConst, T-147/2007, H. Sierra).

La Corte resuelve revocar la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar, tutelar los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia de la señora Gloria Amparo Rey Sáenz.

Lo realmente relevante para el caso, es que la medida adoptada lo fue en medio del curso normal de un proceso ejecutivo en el cual se había ordenado el remate de un bien inmueble embargado. Es allí en donde se evidencian con claridad las amplias facultades otorgadas al Juez constitucional para que removiendo cualquier obstáculo y con el solo argumento de conjurar, mitigar o hacer cesar la violación a un derecho fundamental, ordena la adopción de una medida cautelar anticipada e innominada.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta el momento y a manera de conclusiones de la investigación adelantada, puede afirmarse lo siguiente:

Si bien es cierto las medidas cautelares han sido instituidas inicialmente como mecanismos accesorios e instrumentales que solo excepcionalmente, y en los casos autorizados por la Ley puede ser utilizados, es lo cierto que cada vez con mayor frecuencia, su uso se ha convertido en la mejor de las alternativas para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales. A esta conclusión se llega tras la evidente incidencia que tienen los altos índices de morosidad judicial, los cuales dan al traste con el fin último de justicia que pretende alcanzar el ejercicio jurisdiccional del Estado.

En cuanto tiene que ver con la facultad del juez para adoptar a su criterio (innominadas) las cautelas que le permitan dar posterior eficacia a sus decisiones, en aras de la protección de los intereses involucrados dentro del trámite, resulta más que conveniente la previsión generalizada de esta posibilidad. Si bien es cierto la moderna ciencia del Derecho procesal tiende a la reducción de los tramites y la consagración de procedimientos estándar para litigios de naturaleza similar, ello no puede transpolarse a la

tipificación de medidas cautelares en número y condiciones determinadas.

Es evidente que la vanguardia en el otorgamiento de facultades al Juez para la adopción de cautelas innominadas está en cabeza de los tramites en los que se debaten garantías inherentes al ser humano, especialmente aquellas que tocan con sus derechos fundamentales, colectivos y sociales, todo lo cual se explica a partir del fundamento de los intereses sustanciales que se encuentran en juego. Allí es más que explicable que sea el Juez en cada caso el que determine los medios para hacer cesar la vulneración que sobre los mismos, evitar un daño futuro o conjurar un perjuicio irremediable.

Con todo y lo anterior bien podría revisarse la extensión de esta facultad a los procedimientos tradicionales en los que sin afectar el equilibrio de las partes dentro del proceso, incrementando injustamente las cargas procesales a favor o en contra de alguna de las partes y con observancia del debido proceso, se dejará en manos del Juez la posibilidad de conjurar aunque fuese en mínima forma el evidente mal que a la administración de justicia le viene causando la mora judicial.

Creemos también que esta posibilidad no puede hacerse extensiva a los tramites penales; en este caso, si bien es cierto los intereses predominantes se orientan a hacer justicia en el caso concreto y sancionar al responsable de un delito, ello no puede desembocar en una afectación excesiva a los derechos del procesado, siendo lo adecuado que sea la Ley la que conserve el monopolio taxativo de tales cautelas.

Finalmente creemos también que así como se pregonaba el otorgamiento de facultades al Juez para que configure alternativas de cautelas, deben en todo caso fijarse límites a su ejercicio, en cuanto a legitimación, alcance y cargas a la parte favorecida para que su ejercicio no termine por otorgar una facultad discrecional exagerada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Couture, E. J. (1953). Notas para un Vocabulario de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México , Sección de Previa (10), 115-141.
- López Blanco, H. F. (2012). Procedimiento Civil (Undécima ed., Vol. I). Bogotá D.C.: Editores Dupré.
- Malagón Bohórquez, P. H. (2011). Superintendencia de notariado y registro. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, del sitio web: <http://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/registro/TallerRegistral2011/memorias%20medidas%20cautelares.pdf>
- Quiroga Cubillos, H. E. (1991). Procesos y Medidas Cautelares (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C.: Ediciones OKEY Impresores.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). Versión electrónica del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española., Recuperado el 12 de Junio de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=proceso>
- Rocco, U. (1977). Tratado de Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires.: Temis, Depalma.
- Rojas, M. E. (2004). Teoría General del Proceso. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanabria Santos, H. N. (2000). Configuración Procesal de la Pretensión de Tutela. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Véscovi, E. (1984). Teoría General del Proceso. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Villamil Portilla, E. (1999). Teoría Constitucional del Proceso. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- CConst, A.-035/2007 H. Sierra.
- CConst, A.-166/2006 M. Cepeda.
- CConst, C-379/2004, A. Beltrán.
- CConst, C-523/2009, M. Calle .
- CConst, T-023/95 J. Arango, T-023/95.
- CConst, T-147/2007, H. Sierra.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

- D. 2591/1991 (Presidente de la República de Colombia 19 de Noviembre de 1991).
- L. 1437/2011 (Congreso de la República 18 de Enero de 2011).
- L. 1564/2012 (Congreso de la República 12 de Julio de 2012).
- L. 906/2004 (Congreso de la República 1 de Septiembre de 2004).
- L.472/1998 (Congreso de la República 5 de Agosto de 1998).



ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



# **Determinismo genético, genocracia, multiculturalidad, diversidad sexual y nuevos derechos: una mirada en torno a la creación de familias homoparentales \***

*Genetic determinism, genocracy, multiculturalism, sexual diversity and new rights: a look around creation of homosexual families*

**Amparo de Jesús Zárate Cuello**

Profesora Universidad Militar Nueva Granada  
amparo.zarate@unimilitar.edu.co

**Luis Gustavo Celis Regalado**

Profesor Universidad de la Sabana  
luis.celis@unisabana.edu.co

Recibido: 28/05/2016      Aprobado: 18/10/2016

## **RESUMEN**

Al presentarse la alternativa de creación de familia por parte de personas de un mismo sexo y de diferentes diversidades sexuales, género, orientaciones e identidades en acopio de las técnicas de fecundación humana asistida, se tiene la posibilidad de determinar genéticamente las características deseables de los seres humanos que pretenden traer a sus alianzas afectivas y constituir así la familia homoparental del deseo, con el genotipo y fenotipo que corresponda al prototipo ideal según los estándares de aceptación social. Sin embargo, estos tópicos generan problemas a la bioética y prenden las alarmas del bioderecho ante la intención de crear hijos con los avances de las biociencias, donde prima facie, campea la maternidad subrogada entre gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros, e intersexuales que podrían además organizar tríos y grupos poliamorosos, donde la maternidad y paternidad se extiende a los miembros de los mismos y por ende surgen nuevos derechos filiales para el nasciturus, dentro de los paradigmas de la multiculturalidad en la sociedad globalizada.

## **PALABRAS CLAVE**

Bioderecho; bioética; determinismo genético; diversidades sexuales; genocracia; modelos familiares.

## **ABSTRACT**

Once it is presented the alternative of creation of a family by people of the same sex and different sexual diversity, gender orientations and identities according to the assisted human conception techniques, there is the possibility of genetically determine the desirable characteristics of human beings. What is pretend is to bring to their affective alliances and thus build the homosexual family of desire with the genotype and phenotype that corresponds to the ideal prototype of the social acceptance standards.

---

\* Este artículo se deriva de la investigación HUM 1898, financiada por la Vicerrectoría de Investigaciones de la UMNG, vigencia 2015.

However, these issues create problems to bioethics and turn on the biolaw alarms facing the intention of create children with advances in bioscience, where prima facie stands surrogacy maternity between gays, lesbians, bisexuals, transsexuals, transgender, and intersex. All of them could organize trios and polyamorous groups where maternity and paternity is extended to members of the same groups and therefore there are new filial rights for the unborn within the paradigms of multiculturalism in the global society.

## KEYWORDS

Bioethics; bio-law; genetic determinism, genocracy; family models; sexual diversity.

## INTRODUCCIÓN

“No todo lo que la ciencia puede –tecnológicamente– realizar, se puede –éticamente– hacer” (Javier Gafo)

El conocimiento es un misterio fascinante en la actualidad, es poder y dominio. Un ejemplo manifiesto de esto es el Proyecto Genoma Humano, el cual tenía por objeto: identificar y caracterizar la información contenida en cada cromosoma humano, elaborar mapa físico y genético, secuenciar los genes y archivarlos en genotecas y el desarrollo de nuevos métodos diagnósticos y terapéuticos.

Este estudio tiene nobles intenciones en el futuro: podríamos abaratar medicinas costosas, aliviar el hambre que padece gran parte de la humanidad, corregir defectos genéticos o detener el deterioro microambiental, pero además es un poderoso instrumento para intervenir la vida humana aún antes de la procreación (tecnofecundación) y una herramienta para diseñar organismos patógenos extraordinariamente virulentos o del producir hombres a la medida.

Los conocimientos derivados de esta investigación condujeron a la conclusión de que nuestro genoma está constituido por aproximadamente por unos 25.000 genes. Antes se estimaba en unos 100.000 genes y se dio inicio a los que podríamos llamar la 'Nueva Genética', cuyo origen lo podríamos ubicar en el año 1953 cuando los Des. James Watson y Francis Crick publican en Mayo de 1953 en la revista Nature la estructura del Ácido de Desoxiribunocleico (ADN).

Antes de 1953, la Genética Clásica realizaba el diagnóstico de la enfermedad de una manera netamente clínica es decir por su fenotipo, había una eugenesia positiva o negativa de acuerdo a estas características y no se presentaba una intervención directa sobre el patrimonio genético humano. Pero una vez se dilucido la estructura del ADN y en especial con el desarrollo de la biotecnología, la Nueva Genética permitió conocer los distintos procesos del genoma, la puesta en punto de diversas técnicas moleculares como la del ADN recombinante (que permitió entre otras cosas la transgénesis) y finalmente la posibilidad de realizar una intervención directa sobre el Genoma. Todo esto ha permitido que la Genética se haya constituido también en una industria a partir de la modificación de organismos biológicos o de células tanto microbianas, vegetales, animales y vegetales con diversos fines y ha abierto un abanico de posibilidades en distintos sectores como el sector salud, el agropecuario, el industrial, el minero, el energético y el medioambiental. De hecho las Artes Plásticas no han escapado a este fenómeno y autores como Eduardo Kac han acuñado términos como el 'Bioarte' para referirse a la modificación de organismos vivos mediante la inserción de genes que les confieran características como la fluorescencia.

Estos organismos fluorescentes brillan en presencia de luz ultravioleta al ser observados, dependiendo del tipo de fluorocromo utilizado con colores que van desde el verde hasta el rojo. Esto ha traído algunos reparos desde el punto de vista ético en el sentido de qué pasa con estas bacterias, peces, ratones, conejos, cerdos, perros, gatos y flores que han sido

manipulados genéticamente para que brillen y llegasen a ser liberados accidentalmente al medio ambiente; de hecho en Taiwán hay una compañía denominada TKT que realiza modificaciones de peces cebra con genes fluorescentes provenientes de la anémona de mar o de color rojo al insertar genes obtenidos del coral.

## 1. CIENCIAS ÓMICAS

Otra consecuencia importante fue el desarrollo de la ciencias ómicas por que se comprendió que no sólo bastaba identificar y caracterizar la estructura del genoma (genómica estructural) sino que también era necesario conocer su función (genómica funcional), desarrollándose por lo tanto la Transcriptómica, la Proteómica, la Metabolómica (donde se identifican el reactoma, el interactoma y el degradoma) y el Fisioma, todo ello enmarcado en el Epigenoma y el Socioma, es decir que hemos llegado del Genoma hasta el Fenoma (del genotipo al fenotipo).

Dentro de este surgimiento de nuevas esferas del conocimiento derivadas, surgió la Medicina Genómica que busca:

- Desarrollar nuevas pruebas moleculares para el diagnóstico, la identificación de futuros riesgos para la salud o la predicción de la respuesta a determinados fármacos como el caso de la Farmacogenética y la Nutrigenómica.
- Comprender los mecanismos fisiopatológicos de algunas enfermedades, dado que una vez que se conoce el proceso alterado, se pueden realizar distintas intervenciones.
- Desarrollar nuevos métodos diagnósticos y terapéuticos para desordenes genéticos tanto raros como comunes.

La Biomedicina por tanto debe estar al servicio del hombre no para dominarlo, no para transformarlo en cosa o negocio. Las decisiones humanas constituyen el campo específico de la reflexión ética, la ciencia y la técnica son acciones y por lo tanto están sujetas a esta, adicionalmente de que estas acciones pueden ser consideradas buenas o malas,

el progreso no puede ser un proceso autónomo desligado de la ética, el científico no es neutro dado que los experimentos que involucren seres vivos que son capaces de sentir como en el caso de la investigación biomédica necesariamente conducen a una reflexión bioética.

## 2. PROBLEMAS ÉTICOS

Los problemas éticos derivados de la investigación genética están en plena efervescencia en el momento actual; la investigación del genoma se está convirtiendo en un nuevo foco del capitalismo, transformando la ética en *monética* y dando origen a una nueva fiebre del oro porque las grandes compañías han percibido la importancia de patentar los genes humanos (lo cual ha dado origen a una gran controversia), motivadas a que partir de estos, debe desarrollarse la biomedicina del siglo XXI, generándose nuevos elementos tanto diagnósticos como terapéuticos.

Otra grave preocupación que ha surgido de estas investigaciones es el determinismo genético basado en una excesiva genomización del hombre, que pretende explicar todas sus dimensiones a partir de sus genes; así tenemos el gen del egoísmo, de la delincuencia, de la obesidad, de la violencia, de la homosexualidad y otros. Si bien, la parte biológica del hombre (incluyendo la genética) es muy importante, no se puede atribuir todas las conductas del hombre a ella; esto eliminaría la responsabilidad individual de cada uno y se perdería el sentido de la ética, quedando reducido todo a lo que tenemos en los genes.

Después surgiría la eugenesia genética embrionaria, porque podríamos desechar a los individuos que porten características no deseadas o que no estén de acuerdo a la moda o al estereotipo actual. En este caso estaríamos haciendo una selección positiva o negativa de individuos; todo esto nos conducirá a una genocracia (dictadura de los genes), en donde el poder de los genes será una dictadura y todo lo que esté por debajo de lo normal va camino al despeñadero, como los aguerridos Espartanos de la antigua Grecia que arrojaban por los desfiladeros

a los niños deformes. En el siglo XXI los arrojaríamos al precipicio genético, por ejemplo, cuando seleccionamos de acuerdo a nuestro interés un determinado genotipo no deseado.

En este momento hacemos un alto en el camino y declaramos que el hombre no es propiedad de la genética. El reduccionismo biológico no enaltece al hombre sino que lo despoja de su libertad, por lo tanto serían inútiles las campañas preventivas de enfermedades como el alcoholismo, la igualdad de oportunidades o la de educación para todos, dado que todo está determinado de antemano (sobre todo en los genes); de no reflexionar y actuar rápidamente, el hombre asumirá, sino lo ha hecho ya, el papel del creador.

En este orden de ideas, el determinismo genético constituye una gran falacia que pretende dejar de lado la responsabilidad individual para sustituirla por un factor inmutable y determinado que son los genes. Esto nos conlleva a un concepto unívoco del instinto y que no toma en cuenta la heterogeneidad del mismo, donde el ambiente tanto biológico como cultural interacciona con los genes y modela elementos como lo irascible y lo concupiscible.

Cuando se desconoce esta dimensión del hombre y se le reduce a un plano meramente biológico se justifican todo tipos de conductas como la infidelidad (“deseo ser te fiel pero estos genes que llevo dentro me lo impiden”) o la homosexualidad; si bien algunos trastornos cromosómicos pueden llevar a una ambigüedad sexual, muchos de los casos reportados son de tipo adquirido por fenómenos como el hacinamiento en las cárceles, la falta de una figura paterna en la educación o una educación sexual centrada tan sólo en la prevención de enfermedades de transmisión sexual y los embarazos no deseados.

### 3. ASPECTOS GENÉTICOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

En los últimos años, diversos grupos han realizado estudios tratando de establecer diferencias entre las

personas homosexuales y los heterosexuales, lo cual resulta muy complejo dado que la conducta humana tiene un origen multifactorial producto de la interacción gen – ambiente. Los distintos estudios se han centrado principalmente en la estructura del cerebro o la presencia de distintos genes que se han pretendido asociar a la homosexualidad.

Uno de los primeros estudios fue el realizado por Le Vay (1991), que estudió el desarrollo de los núcleos intersticiales (que son cuatro grupos neuronas cercanas al hipotálamo), encontrando que las del grupo 3 en las personas homosexuales eran de menor tamaño que en los heterosexuales. A partir de este hallazgo se realizaron extrapolaciones basadas en que en el caso de las mujeres este núcleo intersticial es de menor tamaño que en el hombre. Una de las primeras observaciones que se hicieron a este trabajo era que los cerebros estudiados provenían de pacientes con SIDA por lo que la alteración era producto de la infección y no de una alteración constitucional; por otra parte, habría que establecer la relación entre el tamaño del núcleo intersticial 3 con la tendencia sexual para establecer una relación causa – efecto.

Otro estudio fue el realizado por Hammer (1993), que al analizar el árbol genealógico de 114 familias con algún miembro homosexual para buscar una relación de parentesco entre los miembros de tendencia, asoció un marcador genético presente en el cromosoma X que consistía en la ausencia de microsatélites en la posición Xq28, encontrando que en 40 de las familias estudiadas había una relación entre este marcador y el comportamiento homosexual, llegándose a postular a la homosexualidad como una enfermedad genética OMIM 306995.

Este estudio fue replicado en tres ocasiones con resultados diversos. En uno se obtuvieron similares resultados, en otro no hubo diferencias estadísticas significativas y en un tercero no se encontró ninguna asociación.

Otras causas se han atribuido a la exposición de altos niveles de testosterona o estrógenos en el útero que

podiesen originar cambios epigenéticos o deficiencias en la biosíntesis del cortisol producto de la Hiperplasia Adrenal Congénita (CAH).

Finalmente, debemos afirmar que estos estudios no son concluyentes y hay que estudiar cada caso en particular, por que como antes fue mencionado al ser la conducta humana multifactorial, no pueden establecerse causas únicas y mucho menos caer en el determinismo genético que pretende suprimir la libertad humana y que toda conducta humana sea producto de la composición genética de los individuos en forma inalterable e irreversible.

#### **4. MULTICULTURALIDAD, DIVERSIDAD SEXUAL Y NUEVOS DERECHOS: CREACIÓN FAMILIAS HOMOPARENTALES**

Desde el punto de vista legal, el matrimonio se concibe como una unión socialmente aceptada, generalmente entre un hombre y una mujer<sup>1</sup>, la cual está regulada tanto por la ley como por distintos factores sociales tales como valores, costumbres, creencias y actitudes, que prescriben los derechos y deberes de los sujetos implicados.

En lo concerniente específicamente al matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien durante muchos años ésta fue una práctica prohibida no sólo por la religión sino por diversos sectores sociales alrededor del mundo; en los albores del siglo XXI un sinnúmero de países ya han regulado dicho tipo de uniones, empezando por Canadá, de manera tal que han sido creadas varias leyes y normas que les confieren igualdad de derechos frente a las parejas heterosexuales, equiparando así la naturaleza de ambas.

Aunque en principio se podría afirmar que la homosexualidad se encuentra enmarcada dentro del espectro de la personalidad comprendiendo, al igual que los heterosexuales, una serie de con-

ductas acordes a los comportamientos socialmente aceptados con relación al ejercicio de roles tales como la paternidad, algunos psiquiatras como Enrique Rojas (citado por Delgado. 2004), han aportado varios argumentos acerca del efecto nocivo que las familias homoparentales pueden causar a los menores de edad, pues afectan el normal desarrollo de las estructuras de su personalidad y constituyen una especie de laboratorio psicológico cuyo resultado es incierto, en el cual el niño es sometido a tener dos padres o dos madres, e incluso dos padres y una madre, o dos madres y un padre, y demás variaciones de modelos familiares que han ido surgiendo con el transcurrir del tiempo.

No obstante, y aún cuando existen numerosos estudios que analizan cómo la conformación de familias homoparentales afectan el bienestar de los niños implicados y su normal desarrollo en los entornos familiar y social, las leyes diseñadas por los gobiernos de los distintos países han apuntado hacia el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI más que hacia el bienestar de los hijos que se conciban dentro de sus respectivas uniones, lo cual se traduce en una terrible omisión de los derechos de los menores que en teoría deberían ser imperantes.

En este sentido, es evidente que el derecho de las parejas homosexuales a formar una familia donde se incluyan hijos, ya sea a través de un proceso de adopción o un procedimiento de fecundación in vitro, ha primado sobre el derecho de los niños a tener un padre y una madre, como así lo determinan las leyes de la naturaleza.

Esto sugiere un problema adicional relacionado con la forma en que los hijos son concebidos en el marco de una familia homoparental, pues dada la imposibilidad de concebir entre personas del mismo sexo, éstas deben acudir a técnicas de fecundación asistida, dando lugar a otras acciones como por ejemplo las modificaciones genéticas al nasciturus,

1. Tal como lo afirma la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16 (citado por Zárate, 2014, p.89), «los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia». Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce, en su artículo 23.2, el «derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia».

de manera que:

La legislación colombiana se ha destacado entre otras cosas por una constante preocupación hacia el futuro y la posibilidad de elegir bebés (eugenesia positiva) puede dar lugar a una sociedad en que las discriminaciones comiencen antes del nacimiento. (...) Así, al otorgar esta libertad al científico, se produce una violación del derecho a la integridad física del ser humano, puesto que si el embrión es un ser humano y se le selecciona, no se está respetando ni su integridad física ni su vida. De igual manera, se viola el principio de igualdad entre los seres humanos.

Es así como se evidencian las distintas problemáticas que giran en torno a la conformación de familias homoparentales, pues no solamente está de por medio la conservación del modelo tradicional de familia que confiere a los niños la posibilidad de nacer en el seno de un hogar conformado por las dos figuras paternas, sino que además se incluyen en el debate aspectos tales como la fecundación asistida y la inseminación in vitro, la eugenesia positiva y la consiguiente discriminación de los *nasciturus*, el derecho de los niños dados en adopción a tener ambas figuras paternas y, más recientemente, la conformación de núcleos familiares compuestos por personas de un mismo sexo y de diferentes diversidades sexuales, género, orientaciones e identidades.

Aterrizando estas problemáticas al contexto colombiano, con relación a la procreación asistida en parejas homosexuales y heterosexuales, hasta hace algunos años el llamado “derecho a procrear” se reconocía solo a los matrimonios y a las parejas heterosexuales que probaran una convivencia estable, excluyendo la posibilidad de que mujeres solteras o parejas de homosexuales recurrieran a técnicas asistidas. Esto, dado que, en palabras de Paula Samper:

La legislación colombiana se ha destacado entre otras cosas por una constante preocupación hacia el futuro y estabilidad de la familia como un núcleo de la comunidad, y en este sentido aceptar la práctica de fecundación asistida en los eventos mencionados pone en tela de juicio la mencionada protección estatal a la familia.

Si bien con el tiempo se han ido introduciendo a la legislación colombiana algunos elementos que confieren igualdad de derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales en lo referente a la paternidad, la política nacional y reproductiva del Estado, se ha enfocado más hacia los adolescentes, la maternidad segura, la protección y prevención de enfermedades de transmisión sexual, entre otras, restándole cierta importancia a las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, se hace evidente el desinterés del Estado colombiano en intervenir, reglamentar u orientar políticas públicas respecto a estas técnicas, siendo necesario, como afirma Monroy:

Ofrecer claridad al respecto ya que este tipo de técnicas vienen teniendo un desarrollo y efectividad cada vez más importante no solo a nivel de Colombia sino del mundo, y es el Estado el llamado a ofrecer no solo seguridad jurídica a los diferentes actores que intervienen en el proceso, sino también a los niños que nacen bajo este sistema, y el material genético que puede llegar a ser susceptible de manipulación.

Esta es justamente la principal razón por la cual se deben regular en Colombia las técnicas de reproducción asistida, pues los riesgos y consecuencias que acarrea no recaen necesariamente sobre las personas que desean ejercer su rol de paternidad, sea cual sea su identidad, género u orientación sexual, sino sobre los hijos y su normal desarrollo como individuos y seres sociales. En consecuencia, este es un debate que el Congreso colombiano debe dar de cara al país, al determinar, como bien lo hemos manifestado, “si las parejas unidas de un mismo sexo deben conformar una familia con hijos creados por las técnicas de fecundación in vitro; y la situación jurídica de éstos, o mantener incólume nuestras disposiciones de rango constitucional y legal que establece su conformación por un hombre y una mujer”.

Dicho en otras palabras, en la protección de los derechos tanto del *nasciturus* como del niño que nace bajo las técnicas de reproducción asistida, están en juego aspectos fundamentales como la dignidad humana (inherente a toda persona), el derecho a la vida; el derecho a la integridad física,

psicológica y existencial que condicionan el libre desarrollo de la personalidad; el derecho a una familia, a una identidad genética, y el derecho mismo a la identidad del nacido.

Dado que, como se ha dicho con anterioridad, en el país existe una ausencia de marcos legales que regulen la procreación humana asistida, los diferentes centros dedicados a esta actividad se han convertido en una opción o alternativa real tanto para parejas heterosexuales como homosexuales, partiendo del supuesto de que los particulares pueden hacer todo aquello que no les sea prohibido. En consecuencia, la realidad palpable es que “las técnicas de fecundación in vitro se realizan sin ningún tipo de control a quienes tengan el recurso económico para sufragar los costos de las mismas, sin distinción de orientación sexual” ni de ningún otro tipo (es decir, sin tener en cuenta el bienestar del futuro niño<sup>2</sup>).

En este sentido, el funcionamiento indiscriminado de los Centros de Reproducción Asistida en Colombia se podría considerar en contravía con la Constitución Política, pues como bien lo consagra el artículo 42 de la carta magna -citado por Monroy, 2013-: “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen igualdad de derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable”.

Al respecto valga aclarar, tal como lo afirma Jaima Sanz (2014), que “al fondo de todo este asunto se vislumbra lo que muchos han dado en llamar el derecho del deseo, esto es, que se tiene derecho a todo lo que es susceptible de obtenerse, no obstante llevarse por delante principios o derechos enraizados”, como es el caso del derecho a tener un padre y una madre.

Uno de los casos más representativos en Colombia donde convergen ambos aspectos, el de la adopción y la fecundación in vitro por parte de parejas del mismo sexo, fue la batalla jurídica que emprendieron Ana Leiderman y Verónica Botero, una pareja de lesbianas, quienes luego de casarse en Alemania en el año 2005, tuvieron dos hijos y retornaron al país con la intención de radicarse y registrar a los menores con sus respectivos apellidos. No obstante, Cuando la pareja intentó registrar a la hija biológica de Ana, quien nació por inseminación artificial y por decisión de ambas, como hija por adopción de Verónica Botero, el ICBF negó la solicitud de adopción, la cual, según Germán Rincón, abogado de la pareja, fue producto de un acto de discriminación.

Fue así que la pareja de lesbianas inició una serie de acciones legales para defender su derecho a ser reconocidas como las madres de la menor y de su segundo hijo, quien nació en medio de la demanda (igualmente producto de técnicas de fecundación asistida), hasta que el 18 de agosto de 2014 la Corte Constitucional profirió un fallo (SU-617/14) por medio del cual se le otorgó a Verónica el derecho a fungir como madre de los hijos biológicos de Ana Leiderman, con quien convivía hace aproximadamente diez años. Este caso, como es bien sabido, abrió paso a la aprobación de la adopción por parte de parejas homosexuales en Colombia, razón por la cual el debate en torno a los derechos de los LGBTI se ha intensificado, pues estos han comenzado a exigir al gobierno y al aparato institucional del Estado, una serie de reformas a las leyes y normas colombianas a fin de garantizar la plena satisfacción de sus necesidades como comunidad.

Con relación a la adopción por parte de parejas del mismo sexo, el 19 de febrero de 2015 la Corte

2. Esto se contradice con lo que ha manifestado la Corte Constitucional en diferentes sentencias como la C-355 de 2006 (citada por Monroy, 2013), donde se ha referido al tema y afirma “Si la constitución protege la vida con la relevancia adecuada, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso quien no sólo es condición para su vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo cual ha de concluirse que la vida del nasciturus, cuando éste encarga un valor fundamental, la vida humana garantizada en el artículo 15 de la constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (p.146).

Constitucional expidió un fallo (C-071/15)<sup>3</sup> concerniente al derecho de este tipo de uniones de acceder a la adopción plena.

No obstante, el tribunal declaró que sólo podrán hacerlo “cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”. Posteriormente, el 4 de noviembre de 2015, profirió la Corte Constitucional la sentencia que les otorga la adopción plena a los homosexuales. La sentencia declaró exequible los artículos 64, 66 y 68 de la Ley de Infancia y Adolescencia, bajo el entendido “que en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas de un mismo sexo, que conforman una familia”. Esto quiere decir, que por vía jurisprudencial la Sala Plena de la Corte Constitucional les otorgó la posibilidad de adoptar en forma plena a las parejas del mismo sexo o distintas diversidades sexuales, sin ningún tipo de restricción o regulación, primando el interés del niño a una familia sin importar el sexo de sus integrantes.

Un ejemplo de las conquistas de los LGBTI en Colombia, además del histórico fallo de la Corte Constitucional frente a la adopción, han sido las biopolíticas públicas impulsadas desde la Alcaldía Mayor de Bogotá en acompañamiento de algunas administraciones distritales, especialmente las de Luis Eduardo Garzón y Gustavo Petro.

En el año 2007, por mencionar algunos hitos, durante la administración de Luis Eduardo Garzón, se expidió el Decreto 608 del 28 de diciembre, por medio del cual se establecían los lineamientos de la política pública para la garantía plena de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales e intersexuales LGBTI, en desarrollo de las dimensiones constitucionales, jurisprudenciales y del derecho internacional. Así mismo, durante la administración de Gustavo Petro se expidió el Decreto 149 de 2012, por medio del cual se modificó

la estructura organizacional de la Secretaría Distrital de Integración Social, creando la subdirección para asuntos LGBTI.

Si bien a través de esta subdirección se ejecutó el proyecto 749 que pretendía promocionar el ejercicio y goce de los derechos de los LGBTI mediante programas

de atención a más de doce mil personas en situación de discriminación, exclusión y vulnerabilidad en diferentes centros de servicios; paralelamente no se han desarrollado políticas públicas o mecanismos legales que propendan por los derechos de aquellos que no tienen voz y se ven directamente perjudicados por los efectos de las políticas que favorecen a este grupo social.

En consecuencia, esto se traduce en una ausencia de Biologislación en Colombia y en un choque de trenes institucionales entre el Congreso de la República y la Corte Constitucional, que han ido abriendo una ancha hendija para que la progenie se utilice como barricada para la consecución de derechos enmarcados en la diferencia; denominando este tipo de uniones, desde los debates ideológicos e intereses de la bandera política LGBTI, como “familias homoparentales”. Ya no se trata únicamente de dos padres o dos madres, sino de dos madres y un padre, dos padres y una madre o familias poliamorosas, donde todos se aman entre sí y dicen tener progenie sin importar el número de padres o madres que el hijo forzosamente ostente en su ciclo vital, ampliándose el número de progenitores para el hijo del deseo.

## CONCLUSIONES

Aunque en el marco de la Biologislación colombiana la comunidad LGBTI reclama que el matrimonio, la adopción homoparental y las técnicas de reproducción asistida constituyen derechos que no les deben ser negados, este no constituye el deseo de la

3. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. La corte declaró exequibles apartes de los artículos 64,66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y 1º de la Ley 54 de 1990 y precisó que las parejas del mismo sexo únicamente pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico del compañero o compañera permanente.

totalidad de dicha población pues existe una contraparte que reconoce el derecho de los menores a nacer dentro de un hogar constituido por ambas figuras paternas, como así lo dicta la ley natural. En este sentido, si bien el debate sobre el matrimonio gay y la procreación en el marco de este tipo de uniones puede en ocasiones dar la impresión de que se trata de una reivindicación de todos los homosexuales o de todas las parejas constituidas por diferentes diversidades sexuales, género, orientaciones e identidades, la realidad es que no existe tal unanimidad en un sector que justamente hace gala a la diversidad.

Por otra parte, sin importar cuán buenas sean las intenciones o motivaciones que lleven a una pareja homosexual, tríos, o grupos poliamorosos, de conformidad a las orientaciones, identidades y diversidades sexuales, a querer adoptar o procrear hijos, es evidente dentro de la historia de la humanidad, que sólo las parejas heterosexuales se encuentran en condiciones de cubrir las necesidades específicas de un niño, siendo innecesario someterlos como conejillos de indias a experimentos sociales que sirven a los intereses de una agenda política o un determinado grupo de presión; partiendo además del hecho de que son seres humanos cuyos derechos son inalienables y a quienes por encima de todo se les debe garantizar una vida digna donde prime un respecto absoluto por su persona humana, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, orientación e identidad sexual.

Una vez dicho esto, es menester, en el caso colombiano, empoderar al constituyente primario a través de un mecanismo de participación ciudadana como “el referendo”, para que sea este quien tenga la potestad de aprobar o no la constitución de familias homoparentales capaces de adoptar o procrear hijos, bajo el entendido de que la familia conformada por padre y madre ha sido, es y seguirá siendo, la célula fundamental de la sociedad bajo la cual se funda el Estado, y la responsable de proteger y promover desde su seno el interés ulterior de los niños.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bao, A-M, Swaab, DF. (2011). Sexual differentiation of the human brain: Relation to gender identity, sexual orientation and neuropsychiatric disorders. *Frontiers in Neuroendocrinology*; pp. 32:214-226.
- Celis, LG. (2011). Las Ciencias Biomédicas del Siglo XXI. Crítica al determinismo genético. *Nova*; pp. 9(16):122-123.
- Decreto 149 de 2012 del 4 de Abril, Por medio del cual se modifica la estructura organizacional de la Secretaría Distrital de Integración Social. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46794>.
- De Vries, GJ y Södersten, P. (2009). Sex differences in the brain: The relation between structure and function. *Hormones and Behavior*; pp. 55:589-596.
- Del Barco, JL. (1998). *Bioética de la Persona Humana*. Universidad de La Sabana: Chía.
- Delgado Castro, Á. (2004). La adopción por Homosexuales: Universidad de Navarra. Disponible en [www.unav.edu/departamento/civil/files/file/civil/castro\\_adopcion.pdf](http://www.unav.edu/departamento/civil/files/file/civil/castro_adopcion.pdf)
- El Tiempo. (2015). Corte limita adopción gay a que uno de la pareja sea padre biológico. Disponible en <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/corte-dice-no-a-adopcion-de-ninos-por-parejas-gay-/15268396>
- Finkelstain, GP, Kim, MS, Sinali N, Nishitani M, Van Ryzin C, Hill SC, Reynolds JC, Hanna RM y Merke DP. (2012). Clinical characteristics of a cohort of 244 patients with congenital adrenal hyperplasia. *J Clin Endocrinol Metab*; 97(12):4429-4438.
- Kac, E. (2005). *Telepresence and Bio Art - Networking Humans, Rabbits and Robots*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Kulshreshtha, B, Eunice, M, Ammini AC. (2012). Pubertal development among girls with classical congenital adrenal hyperplasia initiated on treatment at different ages. *Indian J Endocrinol Metab*. 16(4):599-603.
- LeVay, S.A (1991). Difference in hypothalamic structure between heterosexual and homosexual men. *Science*; 253: 1034-1037.
- Hamer, DH, Hu, S, Magnuson VL, Hu N, Pattatucci AML. (1993). A Linkage between DNA. Markers on the X chromosome and Male Sexual Orientation.

Science; 261: 321-327.

·Hines, M. (2010). Sex-related variation in human behavior and the brain. *Trends in Cognitive Sciences*; 14(10): 448-456.

·Monroy, J. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Iuris*, 30, 135-150.

·Online Mendelina Inheritance in Man (OMIM). An Online Catalog of Human Genes and Genetic Disorders Updated 5 June 2014. Disponible en [http://www.omim.org/search?index=entry&sort=score+desc%2C+prefix\\_sort+desc&start=1&limit=10&search=OMIM+306995+](http://www.omim.org/search?index=entry&sort=score+desc%2C+prefix_sort+desc&start=1&limit=10&search=OMIM+306995+).

·Rahman, Q. (2005). The neurodevelopment of human sexual differentiation. *Neuroscience and Biobehavioral Review*; 29:1057-1066.

·Ric, G, Anderson, C, Risch, N, Ebers G. (1999). Male Homosexuality: Absence of Linkage to Microsatellite Markers at Xq28. *Science*; 284 (5414) : 665-667.

·Roselli, ChE, Larkynn, K, Schurunk, JM. (2004). Sexual partner preference, hypothalamic morphology and aromatase in rams. *Physiology & Behavior*; 83:233-245.

·Samper, P. (1991). La fecundación asistida en Colombia: realidad y norma. Disponible en : [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/component/s/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri378.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/component/s/com_revista/archivos/derechoprivado/pri378.pdf)

·Sanz, J. (2014). La adopción homosexual y la fecundación asistida. Disponible en <http://www.lapatria.com/columnas/110601/la-adopcion-homosexual-y-la-fecundacion-asistida>

·Semana. (2014). La pareja que logró un histórico fallo para adoptar. Disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-pareja-de-lesbianas-que-gano-tutela-para-adoptar/400753-3>

·Viedma, I. (2002). Proyecto Genoma Humano. Implicaciones Éticas. *Persona y Bioética*; 6 (7):73-84.

·Watson, JD y Crick, FHC. (1953). Molecular Structure of Nucleic Acids. A Structure for Deoxyribose Nuclei Acid. *Nature*; 171(4356):737-738.

·Zárate, A. (2014). *Biomedicina y biotecnología ante la violencia prenatal. Legislación comparada con el derecho español*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la

U-Lid Editorial.

·Zárate, A (2015) Programa Veredicto. T. V. "Decisión de la Corte Constitucional sobre adopción igualitaria". 23 de noviembre de 2015.

·Zarató, A. Celis, LG. (2015). Implicaciones Bioéticas derivadas de las parejas del mismo sexo a las tecnologías provenientes de la Biomedicina y la Biotecnología, para la conformación de las familias Homoparentales. *Persona y Bioética*; 19(1):48-63.



ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



# **Tratamiento jurídico al terrorismo para la guerrilla colombiana FARC- en el marco de la justicia transicional**

## *Legal treatment of terrorism for the Colombian guerilla FARC as part of transitional justice*

**Gabriel Pantoja Narváez**  
Profesor Institución Universitaria CESMAG  
gabrieldpantoja@gmail.com

Recibido: 01/04/2016    Aprobado: 03/08/2016

### **RESUMEN**

El presente artículo es producto de una investigación teórica que condujo al título de Master en Estudios sobre Terrorismo, tendiente a determinar los verdaderos postulados de Paz frente a un acuerdo eminentemente político que busca una salida negociada a un conflicto violento por cuanto, los actores que utilizan la violencia con pretensión de monopolización, dialogan con los Estados a fin de propender su participación en el ejercicio del poder político.

No obstante, durante los periodos violentos en Colombia, se han cometido delitos y conductas socialmente reprochables no únicamente desde el punto de vista de la normatividad interna sino también la internacional donde al terrorismo se le ha calificado como un 'delito atroz' que no tiene conexidad con el delito político, lo que impediría la participación en política del grupo subversivo.

Desde la metodología deductiva con un enfoque crítico analítico y a través del método histórico-hermenéutico, se vislumbró las posibles consecuencias desde el ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional y los pronunciamientos de la Corte Constitucional que desde la vigencia de la Carta Política de 1991 se dieron en materia de terrorismo permitiendo concluir que el tratamiento jurídico al terrorismo en el marco de una justicia transicional obedece a una forma sui generis donde no existe relación con el delito político pero sus beneficios sí le son aplicables a los autores de este delito.

### **PALABRAS CLAVE**

Conflicto armado; Justicia transicional; Paz; Terrorismo; Tratamiento jurídico.

### **ABSTRACT**

This article is the result of a theoretical investigation that conduces the author to the Title of Master in Studies Of Terrorism aimed to determinate the postulated true Peace Agreement against an eminently politician agreement seeking for a negotiated end to a Violent conflict where actors who use violence pretending a monopolization, dialogue with the States to allow their participation in the exercise of political power.

However, during the violent periods in Colombia, crimes and social reprehensible conducts have been committed not only from the inner normativity but also from the international regulations where Terrorism has been described as an 'atrocious crime' that has a connection to the political crime which would prevent the political Participation of the subversive group.

From the deductive methodology with a critical analytical approach and through the historical-hermeneutical method, it was able to see the possible consequences from the legal system of both international and national, and the pronouncements of the Constitutional Court which since the validity of the Constitution of 1991, it occurred in the terrorism line allowing to conclude that the legal treatment of terrorism in the context of transitional justice obeys a *sui generis* form where there is no relationship with the political crime but their benefits do apply to the authors of this crime.

## KEYWORDS

Armed conflict; Legal treatment; Peace; Transitional justice; Terrorism.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia desde 1991, en vigencia de la actual Constitución Política hasta la fecha, se han adelantado únicamente dos (2) procesos de negociación de Paz con la guerrilla terrorista FARC siendo el último (2012-actualidad) el que mayores reflexiones jurídicas y sociales ha merecido por cuanto existen divergencias políticas y jurídicas de aplicación de postulados de justicia transicional y los conceptos de terrorismo y delito político que existen actualmente, por lo que se hace necesario analizar cuáles serán las regulaciones que tendrá el terrorismo en Colombia en la aplicación de los postulados de la justicia transicional que se negocia con la guerrilla terrorista FARC en el actual gobierno. El diálogo con una organización clasificada como terrorista, tanto por el estado colombiano como por la Unión Europea y la Organización de Naciones Unidas, supone la concesión de determinadas prerrogativas y privilegios jurídicos a través de mecanismos transicionales de justicia donde se busca la dejación de las armas y la terminación de actos violentos.

Se considera a las FARC como un grupo terrorista por cuanto han ejecutado actos de terror sobre la población civil siendo acorde con la definición de terrorismo que se establece como “una sucesión

premeditada de actos violentos e intimidatorios ejercidos sobre población no combatiente y diseñados para influir psicológicamente sobre un número de personas muy superior al que suman sus víctimas directas y para alcanzar así algún objetivo, casi siempre de tipo político” (De la Corte, 2006, p. 43).

No obstante, el tratamiento al terrorismo en Colombia ha sido entendido desde el punto de vista jurídico como un 'delito atroz'; se definió como un delito no conexo a los delitos políticos y que por ende, frente a la gravedad de la conducta terrorista y el atentado contra los valores superiores de la Constitución Política, no sería admisible la posibilidad de recibir el trato preferencial de los delitos políticos.

Pese a lo anterior, dicha calificación deberá adaptarse a las necesidades dentro de un proceso de paz donde se vincule como un delito conexo al delito político de rebelión ya que las configuraciones jurídicas internacionales han visto similar objetivo al delito político como lo establece el Código Penal Español (2015) cuya finalidad es “*subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*” (Ley Orgánica No. 1, 2015).

La primera hipótesis que surge dentro del escenario de justicia transicional es indultar o conceder amnistías a los responsables de delitos de terrorismo integrantes de la guerrilla FARC para que estos puedan participar en la política colombiana, mientras que la segunda hipótesis radica en la imposibilidad jurídica de conceder indultos y amnistías por delitos de terrorismo que hayan cometido los integrantes de las FARC y por ende impedir su participación en política dado los calificativos internacionales del terrorismo como delito atroz. Por último, una hipótesis de posición intermedia donde se permita la participación en política de personas que hubiesen cometido actos terroristas y se constituyan mecanismos alternativos de justicia transicional para sancionar el delito de terrorismo.

## 1. EL TERRORISMO EN COLOMBIA Y SU EVOLUCIÓN DESDE 1978 HASTA LA ACTUALIDAD

Desde la configuración constitucional de la Carta Política de 1886, la rigidez del centralismo y la administración territorial generó un conflicto significativo que desde la perspectiva centralista y provincial, generó una grave tensión entre el régimen central y el regionalismo que impidió poder ejecutar de manera plena las políticas públicas desde la capital hacia las regiones (Valencia. H., 1987).

Estas significativas diferencias impuestas a la fuerza por los movimientos constitucionales que dirigieron la suerte del país en inicios del siglo XX, creó periodos de violencia marcados por las tendencias políticas entre movimientos liberales y conservadores del pensamiento político en una lucha por el poder con gobiernos liberales (Rafael Reyes 1904 – 1909) y conservadores (Carlos E. Restrepo 1910 – 1914) donde se dieron periodos de movimientos campesinos a través del liderazgo de ciertos grupos que a su vez dieron origen a intentos de insurgencia.

Colombia se ha visto envuelta en una historia violenta que se afianza hacia 1950 con episodios subversivos encaminados a combatir la homogenización política y evitar que grupos políticos se perpetuaran en el poder, por cuanto hacia el año 1957 se logra la más importante reforma constitucional a través de la figura política de las democracias consociativas o consociacionistas<sup>1</sup> que dieron pie a la instauración del denominado “Frente Nacional” donde los partidos *liberal* y *conservador* se dividieron el ejercicio del poder político en la presidencia de Colombia durante 16 años entre 1958 y 1974.

No obstante, el partido comunista colombiano pretendió la eliminación de una ligada política tradicionalista oligárquica para llegar al ideal socialista y tras el gobierno de Guillermo León Valencia (1962 – 1966) en 1964, se fortalecen unas amplias zonas de influencia comunista en el sur del Tolima, donde tras un fuerte ataque del Ejército Nacional contra las denominadas Repúblicas Independientes, se da el ataque a Marquetalia constituyéndose en el mito fundacional de la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC subordinada al partido comunista.

“Así, en esa primera etapa entre 1966 – 1977, las FARC son todavía una guerrilla partisana, caracterizada por una total subordinación al Partido Comunista, que ejercía funciones de dirección sobre el aparato armado. Y su carácter era primordialmente defensivo: se movía por los territorios tradicionales de las autodefensas de la violencia de mediados del siglo, especialmente en las regiones del Arari, el Duda, el Guayabero, el Guaviare y en el Caguan (El Pato) y en menor medida en el Urabá y el Magdalena Medio” (Gonzales. 2006. P. 332).

Así lo señala Pizarro (2004) en referencia a ese mito fundacional de la guerrilla FARC donde según las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, se originaron los movimientos campesinos por las graves agresiones del Estado, que se habían consolidado como organizaciones agrarias comunistas que

1 - Se entiende el consociativismo o consociacionismo es una deformación de la figura democrática de representación que se aplica donde coexisten en una sociedad profundas divisiones políticas y las élites gubernamentales garantizan su participación en el poder a través de una “partición” de los principales cargos públicos.

acudieron al uso de la violencia a través de las armas y la guerra para la defensa de sus ideales.

Vargas (2010) señala que las guerrillas revolucionarias en Colombia pueden explicarse tanto por factores externos como internos, explicado en el siguiente cuadro<sup>2</sup>:

Tabla 1: Factores del surgimiento de la Guerrilla FARC.

No	FACTOR INTERNO	FACTOR EXTERNO
1.	El frente nacional, que excluyó constitucionalmente a quienes no fueran liberales o conservadores de toda participación política, en la administración pública y en la administración de justicia.	El surgimiento de la denominada nueva izquierda, término que hace referencia a organizaciones políticas de izquierda distintas al Partido Comunista.
2.	El surgimiento de la denominada nueva izquierda, término que hace referencia a organizaciones políticas de izquierda distintas al Partido Comunista.	
3.	Radicalización de los sectores juveniles, especialmente los estudiantes universitarios que los hacían proclives a aceptar los discursos radicales de la lucha armada.	La Revolución Cubana generó un gran impacto en las juventudes latinoamericanas de la época. Este evento marcó el surgimiento del castrismo como ideología revolucionaria que privilegia la organización político-militar frente a la partidaria, poniendo todo el énfasis en la práctica guerrillera como modalidad fundamental de acción política para contribuir a crear condiciones objetivas que posibiliten la realización de una revolución.
4.	Los remanentes de las guerrillas liberales	
5.	La radicalización de sectores del sindicalismo, especialmente petrolero.	La ruptura entre los dos partidos comunistas más importantes del mundo, el soviético y el chino, originada en la tesis del primero sobre la “coexistencia pacífica” entre oriente y occidente y la respuesta del segundo sobre la necesidad de propiciar la revolución mundial.
6.	El renacer del viejo problema agrario no resuelto, no porque hubiere desaparecido sino porque había sido clandestinizado por la violencia liberal – conservadora.	

Extraída de Vargas 2010, p 125.

2 - El cuadro citado, es extraído integralmente del texto de Vargas., A. Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas. Bogotá. Ed. La carreta Editores. P.125

En el año 1974 finaliza el mandato del último presidente perteneciente al Frente Nacional, el doctor Misael Pastrana Borrero, periodo en el cual su legitimidad fue abiertamente discutida, por cuanto, el 19 de Abril de 1970 durante los comicios electorales, el dirigente conservador tenía como principal rival hacia la presidencia de la República de Colombia al ex-dictador y candidato por la Alianza Nacional Popular ANAPO el General (r) Gustavo Rojas Pinilla y en muchos departamentos como Nariño, al momento de realizarse los escrutinios, se encontraba vencedor el candidato independiente y la organización electoral únicamente dio resultados definitivos el 20 de Abril de 1970 donde se declaraba ganador indiscutible al expresidente Pastrana Borrero; este hecho discutido como vergonzoso por parte del pueblo colombiano dio origen a un grupo subversivo denominado Movimiento 19 de Abril o M-19 que operó hasta el año 1990 donde en la presidencia de Virgilio Barco se firma la Paz con este grupo subversivo.

Ya en 1978, sube al poder Julio Cesar Turbay Ayala (1916 – 2005) por parte del partido liberal quien propone el denominado Estatuto de Seguridad Nacional con el fin de combatir a las guerrillas emergentes FARC, ELN (Ejército de Liberación Nacional, EPL (Ejército Popular de Liberación) y M-19, entre otras.

Por esta razón, mediante el decreto con fuerza de ley (decreto que según la estructura Kelseniana del ordenamiento jurídico colombiano es un decreto presidencial dictado en Estados de Excepción. Kelsen. 1934. No. 1923 de 1978); se promulga el denominado Estatuto de Seguridad Nacional donde se reconoce una grave afectación al orden público y en consecuencia, declara el denominado Estado de Sitio para toda Colombia. Igualmente, se reconoce en la labor presidencial el derecho de velar por la administración de justicia y el orden público; empero,

normativamente en el mencionado decreto se reconoce que una de las causas que ha generado el estado de inseguridad general en Colombia donde las asonadas o motines se han convertido en prácticas terroristas permanentes está “dirigida a producir efectos políticos encaminados a desvirtuar el régimen republicano vigente” (Presidencia de Colombia. Decreto 1923. 1978)<sup>3</sup>

Es a partir del Estatuto de Turbay, que se empieza a hablar de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos contra el régimen constitucional, donde únicamente se constituyeron como agravantes punitivos los actos de terror, pero sin indicar propiamente como una conducta típica la actividad terrorista.

Claro ejemplo de ello, se determinó cuando la norma expresaba que con los daños originados en la utilización de los medios (explosivos, químicos o sustancias inflamables) se causase la muerte de personas o se fueran lesionadas; la pena también aumentaría pero en la mitad de lo incrementado en el caso de muerte o aumentaría 1/3 si el delincuente utilizase armas u ocultase su identidad.

La complejidad del Estatuto de Seguridad promulgado a finales de los años 80 en Colombia radicaba en una atribución jurisdiccional permanente a los tribunales de Justicia Penal Militar (que en el ordenamiento jurídico colombiano pertenecen a la rama ejecutiva del poder público a través del Ministerio de Defensa) de la competencia a través de los denominados “Consejos de Guerra Verbales (art. 9) para conocer del delito que se entendería como la primera gran tipificación del terrorismo en Colombia”.

Estos jueces no pertenecían a la Rama Judicial del Poder Público. Su creación era ajena al orden constitucional vigente en el territorio colombiano<sup>4</sup> cuyos límites estaban altamente discutidos toda vez que aplicaban sanciones privativas de la libertad.

3 - Así lo enuncia el decreto 1923 de 1978 en sus consideraciones.

4 - Esto se explica en el sentido que la Constitución vigente en Colombia para el periodo de vigencia del Estatuto de Seguridad era la Constitución de 1886 que organizó a Colombia como un Estado de Derecho. El tránsito al Estado Social de Derecho solo se logró tras la promulgación de la Constitución actual de 1991.

Los procedimientos de las autoridades castrenses que desempeñaban funciones tanto de Policía como de defensa nacional, no tenían un control jurisdiccional. Esto ocasionó demasiadas arbitrariedades de las que fueron víctimas sobre todo las personas pertenecientes a la oposición política y los integrantes de grupos subversivos emergentes como las FARC y el M-19.

Nuevamente la Presidencia de la República en el año 1980, aún en la vigencia del mandato de Julio César Turbay y frente a múltiples acusaciones de asesinatos, violaciones de derechos y vulneración de garantías internacionalmente reconocidas -las mismas denuncias que fueron realizadas por organizaciones no gubernamentales en materia de Derechos Humanos-, deroga el Decreto Legislativo 1923 de 1978 dos años después de su promulgación a través del Decreto Legislativo<sup>5</sup> 100 de 1980, solo vigente un año después de su promulgación.

La estructura jurídica del nuevo código reitera a la seguridad nacional como un bien jurídico que era mencionado en la parte especial de la estructura del código. Dicha mención incluía un catálogo amplio de conductas punibles donde destacaban para el objeto del presente estudio, las contenidas en el Título V y Capítulo 1 del mencionado código donde señalaba:

El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho. (D.L. 100/1980).

Esta resultó siendo la primera tipificación en Colombia del delito de terrorismo donde se

determinaba bajo dos verbos rectores: crear o mantener, con complementos del tipo penal normativos y finalistas a través del denominado “ambiente de zozobra” o de la perturbación del orden público. El tipo penal resaltaba también la utilización de medios de destrucción colectiva, entendidos estos como los capaces de lesionar gravemente a un grupo poblacional o bienes.

Con la violencia que surgiría en Colombia durante los años 80 y el apoyo de las organizaciones narcotraficantes hacia el año 1988, bajo la presidencia del ya jefe de Estado Virgilio Barco Vargas, también liberal, se cambió la tipificación de la conducta de terrorismo explicando que la conducta sería cometida no solamente por quien provoque o mantenga el denominado “estado de zozobra” sino que también se incluyó el terror en la población o en un sector de ella; adicionalmente, el tipo penal consagró una estructura abierta de medios a través de los cuales se podría llegar a cometer el ilícito señalándolos como actos que pueden:

(...) poner en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, e indicando que el sujeto activo del tipo penal podía valerse de “medios capaces de causar estragos”<sup>6</sup> (L. 100/1980).

Este cambio legislativo convirtió al tipo penal en un tipo abierto de adecuación subjetiva por parte de la autoridad judicial, pero en ambos escenarios, esto es previo a la reforma de 1988 y con posterioridad, el delito era autónomo en su juzgamiento junto con las demás conductas punibles que se llegasen a cometer en ocasión de la comisión del tipo penal de terrorismo.

5- En Colombia se distinguen como decretos legislativos los que se dictan en Estados de Excepción. Por lo tanto, el presidente asume potestades legislativas que en vigencia de la anterior Constitución le permitían dictar códigos y leyes procedimentales. En la actualidad tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ni siquiera bajo la declaratoria de ningún estado de excepción el Presidente puede atribuirse alguna potestad legislativa.

6- El tipo penal expresaba: el que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que ocasionen con este hecho (Decreto 100/1980. Presidencia de la República)

Simultáneamente a la expedición del código penal y a la reforma del tipo penal de terrorismo, con la guerrilla FARC, tanto el presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982 – 1986) como Virgilio Barco (1986 – 1990), pretendieron un proceso de Paz donde el grupo subversivo asumió una posición política a través de un partido político denominado “Unión Patriótica” que desde 1985 pretendió una aspiración de paz estable y duradera con el Estado colombiano.

Así lo explica Cepeda (2006):

La Unión Patriótica surgió como una convergencia de fuerzas políticas a raíz del proceso de negociación adelantado a mediados de la década de 1980 entre el gobierno del presidente Belisario Betancur y el estado mayor de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC. En 1984, y como fruto de esos diálogos, las partes pactaron varios compromisos sellados con la firma de los llamados “Acuerdos de La Uribe”. En ellos se estipuló el surgimiento de un movimiento de oposición como mecanismo para permitir que la guerrilla se incorporara paulatinamente a la vida legal del país. Las condiciones que permitirían ese tránsito a la legalidad consistían en un compromiso oficial para garantizar plenamente los derechos políticos a los integrantes de la nueva formación, y la realización de una serie de reformas democráticas para el pleno ejercicio de las libertades civiles (Cepeda, 2006, p.101-112).

No obstante, durante los años subsiguientes a su creación, la Unión Patriótica sufrió un genocidio por cuanto, grandes dirigentes como Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo Ossa fueron asesinados junto con un número significativamente relevante de militantes del partido, lo que reafirmó la guerra contra las mafias estatales predicada por la guerrilla FARC terminando de manera tajante con una oportunidad de Paz con el grupo ilegal; situación que luego de cerca de tres décadas después fue imputada al Estado Colombiano como responsable del homicidio sistemático de los militantes del partido.

Bajo la presidencia del conservador Andrés Pastrana Arango, en el año 1998 se inició un proceso de Paz con la guerrilla Terrorista FARC donde se desmilitarizó una gran zona del territorio colombiano denominada la Zona de Distensión o Zona de Despeje que correspondió a una extensión territorial equivalente a 42.000 kilómetros cuadrados conformada por varios 3 municipios del departamento del Meta y uno del Caquetá llamado San Vicente del Caguán.

Simultáneamente con el diálogo de Paz, el cuerpo legislativo colombiano adopta la determinación de modificar luego de 30 años de vigencia del decreto 100 de 1980 una nueva normatividad punitiva que daría pie a la implementación paralela hacia el año 2004 de una nueva normatividad procesal denominada sistema penal acusatorio.

El 24 de Julio de 2000, se promulga para Colombia un nuevo Código Penal a través de la Ley 599<sup>8</sup>, código que ha sido modificado en más de sesenta ocasiones a través de los mecanismos jurídicos tanto de control constitucional como trámites legislativos.

El terrorismo en la tipificación original se entiende en forma semejante a la comprendida por el anterior código penal derogado, añadiendo un elemento de provocación mediante el uso de medios de comunicación o escritos, lo que reduciría la pena privativa de la libertad y pecuniaria. No obstante, sigue siendo considerado que junto con el terrorismo se pueden cometer otros delitos consecuenciales a la conducta punible allí tipificada, e igualmente, el tipo penal continúa protegiendo el bien jurídico de la seguridad pública.

También en la respectiva codificación se sanciona por la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, los delitos que pueda cometer la fuerza pública, que según la ley, considera el fin terrorista como un agravante genérico del tipo penal

7 - El Consejo de Estado en Colombia definió que el asesinato sistemático del grupo ideológico integrante de la Unión Patriótica configuró el tipo penal de genocidio que pese a que hasta el año 2000 se tipificó como conducta punible, el delito si se configuró en virtud del móvil político que motivó los asesinatos.

8 - Promulgada a través del Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio de 2000, pero su vigencia se daría un año después de su promulgación.

en conjunto con incrementos del *quantum* punitivo en tipos penales verificados por la normatividad penal colombiana como homicidio, secuestro, constreñimiento ilegal, concierto para delinquir, entre otros con fines terroristas.

Después del 11 de Septiembre de 2001, en Colombia se pretendió a través del Acto Legislativo 02 de 18 de Diciembre de 2003, reformar la Constitución Política con el fin de luchar contra el terrorismo dentro de las políticas internacionales de cooperación promovidas por el gobierno de Estados Unidos. No obstante, bajo la ponencia de los Magistrados Uprimny Yepes y Córdoba Triviño, mediante revisión de constitucionalidad en sentencia C-816 de 2004, el acto legislativo fue declarado contrario a la Constitución por vicios procedimentales en su expedición, violación del trámite legislativo propio del régimen colombiano.

No obstante, éste pretendía una modificación al derecho a la intimidad y a las potestades de las autoridades de policía y fuerzas militares para indagar e investigar sobre conductas relacionadas con la seguridad nacional, razón por la cual esta reforma fue comparada con el Estatuto de Seguridad Nacional de Turbay Ayala.

A través de la ley 1121 de 2006, se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo modificando el Estatuto del Sistema Financiero Colombiano y la Unidad de Análisis de Información con la que Colombia cuenta para la protección de capitales e información considerada como sensible.

Así entonces es como se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano el terrorismo como tipo penal independiente y a su vez, las finalidades terroristas como agravantes punitivos de otras conductas punibles como anteriormente se expresaba.

## 2 - LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL TIPO PENAL DEL TERRORISMO – DELITO ATROZ O DELITO POLÍTICO

Para la Jurisprudencia Constitucional, la definición conceptual de delito político fue dada en Colombia en los años 50 por la Corte Suprema de Justicia donde se indicaba que eran actos de barbarie reprobados por el DIH “por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio” (Corte Suprema de Justicia. 50 años).

Esa posición jurisprudencial, mantenida hasta la actualidad en materia de conocimiento de delito político, está determinada en la Sentencia C-052 de 1993, donde la Corte Constitucional se refiere a que el autor de un delito político puede ser sujeto beneficiario de las amnistías o indultos, justamente porque en la realización de una conducta así catalogada lleva implícita una intensión noble de transformación de la sociedad y mejoramiento de las condiciones de la sociedad contrario de la naturaleza del delito común donde la intensión del autor por regla general está orientada en fines egoístas o maliciosos.

La sentencia C- 986 de 2010, determina qué delitos corresponden a 'delitos políticos' por conexidad explicando de forma muy clara cuándo un delito puede considerarse realizado con fines políticos, justificando a través de la interpretación constitucional en el marco de una justicia material y efectiva:

Se ha logrado por vía de exclusión, las conductas delictivas que no pueden ser consideradas como delitos políticos, utilizando los criterios hermenéuticos de razonabilidad y proporcionalidad. Puntualmente, en materia de conexidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ya ha establecido que esta potestad obedece a una configuración legislativa donde existe plena libertad del legislador

en esta materia siempre que se cumplan condiciones de razonabilidad y proporcionalidad y el cumplimiento de deberes estatales de juzgamiento, sanción y satisfacción de los derechos de las víctimas (CConst, C-986/2010)<sup>9</sup>.

En la Sentencia C-171 de 1993, se adicionaron otras conductas a la exclusión de los delitos políticos, ampliándolo a una conducta propia de la época denominada narcoterrorismo donde se utilizaban carros bomba, secuestros, sistemáticos ataques a la población civil y militar, asesinatos de jueces, ministros e incluso de menores donde la Corte Constitucional establece que dichos actos son delitos de lesa humanidad y jamás podrían encubrirse con el ropaje de delitos políticos.

Buscando establecer criterios que permitieran definir el delito político y justificar el tratamiento benévolo otorgado a esa conducta punible en la Carta Política, en la Sentencia C-009 de 1995, la Corte Constitucional consideró que:

El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto que el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención (CConst, C-009 de 1995).

El delito político en Colombia no es unívoco y la conceptualización ha estado dada por la jurisprudencia en relación con los delitos comunes y su diferenciación, pero desde el punto de vista legal, el código penal colombiano reconoce como políticos únicamente la rebelión, la asonada y la sedición.

La Corte Constitucional al revisar el Estatuto de Roma y su ratificación en Colombia, determinó que el orden internacional no implicaba que la normatividad supranacional tuviese un óbice de impedimento para alcanzar la reconciliación entre la ciudadanía de nuestro país toda vez que si el Estado colombiano otorgaba amnistías e indultos únicamente para delitos políticos, excluyendo a los delitos atroces, el orden internacional coadyuvaría para la construcción de la paz (CConst, C-695/2002).

En la misma decisión, la Corte Constitucional auscultó respecto de los límites constitucionales a la conexidad de delitos que tuviesen o no una intrínseca relación con el delito político y por ello, reiteró la imposibilidad de extender los beneficios que confieren las amnistías e indultos a los conexos cuando los beneficiarios según la Corte sean los actores de conductas ajenas a la naturaleza del delito político.

Finalmente, la Corte Constitucional, en las sentencias C-928 de 2005 y C-370 de 2006, reiteró que el Gobierno Nacional sólo puede conceder amnistías e indultos por delitos políticos, es decir, por rebelión, sedición y asonada.

En la Sentencia C-1055 de 2003, la Corte hizo referencia al concepto de terrorismo, estableciendo que éste debe interpretarse en conexidad con el artículo 3 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997. Al respecto, puntualizó que:

Los atentados terroristas cometidos con bombas se consideraría delito político, conexo con este o inspirado en motivos políticos. Esto no estaría acorde con la consagración del terrorismo en Colombia como un delito común y que, en ningún norma de rango internacional existe la posibilidad de tratar al terrorismo como delito político, y que en Colombia, existe una norma, jurisprudencialmente

9 - Esto fue establecido en jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencia C- 986 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

relacionada que es considerado un delito atroz, lo que implica que no puede ser catalogado simultáneamente como político y que por ende, las características del delito político no se encajan en los atentados terroristas cometidos con bombas.

Nuevamente la Corte Constitucional en la sentencia, indica respecto de los móviles del delito político lo siguiente y determina su negativa relación con el terrorismo de la siguiente forma:

El terrorismo ejercido con bombas no reúne, bajo ninguna perspectiva, las características de delito político, toda vez que no impulsa a sus autores un móvil altruista que respete y pretenda el bienestar de todos los individuos actuales y futuros, sino el deseo inmediato de infundir pánico en la población civil, hecho que se aleja del espíritu humanista y noble que debe caracterizar a los delitos políticos.

Quien comete atentados terroristas con bombas no actúa con móviles altruistas, puesto que, por ejemplo, un ataque de esta naturaleza afecta de manera inmediata e irreversible vida y bienes de la sociedad civil o del Estado y no los mejora o protege como haría un acto altruista, lo que desvirtúa que pueda considerársele un delincuente político. (CConst, C-577/14)

En la sentencia C-537 de 2008, la Corte precisó que el terrorismo y los actos considerados como tal en razón de su condición de crímenes atroces y la grave afectación de derechos y garantías, no pueden ser considerados como delito político por cuanto afectan la búsqueda de la paz y del orden justo; con ello, las previsiones que conocen la connotación del terrorismo no resultarían compatibles con la naturaleza del delito político y por ende sería inadmisibles su concepción dentro de la esfera que pretende proteger el reconocimiento en un orden jurídico de ciertos subrogados penales y beneficios en pro de la paz.

Este escenario está acorde con el ordenamiento jurídico internacional e implica que los responsables del terrorismo, previo a un escenario de un proceso de paz que tiende a negociar un acuerdo con un actor político, no reconocerían beneficios y subrogados

penales ya que el Estado colombiano tiene potestad en materia de cooperación internacional para proteger a las personas habitantes de su territorio.

### **3. UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LOS BENEFICIOS A QUIENES COMETAN DELITOS ATROCES**

En el marco de una justicia transicional, entendida como la justicia que busca la reconciliación en virtud del fin de un conflicto armado, el terrorismo en Colombia no tendrá el carácter de delito político; no obstante, respecto de las acciones terroristas cometidas por la guerrilla FARC, las mismas se someterán a las reglas de justicia transicional que en virtud de la libertad de configuración legislativa prevea el Congreso o incluso el pueblo a través de una Asamblea Nacional Constituyente.

Esta permisón normativa se avaló a través de un "cambio jurisprudencial", es decir, la Corte Constitucional modificó la tesis inicial de prohibición plena en la concesión de beneficios a las personas responsables de delitos de terrorismo. Esto se evidencia en las siguientes posiciones jurisprudenciales que a continuación serán mencionadas y con posterioridad se graficarán para una mejor comprensión analítica de lo ocurrido en Colombia respecto del tratamiento jurídico al terrorismo.

La sentencia C- 127 de 1993, respecto de la concesión de beneficios a los terroristas determinó:

Frente a delitos "estáticos" o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos "dinámicos" o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Así pues, el "terrorismo" es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su

actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas. Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima. El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aún políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto.

Con posterioridad, en sentencia C – 415 de 1993, al revisar la constitucionalidad de la concesión de beneficios a quienes abandonen la lucha organizada, la Corte dijo:

La distinción (entre delito común y político) que hace la regla en comento asegura la constitucionalidad de la estructura principal del decreto, pues elimina la posibilidad de que, al no distinguir, pudiese cobijar hechos punibles no susceptibles de ningún trato especial y, por el contrario, merecedores del repudio colectivo y de una más rigurosa sanción (Paréntesis propio) (CConst, C-415/93).

Ya en vigencia del Código Penal actual, en la sentencia C – 695 de 2002, estableció nuevamente la diferencia entre delito político y delito común, excluyendo a los últimos respecto del terrorismo de subrogados penales y beneficios considerando la diferenciación desde un punto de vista razonable y válido, encaminada al reconocimiento de la verdad, justicia y reparación de las personas que han resultado víctimas de la conducta punible de terrorismo.

En el mismo año, cuando se analiza la política criminal colombiana en la sentencia C – 762 de 2002, respecto de la lucha contra el terrorismo, la Corte insiste en la prohibición de concesión de subrogados y beneficios penales toda vez que las conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, pueden catalogarse como de suprema gravedad y elevado nivel de criminalidad y por ello, el castigo para ellas debe ser ejemplarizante y seguir reglas de proporcionalidad en la aplicación de la sanción

penal, con ello se establece que al causar una grave afectación a la comunidad, el actor de la conducta no podría ser sujeto de concesiones que delitos de menor impacto social si lo merecerían.

Continúa el recorrido con la sentencia C – 1055 de 2003, determinando que en materia de represión para los actos de terrorismo con bombas, resultaría inadmisibles desde todo punto de vista, dar el carácter de conexo o pensar que el terrorismo tiene una inspiración política ya que insiste en determinar que el ordenamiento jurídico interno, en coherencia con el orden internacional ha catalogado el acto de terror como un delito atroz y la jurisprudencia de la Corte había mantenido esta tendencia.

En el año 2010, la Sentencia C – 073 analiza una serie de reglas que considera armónicas con la Constitución y los tratados internacionales respecto del tratamiento jurídico del terrorismo como un delito atroz, nuevamente excluyéndose de la esfera de beneficios, amnistías o indultos:

Las conductas constitutivas de actos de terrorismo configuran un delito atroz, que afecta gravemente bienes constitucionales que conforman los pilares del modelo de Estado adoptado por la Carta Política, en especial la vida, la integridad personal, la dignidad humana y la búsqueda de la paz y un orden justo. Del mismo modo, tales conductas contradicen varias disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre ellas las que conforman el cuerpo normativo de carácter imperativo agrupado bajo el *ius cogens*. En consecuencia, las decisiones que adopte el legislador dirigidas a implementar medidas para la prevención, represión y sanción del terrorismo son *prima facie* armónicas con el Estatuto Superior. La gravedad de la afectación sistemática que el terrorismo contrae respecto de distintos derechos y garantías constitucionales, aunado a la existencia de un consenso internacional sobre la necesidad de su represión y sanción, implican la validez de un tratamiento penal diferenciado respecto del mismo. Así, se ajustan a la Carta Política aquellas previsiones que impiden que el terrorismo sea comprendido como delito político y, por ende, susceptible de que los responsables del mismo sean cobijados por amnistías o indultos. (CConst, C-073/10).

Respecto de la financiación del terrorismo, la Corte reitera la regla jurisprudencial establecida en la sentencia C-073 de 2010 que hace parte del presente documento y permite determinar y visualizar sin mayores consideraciones el gran cambio jurisprudencial que la sentencia C-577 de 2014 con ponencia de la Honorable Magistrada María Victoria Sachica, estableció, toda vez con la finalidad de determinar un marco de beneficios para el proceso de reintegración a la vida política de los miembros de las FARC y con ello, establece que los espacios de participación política en el marco de una justicia transicional no pueden limitarse cuando el fin supremo sea la paz y la convivencia ciudadana. Así lo expresó la Corte Constitucional:

El deber de brindar protección a las víctimas del conflicto armado no obliga al constituyente derivado a excluir de los espacios de participación política a los responsables por crímenes de guerra, delitos transnacionales, actos de terrorismo o narcotráfico. Este es un espacio en el cual no está limitado por contenido alguno del elemento definitorio que ahora sirve como parámetro del juicio de sustitución, por lo que no se presenta su contradicción, ni mucho menos el reemplazo del mismo.

Por las razones expuestas, para la Sala Plena la participación en política de quienes sean seleccionados y condenados con fundamento en el artículo transitorio 66 de la Constitución no afecta per se ninguno de los derechos que deben ser garantizados a las víctimas del conflicto armado. Por consiguiente, el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves vulneraciones a los derechos fundamentales no impone al constituyente constituido la obligación de restringir la participación de quienes sean los autores de dichas violaciones (CConst, C-577/14).

La justificación del cuadro radica en comprender que frente al tratamiento jurídico del terrorismo se pregunta el investigador en la construcción de las posiciones jurisprudenciales si admite el ordenamiento jurídico colombiano conceder beneficios penales a los responsables del delito de terrorismo.

Las sentencias en mención que hacen parte del lado izquierdo, mantienen una posición radical, identificándose como inadmisibles la concesión de beneficios al delito de terrorismo mientras que en 2014, el cambio jurisprudencial se grafica con una tendencia parcializada a la concesión de beneficios penales a la comisión del delito de terrorismo siempre que dicha concesión confluya de un acuerdo de Paz en el marco de una justicia transicional.

Tabla 2. El cambio jurisprudencial en materia de terrorismo.

<p>TESIS A El terrorismo no admite la concesión de beneficios</p>	<p>PROBLEMA JURÍDICO ¿Admite el ordenamiento jurídico colombiano conceder beneficios penales a los responsables del delito de terrorismo?</p>	<p>TESIS B El terrorismo admite la concesión de beneficios</p>
<p>NO ES JURÍDICAMENTE ADMISIBLE CONCEDER BENEFICIOS PENALES A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE TERRORISMO</p>	<p>·C – 127/93 ·C- 415/93 ·C – 695/02 ·C – 762/02 ·C – 1055/02 ·C-073/10 ·C – 355/10</p> <p>·C- 577 de 2014</p>	<p>ES ADMISIBLE CONCEDER BENEFICIOS PENALES A LOS RESPONSABLES DEL DELITO DE TERRORISMO</p>

## CONCLUSIONES

El recorrido histórico en Colombia de la guerrilla FARC desde sus orígenes hasta los diálogos de Paz ha demostrado que existen problemas políticos estructurales en Colombia, que requieren salidas dialogadas al conflicto a través del consenso político. No obstante, el reconocimiento de actos terroristas cometidos por esta guerrilla pone en duda la posibilidad de verificación internacional de posibles amnistías e indultos al grupo terrorista.

Colombia reconoce que el terrorismo desde el punto de vista nacional como internacional tiene un tratamiento jurídico como crimen atroz y de impacto significativamente relevante como elemento dañoso de la sociedad y como tal, no es posible permitirle al legislador una libertad de configuración legislativa en materia de indultos y amnistías, los cuales se encuentran expresamente prohibidos por el orden internacional y reconocidos como propios a través de la ratificación de los referidos tratados. Esto convierte a Colombia en un país que reconoce que debe erradicarse el terrorismo desde las estrategias de disuasión por sanción y por prevención y la lucha contra el terrorismo que se mantiene en todos los Estados democráticos.

Pese a lo anterior, el tratamiento jurídico al terrorismo respecto de su calificativo como delito atroz implicaría que se excluya de todos los beneficios que los delitos políticos tienen, entre ellos principalmente la posibilidad de que los autores puedan participar en política, situación que según la jurisprudencia analizada, estaría siendo viable dentro de un marco de justicia transicional y únicamente aplicable a la guerrilla terrorista FARC a quienes NO se les reconocería la conexidad del terrorismo como delito político pero su sanción NO se constituiría como óbice de impedimento para su participación en la política colombiana siempre que se respete el fundamento democrático de NO utilización de las armas para la consecución del poder político.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad Castelos, M. (2012). El concepto jurídico de terrorismo y los problemas relativos a su ausencia en el ámbito de las Naciones Unidas. En E. Conde Pérez (ed.), Terrorismo y legalidad internacional (pp. 105-126). Madrid: Dikynson.
- Cepeda. I. (2006) Genocidio político: el caso de la unión patriótica en Colombia. En Revista Cetil, Año I, No. 2, septiembre de 2006, pp. 101-112. Recuperado 4 de Septiembre 2015 de <http://www.desaparecidos.org/colombia/fmcepeda/genocidio-up/cepeda.html>
- De La Corte. L. (2006) La Lógica del Terrorismo. Madrid. España. Alianza.
- Lopez. D. (2000) El Derecho de los Jueces. Bogotá. Colombia. Legis.
- Kelsen. H. Teoría Pura del Derecho. Bogotá. Colombia. Libros Hidalgo.
- Gonzales, F. (2006). ¿Una historia Violenta? continuidades y rupturas de la violencia política en las guerras civiles del siglo XIX y la violencia del siglo XX. En J. Ocampo (Ed.), Historia de las Ideas Políticas en Colombia (pp. 299-344). Bogota: Taurus.
- Pizarro. E. (2004) Marquetalia: el mito fundacional de las FARC. Recuperado de <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/57/03.htm> Consultado 28 de Julio 2015.
- Uprimny, Saffon, Botero, Restrepo. (2006) ¿Justicia Transicional sin Transición? Bogotá. Colombia. De Justicia.
- Valencia. H. (1987) Cartas de Batalla. Una crítica del Constitucionalismo Colombiano. Bogotá. Colombia. Panamericana.
- Vargas. A. Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas. Bogotá. Ed. La Carreta Editores.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- D.L 100/1980.
- CConst, C - 052/1993. Greiffenstein. Jaime S.
- CConst, C - 171 de 1993. Naranjo. V.
- CConst, C - 127 de 1993. Martinez. A.
- CConst, C - 415 de 1993. Hernandez. Jose G.
- CConst, C - 069 de 1994. Naranjo. V.
- CConst, C - 009 de 1995. Naranjo. V.
- CConst, C - 695 de 2002. Córdoba. J.
- CConst, C - 1055 de 2003. Monroy. M.
- CConst, C - 816 de 2004. Uprimny. R.
- CConst, C - 928 de 2005. Araujo. J.

CConst, C-370 de 2006. Cepeda. M. y otros.  
CConst, C-537 de 2008. Córdoba. J.  
CConst, C-986 de 2010. Vargas. L. E.  
CConst, C-577 de 2014. Martha Victoria Sachica.  
Colombia, Constitución Política de 1991. Asamblea  
Nacional Constituyente 1991.  
L. 599/2000.

.



ARTÍCULO DE REVISIÓN



# Emergence of a dual constitution in transitional China\*

## *Surgimiento de una constitución dual en una China transicional*

Recibido: 12/03/2016      Aprobado: 03/10/2016

**Shucheng Wang**

Professor of law at City University of Hong Kong  
shucwang@cityu.edu.hk

### ABSTRACT

With China's miraculous economic development in recent decades, it is difficult for traditional theories, either communist or liberal ones, to accurately reflect the reality of reform in China. Concepts such as "unwritten constitution" or "living constitution" have been studied in the context of China. However, these western concepts are unable to provide a holistic view of China's Constitution, especially after 1978. China's Constitution, centered on the Communist Party and the State, has been largely transformed since then. This article goes beyond the liberal approach and argues that a dual constitution has sprouted up in China, within which the Party's Constitution attempts to keep pace with that of the State. Specifically, the Party has been endeavoring to integrate itself into the State through political conventions and self-normalization. The dual constitution is unique in the sense that it departs from the model of Mao Zedong; it deviates from that of the Soviet Union and it does not follow the formalistic approach of Western countries in defining the nature of a constitution. This suggests that the status quo of China's regime and the direction of its constitutional reform can only be clarified by understanding the evolution of the dual constitution.

### KEYWORDS

Chinese constitution; communist party; communist state; constitutional evolution; constitutional duality.

### RESUMEN

Dado el asombroso desarrollo económico en las recientes décadas, es difícil para las teorías tradicionales, tanto las comunistas como las liberales, reflejar la realidad exacta de reforma en China. Conceptos como "Constitución no escrita" o "Constitución vigente" han sido estudiados en el contexto de China. No obstante, estos conceptos occidentales no muestran una mirada holística de la Constitución de China, especialmente después de 1978. La constitución de China, centrada en el Partido Comunista y en el Estado, ha sido transformada en gran medida.

---

\* The earlier version of this article was presented at the Inaugural Conference of International Society of Public Law on "Rethinking the Boundaries of Public Law and Public Space" held at Florence on 27 June 2014, and was accepted by the World Congress of Constitutional Law for workshop discussion on "The Constitution and Illiberal Democracy" at Oslo on June 18, 2014.

Este artículo va más allá de los enfoques liberales y discute que una constitución dual ha brotado en China, con la cual la Constitución de los partidos busca mantener el ritmo con el Estado. Específicamente, el partido ha intentado integrarse al Estado a través de convenciones políticas y de una auto-normalización. La constitución dual es única en el sentido de que parte del modelo de Mao Zedong, desviándose de la Unión Soviética y dejando de seguir un enfoque formalista de los países occidentales para definir la naturaleza de una constitución. Esto sugiere que el *status quo* del régimen de China y de la dirección de su propia reforma constitucional puede ser aclarado entendiendo la evolución de la constitución dual.

## PALABRAS CLAVE

Constitución de China; Partido comunista; Estado Comunista; Evolución de la constitución; dualidad de la constitución.

## INTRODUCTION

The National People's Congress of the People's Republic of China is the highest organ of state power. Its permanent body is the Standing Committee of the National People's Congress.

*--Article 57 of the Constitution of the People's Republic of China 1982*

The Communist Party of China leads the people in promoting socialist democracy ... It upholds and improves the system of people's congresses, the system of multiparty cooperation and political consultation under its leadership.

*--Excerpted from the General Program, the Constitution of the Communist Party of China*

There is no doubt that China<sup>1</sup>, as a developing country, is still on a journey towards constitutionalism. However, China's efforts should not be underestimated. These can be seen, for example, in the way that China became the world's second largest economy in 2010<sup>2</sup>. This leads to the argument that it is time for China to tell its own story: According to Sizhuo (2010) "the Chinese have the ability to create a great story. They are also definitely able to learn how to tell their own story, allowing China's story

to spread to the world and emotionally move it". Regarding China's economic transition, Justin Yifu Lin (cited in Callahan, W., 2013) visualizes that an emerging "China model" of economic development that combines authoritarian state governance and free market capitalism is taking shape. The proposed model could explain, to a certain extent, the rapid economic development that has taken place in a reformed China since 1978. However, it is highly controversial whether "China's constitutionalism" is also taking shape.

Recently, some Chinese left-wing thinkers, who celebrate state powers, have argued that constitutionalism is an idea that only belongs to the West and is inapplicable to China because its intention is to subvert the leadership of the Communist Party of China (CPC) and socialist sovereignty (Xiaoqing, Y., 2013, pp. 29-31). In contrast, Chinese liberals hold that constitutionalism is the common achievement of liberal civilization and should be viewed as a goal that the CPC should pursue in the future (Dayuan, H., 2012, pp. 40-43.). At least such debate proves that the CPC, as the ruling party, is not ruling the country on the basis of constitutionalism either in the eyes of advocates or opponents (Yongnian, Z., 2013). The most spirited

1- For the purpose of this article, China refers to the People's Republic of China (PRC), excluding the Hong Kong Special Administration Region, Macau Special Administrative Region and the territory of Taiwan. Transitional China starts from 1978 when Deng Xiaoping began to adopt the opening-up policy and implement all-round economic reform in China.

2 - China, as a transitional country, still faces many pressing problems to deal with, just like other transitional countries.

debate over the future of China's constitutionalism either condemns the Western model thoroughly, denying the validity of the multi-party system and democracy or praises the current communist China in the belief that China is forming a better model than those of Western countries. Some recent research even shows by partial data that nearly 70% of people in China think that the government is democratic and follows good governance<sup>3</sup>. During this seemingly prosperous period, it is understandable that many new voices have emerged to propose a multitude of different dreams, possibilities and futures for China. Admittedly, China's recent success, especially when contrasted with the continuing crisis in the West, is leading many intellectuals to think in new ways about China's future and the world's future. Nonetheless, very few details are clear about how China's constitutional regime has been evolving in reality.

Having said this, some authors have attempted to assess the current Chinese regime in order to form a suitable constitutional theory for China beyond the Western standards<sup>4</sup>. A typical example is the "unwritten constitution" constructed to expound China's political regime, because the written Constitution is incapable of describing the reality (Shigong, J., 2009, pp. 805-840). In fact, such an endeavor merely employs but does not clarify this concept, which originates in Britain and, therefore, in a completely different context (Yongkun, Z., 2011, pp. 26-33). In addition, some early scholarship attempted to explore China's constitutional development from a non-liberal perspective, centered, in particular, on the development of the National People's Congress (NPC) as a way of tracking the emergence of China's constitutionalism but this has generally been dismissed by liberal constitutionalists (Dowdle, M.,

(2002). Furthermore, some scholars are currently trying to use the concept of a "living constitution" to move beyond an analysis of the Constitution as a formal text and to shed light on the de facto constitutional order in China<sup>5</sup>. Even though they recognize the greater importance of the CPC or NPC in China's constitutional development from a non-liberal perspective, fewer details are given in terms of the interdependence of the CPC and the State, a relationship which has evolved for decades with a different vision from the traditional Party-State which simply implies that the Party commands, controls and integrates all other political organizations and institutions in China<sup>6</sup>.

Building on the current scholarship on China's Constitution, this article first elucidates why the concept of an "unwritten constitution" is misused and not suitable for China. It then moves on to show that China has been building a "dual constitution" structure comprised of the Party and the State interdependently since 1978. More specifically, it expounds (1) how the State under the dual constitution has been strengthened; (2) how the Party under the dual constitution has been normalized in practice; and (3) how the two evolve interdependently in reality. Finally, it suggests that China should orient and implement its constitutional reform incrementally, based on its de facto dual constitution.

## 1. CHINA'S UNWRITTEN CONSTITUTION?

The concept of an "unwritten constitution" was originally proposed by Dicey in order to interpret the situation in the British state which at present does not have a formal written constitution. However, in the context of China, it is well-known that the Chinese

3 - This survey was conducted by Prof Kang, L., (2013). "Is China Dream a Good Example?" at Duke University

4 - For recent discussion on Chinese constitutional theory, see Shigong, J., (2014). "Chinese-Style Constitutionalism: On Backer's Chinese Party-State Constitutionalism" 40 (2) *Modern China* 133-167 and Backer, L., (2014). "Toward a Robust Theory of the Chinese Constitutional State: Between Formalism and Legitimacy in Jiang Shigong's Constitutionalism" 40 (2) *Modern China*, pp.168-195.

5 - Some scholars use the concept "living constitution" to expound China's constitutional practice in an empirical approach. See Xin, H., (2012) "The Party's Leadership as a Living Constitution in China" 1 *Hong Kong Law Journal* 73-94; Peerenboom, R., (2012) "Social Foundations of China's Living Constitution" in Ginsburg, T., (2012) ed., *Comparative Constitutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp 155-159.

6 - It holds that the Party-state, or "partocracy," accurately captures China's political reality. See Xia, M., "The Communist Party of China and the -Party-State-".

legal system does not function completely according to the current written Constitution and there is a wide gap between the Constitution on paper and actual constitutional practice. Therefore, China has been accused of being an authoritarian or even totalitarian regime with a Constitution that is something of a fake or is widely abused. Nonetheless, if the written Constitution is unable to describe the Chinese legal system, then by what constitutional rules does the regime operate? To answer this question, Jiang has elaborated the concept of an “unwritten constitution”.

His argument is mainly grounded on the two types of rules elaborated by Dicey. One is “the law of the constitution”, in the strictest sense, since these are rules which are enforced by the courts and the other is the “conventions of the constitution”, which consists of conventions, understandings, habits, or practice. He also refers to Wheare's statement as collateral evidence.

We are thinking of the distinction between those rules regulating a government – mostly rules of law – which are written down either in a Constitution or in some act of parliament or other legal document, and those other rules, mainly the customs and convention and usages regulating the government, which have usually not been precisely formulated and put in writing (Wheare, K., 1951).

Consequently, he infers that the existence and functioning of China's Constitution can be illustrated by different unwritten forms, such as the Party's Constitution, constitutional conventions, constitutional doctrine, and constitutional statutes. However, as shown below, his deliberate misinterpretation of “unwritten constitution” can be quite frustrating.

Although Dicey puts forward two types of rules which make up constitutional law in England. However, it is clear that the “conventions” here are not formal laws even if they may regulate the conduct of some members of the sovereign power. For example, “the

King must assent to, or (as it is inaccurately expressed) cannot ‘veto’ any bill passed by the two Houses of Parliament;” “the House of Lords does not originate any money bill.” A point in common is that if any or all of them were broken, no court would take notice of their violation (Dicey, A., 1915). Moreover, Dicey emphasizes that the distinction between laws and conventions is not the same as the difference between “written law” (or statute law) and “unwritten law” (or common law). Thus, some laws of the constitution which were at one time unwritten or common law may get legislated into written or statute law. On the other hand, the conventions of the constitution cannot be recorded in the statute book, though they may be formally reduced to writing<sup>7</sup>. Constitutional convention could be considered as a part of constitutional law in a broad sense and this implies that its status is equal with the laws of a constitution. However, the constitutional convention must be subject to the laws of the constitution (Freeman, E., 1876), according to the principles of the sovereignty of Parliament and the “rule of law” in Britain<sup>8</sup>. Dicey clearly states that:

Three such guiding principles gradually become apparent. They are, first, the legislative sovereignty of Parliament; secondly, the universal rule or supremacy throughout the constitution of ordinary law; and thirdly (though here we tread on more doubtful and speculative ground), the dependence in the last resort of the conventions upon the law of the constitution (Dicey, A., 1982).

Nonetheless, China's written Constitution, in practice, is often dismissed as merely a “rubber stamp” that has not fulfilled its function as prescribed by the Constitution. Jiang states that:

The Constitution of the PRC clearly stipulates a system of people's congresses based on the Soviet model, which is itself similar to the British parliamentary system. The NPC and its Standing Committee, as the organs that exercise sovereign power, are to possess

7 - As Dicey notes, the whole of our parliamentary procedure is nothing but a mass of conventional law; it is, however, recorded in written or printed rules. *Ibid*.

8 - Dicey clearly states these two guiding principles which truly underlie the English polity. See Dicey, A., (1959). *Law of the Constitution* (London: Macmillan Education Ltda.), pp 470-472.

a wide range of powers and the highest political authority ... Thus, what constitutes China as a nation-state is not the system of people's congresses established by the written constitution, but the leadership of the CPC within the system of multiparty cooperation that was formed during the revolution, promulgated in the preamble of the written constitution, and affirmed in political practice (Shigong, J., 2014).

Hence, he argues that the CPC leadership could be considered as the “unwritten constitution” in China, given that the written Constitution is malfunctioning in practice. Here, the concept of an “unwritten constitution” is used arbitrarily. First, its reference to Dicey's work is misused. As mentioned above, Dicey strictly refers to the “constitutional convention” and “unwritten law”, not “unwritten constitution”. Evidently, constitutional convention, subject to the laws of the constitution, is different from the “unwritten constitution” in China where it means that the CPC's leadership could prevail over the written Constitution. Secondly, in considering the constitutional convention Dicey suggests that this consists of “customs which (whatever their historical origin) are at the present day maintained for the sake of ensuring the supremacy of the House of Commons, and ultimately, through the elective House of Commons, of the nation.” In contrast, in the context of China, the CPC's convention, to a certain extent, is able to prevail over the “people's sovereignty” as entrenched in the written Constitution. Third, it is evident that the “unwritten law” is a concept elaborated in common law jurisdiction, and it is doubtful whether it can be appropriately applied in socialist countries like China. Furthermore, at the institutional level, the evolution of “unwritten constitution” is grounded in Britain's parliamentary sovereignty and the “rule of law” principle in which the courts are the cornerstone for the development of common law. China's courts, in contrast, are still struggling to gain judicial

independence<sup>9</sup>. As it is widely accepted that China is still an authoritarian country under the rule of the CPC, it would not be fair to simply analyze China within such a narrow scope, purely based on a “similarity” with the British parliamentary system<sup>10</sup>.

Therefore, the concept of an “unwritten constitution” which is derived from the British experience is misused in the context of China, and is unable to reveal China's changing regime in this era of reform.

## 2. EMERGENCE OF A DUAL CONSTITUTION

The concept of “unwritten constitution” cannot fully capture China's political reality, however, it grasps the core of China's real polity partly by saying that “the fundamental law of China is the leadership of the CPC with multiparty cooperation, and it is that fundamental law which is the foundation of all of China's constitutional institutions and, finally, that sovereignty in China is made up of two bodies: the CPC and the NPC.”<sup>11</sup>

It is widely acknowledged that China's Constitution is not enforceable judicially as it stipulates that only the NPC exercises the power to amend the Constitution and supervise the enforcement of the Constitution, and only the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC) can interpret the Constitution and supervise its enforcement, according to Article 62 and 67 of the Constitution. Moreover, in 2009, the Supreme People's Court (SPC) issued the Provisions on Citation of Legal Documents as Laws and Regulations in the Judgments, and this excludes the Constitution as a basis for judicial decisions. In this regard, in order to understand China's constitutional regime it is necessary to move beyond the traditional judicial review model that mainly focuses on the written Constitution. The argument made by Jiang has largely shifted attention away from the traditional

9 - For more details about the status of China's courts, see Peerenboom, R., (2010). *Judicial Independence in China* Cambridge: Cambridge University Press.

10 - Shigong, J., argues that the Constitution of the PRC clearly stipulates a system of people's congresses based on the Soviet model, which is itself similar to the British parliamentary system. p 23.

11 - *Ibid.*, pp 23-24.

constitutional studies in China which is focused on the written Constitution and which acknowledge the CPC's substantial involvement, since it is not a general party in the sense of political association but a political cornerstone in China's polity. As Jiang puts it:

The former [CPC] embodies the fundamental law that acts as the absolute constitution; the latter [NPC] embodies the fundamental law codified in the written constitution. Accordingly, there are two types of representatives of the people: the first are the CPC and other democratic parties, whose members are social elites in every field and every class, and who enjoy the support of the masses by virtue of their political ideals, historical mission, and class interests; the second is the NPC, whose members are democratically elected through a legal process.<sup>12</sup>

Therefore, the concept of an “unwritten constitution” which is derived from the British experience is misused in the context of China, and is unable to reveal China's changing regime in this era of reform.

It is a fact that the key element of China's Constitution has two parts and is different from the models of other liberal countries. Nonetheless, it is untenable to take the “is” proposition as an “ought” one, i.e. the fact that the CPC's leadership is absolute does not mean that it ought to be absolute and become the fundamental law in China. Admittedly, this may be an effective way to legitimize the CPC's ruling based on the status quo; but the “intention” to maintain the CPC's legitimacy by deriving “ought” from “is” is questionable. In addition, it does not reveal the substantial relationship between the CPC and NPC, and under what conditions such dual mechanism operates in practice.

Empirically, there is no doubt that both the CPC and the NPC have played a crucial role in China's transition. To a certain extent, China resembles other countries if the constitution beyond the written Constitution is considered. As Tushnet states that:

In the context of the US, a constitutional order is more like a small-c British constitution than it is like the document called the United States Constitution. Moreover, just as scholars of constitutionalism have found it productive to think about the British constitution, it is productive to think about a constitutional order that goes beyond judicial doctrine and the written Constitution to encompass relatively stable political arrangements and guiding principles (Tushnet, M., 2003).

Similarly, it will be more productive to think about China's small-c constitution which is incapable of being fully disclosed by the written Constitution.

Essentially, China's Constitution has been evolving under a dual structure consisting of the Party Constitution and the State Constitution, both of which are indispensable and cannot be underestimated. Consequently, the issues of (1) how the dual constitutional has emerged and (2) under what condition the Party and the State under the dual constitution are interdependent, need to be addressed.

## 2.1 Strengthening of the State Constitution

Historically, China mainly transplanted the political system of the Soviet Union after its establishment in 1949, and adopted mostly legal nihilism under the era of Mao (Tsou, T., 2012). The former Vice-President of China, Liu Shaoqi, once said to a constitutional scholar that “it is meaningless to study constitutional law in China” (Xinwang, S., 2011). However, this statement is particularly ironic given that he later sought to claim his constitutional rights when he was being persecuted during the Cultural Revolution. Needless to say, the People's Congress system and the State Constitution at this time were merely a “rubber stamp” to serve the empire or a tool to strengthen the leader's charismatic authority<sup>13</sup>. Thus, under Mao's totalitarian regime, there was no doubt that the society was

12 - *Ibid.*, p 24.

13 - The case is similar at the turn of the century when parliament was implanted in China in an attempt to save the empire when imperial rule was at jeopardy due to the invasion from abroad and the threat of revolution and constitutionalism movement from within (Yang, Y., 1936).

subject to the strict and all-round control of the CPC. And it was no surprise that the 3rd NPC fell into a state of paralysis for almost ten years which means that the provisions embedded in the Constitution but subject to the will of CPC could not be implemented strictly.

Over the past three decades, China has undergone unprecedented economic and legal reform and has taken a different road towards constitutionalism. Learning from previous lessons, the Party has realized the importance of the “rule of law” principle.

The newly adopted Constitution in 1982 has been playing an increasingly significant role in this. For example, it expressly limits the tenure of the State President and Vice-President, the Premier and the Vice-Premiers, and the Chairman and Vice-Chairmen of the NPCSC, and the President of the SPC and the Procurator-General of the Supreme People's Procuratorate (SPP) to two consecutive five-year terms, a model followed by virtually all local governments. These term limits have been applied by the party leadership ever since Deng Xiaoping initiated the cadre retirement reform in 1982 (Qianfan, Z., 2010). It is fair to say that relevant provisions have been enforced strictly, particularly in regard to the state structure that forms such a central part of the Constitution.

However, by Western standards, many authors condemn China's Constitution as simply a “facade” because it lacks any meaningful judicial mechanism for implementation and is left unguarded against official violations (Qianfan, Z., 2010). This is especially so after the rise and fall of Qi Yuling v. Chen Xiaoqi et al (Zhiwei, T., 2010), which appears to give no hope for the future of the judicial enforcement of China's Constitution. In 2001, the SPC's interpretation of constitutional provisions in relation to Qi Yuling opened up the possibility – greeted enthusiastically – for the judicial application

of China's Constitution in deciding cases. By the end of 2008, however, this path was foreclosed by the SPC itself when it announced that judicial interpretation had lost its legal effect. It has been argued that judicial implementation of the Constitution was viewed as a potential threat to the party leadership, and there were rumors that the SPC had circulated an internal directive forbidding the courts from following the Qi Yuling decision. This might explain the de facto demise of that decision's potential for judicializing the Constitution. In December 2008, the SPC published a document that officially voided the legal effect of several judicial explanations retrospectively, among which Qi Yuling was the only one without even a brief explanation<sup>14</sup>. Thus, the critique of China's Constitution as merely existing to maintain the government's image is understandable.

This conclusion, however, is mainly drawn from a Western “court-centered” approach. It overlooks the fact that the Constitution has been strengthened and enforced by other state actors. In particular, the NPC, as the highest organ of state power stipulated by the Constitution<sup>15</sup>, has not ceased its operations since 1978. During this time, the functions and powers exclusively owned by the NPC in accordance with the Constitution: to amend the Constitution; to elect the President and the Vice-President of China; to decide on the choice of the Premier of the State Council upon nomination by the President; to elect the Chairman of the Central Military Commission (CMC); to elect the President of the SPC; and to elect the Procurator-General of the SPP, have never been exercised by other state actors<sup>16</sup>. In this regard, to say that China's Constitution is not justiciable does not mean that the Constitution could not be enforced in other ways.

It is clear that China's Constitution adopts the People's Congress system as its foundation, unlike Western political systems, such as the parliamentary sovereignty in Britain or separation of powers in the United States. Hence, it will be more effective to

14 - The 7th Decision of the Supreme People's Court to Repeal Relevant Judicial Interpretations Released before 2007, 18 December, 2008.

15 - The Constitution of the People's Republic of China, art 57.

16 - *Ibid.*, art 62.

assess the implementation of the Constitution through the operation of the People's Congress system, not merely from the judicialization of the Constitution.

The People's Congress system has been progressively strengthened over the past three decades. The congresses have been held routinely in accordance with the Constitution of 1982, namely, it meets in session once a year and is convened by its Standing Committee<sup>17</sup>. As noted by O'Brien, it would be a mistake to conclude that the NPC and the Chinese political system after 1978 still closely resemble their predecessors under Mao. A review of legislative activities will show that the NPC has come to occupy a new position in China, though it is still non-liberal (Xiaoli, Z., 2012 and O'Brien, K., 1990).

Firstly, after a lapse of two full decades, legal drafting resumed in 1978 and, by 2010, the NPC and NPCSC had passed 232 national laws. Meanwhile, local people's congresses passed more than 8800 local rules. This has formed the basis of a comprehensive legal system in China with a distinctive Chinese quality, and includes seven categories of law subjects covering all aspects of political, economic, cultural and social life (Sixi, C., 2010). The NPC has occupied a position at the center of a horizontally and vertically integrated legislative system, linked sideways to the State Council, ministries, and Party, and downwards to regions via local congresses (O'Brien, K., 1990, pp. 164).

Secondly, the NPC's institutional supervision has been strengthened. In practice, the supervision may be conducted by the full NPC, its committees, or

individual deputies, and it may be directed at state functionaries or the institutions they head. Supervision may be personal and sporadic or it may be institutional and regular.<sup>18</sup>

Thirdly, the deputies have been playing a more dominant role in each NPC session. It has been perceived that the incisive interpellations and angry deputy speeches have become a common occurrence at NPC sessions in the decades after 1979. For example, deputies at the 1988 convening criticized Premier Li Peng's suggestion that intellectuals moonlight to supplement their incomes, saying that it was an "improper measure" that would interfere with teaching and research and would "damage long-term national interests". Moreover, several deputies openly disagreed with General Secretary Zhao Ziyang's assessment that such a policy was "necessary and possible"<sup>19</sup>. The key difference here is that the deputies are free to argue as they please in their speeches and votes as long as they "sought truth from facts" and served the public interest<sup>20</sup>. Thus, as Vice Chairman of the NPC Law Committee Zhang Youyu once put it:

Some deputies are dissatisfied with the status quo on work outside meetings ... and would like to do even more. They ask to intervene directly in government, judicial, and procuratorial work, or to directly handle mass appeals, complaints, and proposals (Youyu, Z., 1983).

Moreover, in 2005, the NPC promulgated the Procedures for Handling Questions and Interpellations from Delegates in order to strengthen the role of deputies, which undoubtedly was a move towards a more open and consultative system (Yan, L., 2015)<sup>21</sup>.

17 - *Ibid.*, art 61.

18 - There are several forms of supervision in practice, such as: (1) criticism of ministry or State Council officials by deputies in small-group meetings, (2) inspection of local government organs and economic enterprises by groups of NPCSC or NPC deputies, and (3) institutional oversight of subordinate administrative agencies by NPC committees.

19 - Deputies in small-group meetings at plenary session could also criticize state officials for immorality, incompetence, and mistaken priorities. *Ibid.*, p 165.

20 - NPC deputies are able to speak for regions or occupational groups and pressed for "allocation responsiveness," so as to draw leadership attention to their claims and to nudge policies in a desired direction. *Ibid.*, p 170.

21 - In fact, the rise of law making and the corresponding erosion of Party central control over the process creates a tremendous opportunity for that process to be opened further to broader society. When Party Centre is giving legislators fewer, more ambiguous, signals about its wishes, and has, in any case, substantially lowered the penalties for disobeying those wishes, the legislators will feel free to perform their functions.

Voting Results of 12th National People's Congress (17th March, 2013)

Number of Deputies	Total: 2986; Absent: 38; Present: 2948			
Work Reports	Affirmative Votes	Negative Votes	Abstentions	N° Votes
Report on the work of the Government	2799	111	44	4
Report on Edonomic, Social, Development plan	2665	221	60	2
Report on China's Central and Local Budges	2307	509	127	5
Report on the work of the 11th National People's Congress Standing Committee	2733	160	51	4
Report on the work of the Supreme People's Court	2218	605	120	5
Report on the work of the Supreme People's Procuratorate	2339	485	121	3

Source: China Daily, 17th March, 2013.

Today it is normal for delegates to question officials during the session of the NPC. For example, in 2009, the delegates from Henan Province question the minister of Education about the unequal distribution of education resources nationwide (Xiaoyun, E., 2015). Accordingly, the voting of deputies has become more effective, albeit limited. In accordance with the State Constitution, it is the NPC deputies who decide the reports on the work of government by voting to reflect the degree of satisfaction. For example, due to the poor performance of the SPC, 605 negative votes -the highest yet- were cast in the NPC session of 2013.

Furthermore, in some areas, the single-candidate elections have been replaced by the competitive elections, and this has given deputies more freedom with regard to their right to vote. For instance, 161 NPCSC members were elected from 174 nominees during the 2013 plenary session. Sometimes, CPC

nominees may not be approved for senior positions. For example, in the 1995 Plenary Session, over one-third of the deputies failed to support the CPC's nominee for Vice-Premier Jiang Chunyun. Over a quarter of the deputies also failed to support State Council proposals for a draft Banking Law and a draft Education Law (Dowdle, M., 1997).

Comparatively, the NPC's representation mechanism is different from that of liberal democracies where the executive may strive to manipulate the legislature by lobbying, political canvassing, etc. However, essentially, as Pitkin puts it, representation entails regular, institutionalized responsiveness and can only be discussed in reference to the overall structure and functioning of a political system (Pitkin, H., 1967). It has been recognized that the representation in legislature, like decision-making influence, is not as clear-cut as it may first appear. Their idea is based on the observation that representatives are not the

constituency's puppet, but human beings with their own consciousness. Such consciousness will decide, at least potentially, its role or function. They thus stress the deputy's role orientation rather than the relationship between decision-making, roll-call voting and the constituency's views (Eulau, H., and Karsps, P., 1977).

Hence, the legislator's sense of representation and willingness to represent clearly has a part to play in applying the legislature's potential capacity to have real influence (Hu, S., 1993). Thus, in having a broad horizon beyond the Western paradigm of representation through a multi-party system, the representation of legislature is by no means a dichotomous variable. Rather, we should be able to assign "points" to the various legislatures and place them on a continuum of representation, or at least put them in a broad topology according to their representation levels. In this sense, an NPC comprised of deputies also has its paradigm of representation, although the level may be lower than that of liberal democracies. As such:

The existence of certain representation in non-democratic legislature becomes understandable, and can be explained, and compared. It is the configuration of the component aspect of representation that might yield viable theories of representation other than representative government only, in the modern complexity of society (Hu, S., 1993).

Therefore, even though the form of representation may be different and the activities do not resemble legislative supervision as found in liberal democracies, in a weakly institutionalized system with a very strong executive they serve similar ends (O'Brien, K., 1990, pp. 165).

In addition, at the local level, the congress system has also been strengthened. The Local People's Congresses (LPCs) are able to turn down Party nominees for State leadership. A survey of 18 out of 27 provincial LPCs around 1988 found that they vetoed 49 of 712 Party nominees (a rejection rate

of 4%) (Dingjian, C., 1998). In 2006, the NPCSC adopted the Law of the People's Republic of China on the Supervision of Standing Committees of People's Congresses at Various Levels. It provided more details about the functions and powers of LPCs, including (1) hearing and deliberating on Special Work Reports of the People's Government, the People's Court and the People's Procuratorate; (2) examining and approving Final Accounts, hearing and deliberating the Plans for National Economy and Social Development and the Reports on the Implementation of Budgets, and hearing and deliberating on Audit Reports; (3) inspecting the implementation of laws and regulations; (4) examining the archival filing of regulatory documents; (5) inquiry and interrogatory; (6) investigating special issues; and (6) deliberating on and deciding cases concerning dismissals from office<sup>22</sup>. This undoubtedly shows the tremendous development of LPCs and their strengthened role in local politics. In practice, for instance, due to the increasing unsatisfactory performance, such as miscarriages of justice by some courts, the LPC Standing Committee vetoed the Work Report of People's Court, for example, at Hengyang city in 2007. It also vetoed the Work Report of Local Government, for instance, at Zhengzhou city in 2006 (Le, Y., 2008). Another example is that the LPC Standing Committee did not approve the appointment of the chief procurator at Bingzhou city according to Article 101 of the Constitution. At the same time, LPCs have had to pioneer "new forms" of strong measures that are not given in laws, instead of simply grumbling about problematic systems. These new measures include examination and appraisal of the responsibility system of department law enforcement (*bumen zhifa zerenzhi*), law supervision papers (*falv jianrushu*) and individual case supervision (*gean jiandu*).

Therefore, to say that China's Constitution is merely a facade is mainly based on liberal views which assume that the courts must be at the center of the implementation of the Constitution (Qianfan, Z., 2010). However, as has been illustrated above, in the

22 - For more details, see The Law of the People's Republic of China on the Supervision of Standing Committees of People's Congresses at Various Levels, promulgated by the National People's Congress Standing Committee.

context of China, the real foundation of the State Constitution is not the court system but the People's Congress system because of its fundamental role in creating and maintaining other state actors, including the courts, in accordance with the Constitution (Dowdle, M., 2002)<sup>23</sup>.

## 2.2 Normalization of Party Constitution

Although the State Constitution has been strengthened, no one can deny the fact that China is still a party-state where the ruling party plays a decisive role in practice. It is fair to say that it is almost impossible to understand China's constitution without looking at the workings of the CPC.

### 2.2.1. CPC's Legitimacy Challenged

Originally, the establishment of the CPC was facilitated by the Soviet Union. However, as Lubman states, this changed after the Culture Revolution:

China attempted to employ legislation and administrative rules as essential tools in governing China. The Chinese leadership, departing from their previous reliance on policy declarations and their disregard of formal legal rules, has moved to elevate such rules into primary sources of authority (Lubman, S., 1999).

In fact, since 1978 the CPC has been transformed from a revolutionary party to a governing party, embracing the notion of socialist democracy and the rule of law (Duanhong, C., 2008). In this way, it has departed from the Soviet Union. As White points out, the reason for this was that Deng and his associates were seeking to build up the NPC. As a non-party organization, it was composed of socially prestigious individuals who would wholeheartedly support the party policy and work for its implementation. Through the NPC, the Party sought to integrate the polity and to organize it around the principle of one-party rule (Yan, L., 2015 and Xiaoli, Z., 2012). The role of the CPC's control over the NPC is crucial since deputies give voluntary assent and support to the CPC in this ultimate goal. However, as noted above, with the

development of the People's Congress system, the CPC has inevitably had trouble in maintaining its discipline, and the most important leaders have hardly been able to maintain their unambiguous authority. Ironically, in the quest to legitimize its own authority, the CPC planted a thorn in its side which cannot be readily removed. In addition, different from the period when ideology played an important role in the controlling communist power, under the open-door policy together with Western technology and investment came "Western bourgeois liberalism". To a certain extent, the official ideology is in disarray and the CPC is no longer able to achieve an ideological consensus as Mao did. The ideological crisis is further exacerbated as the Party does not have a coherent ideology that justifies its ultimate vision, goals and concrete strategy in terms of Marxist concepts (Hu, S., 1993).

Furthermore, Party discipline is more difficult to maintain as a result of a more open society, with more opportunities to rise up the social ladder other than through a career in the cadre or as a government employee. Party membership, which was previously very valuable because of its connection to a successful political career, has thus greatly, if not totally, lost its attractiveness (Dickson, B., 2014).

Indeed, how to maintain the CPC's legitimacy is a challenging issue since the adoption of the open door policy was adopted in China. Given that the CPC prioritizes the People's Congress system intentionally, the CPC has to enshrine the State Constitution which maintains the high profile of the People's Congress system. Without this, it would be difficult for the CPC to maintain its authority behind the scenes. Formally, the NPC, as the highest organ of state power, has its constitutional legitimacy, albeit a weak one, grounded in the way it allows for representation. However, the CPC has no such legitimacy in the State Constitution and only receives a mention in the relevant statement in the Preamble: "The victory in China's New-Democratic Revolution and the successes in its socialist cause have been

23 - Some scholars have attempted to illustrate the development of China's constitutionalism from non-court centered view.

achieved by the Chinese people of all nationalities, under the leadership of the Communist Party of China". Of course, this cannot provide the legitimacy of the CPC's rule over the country after the Revolution. Therefore, the NPC's legitimacy, based on the State Constitution, is able to prevail over that of the CPC. Due to this, it is understandable that over some incidents, people could appeal to the NPC to challenge the CPC's rule by invoking the provisions and under the banner of the State Constitution; a situation that could lead to crisis. The CPC has, in fact, realized that the strengthening of the People's Congress system may be a threat to it if not handled properly. Hence, it has been attempting to normalize its mechanisms based on the operation of the People's Congress in practice.

### 2.2.2. CPC's Normalization

A very innovative measure taken by the CPC has been to combine itself with, and adhere to, the People's Congress system. At the central level, the Chairman of the NPCSC (legislative branch), the Premier (executive branch) and others, appointed in accordance with the State Constitution, are members of the Standing Committee of the CPC's Politburo<sup>24</sup>. In order to reconcile the Party Constitution with the State Constitution, it is now a political convention for the Party to hold its plenary session of the National Congress of the CPC first in order to decide the composition of the Central Committee of the CPC (205 members and 171 alternate members) and the Central Commission for Discipline Inspection of the CPC (130 members); and only then to form the Politburo of the Central Committee (25 members), Central Military Commission (CMC), Standing Committee of the Politburo (7 members) and the General Secretary of the Central Committee. It has been a political convention that the General Secretary must serve as the Chairman of the Party's CMC concurrently. This is because the Chairman

acts as a commander -in-chief and he can deploy troops, controls the country's nuclear weapons, and use the budget after it is approved by the NPC or NPCSC (Mackerras, C., 2001). This is compatible with the CPC's Convention which states that the: "Party commands the gun" (dang zhihui qiang). This has been legalized by Article 19 of the Law of the People's Republic of China on National Defence which stipulates that the armed forces of the PRC are subject to the leadership of the Communist Party of China.<sup>25</sup>

During the session of the National Congress of the CPC, the Party is able to prepare, discuss and decide issues of national importance, including the personnel structure of the state organs, in accordance with the Party Constitution. It can then follow this up by obliging the NPC to adjust and make the decision formally in accordance with the State Constitution.

At the beginning of the NPC's plenary session, it is the CPC that suggests the nominees, initially to the NPC Presidium, which then submits the list to the deputies for final discussion and decision. These nominees are supposed to assume the posts of new NPC, President, Vice-President and Chairman of the CMC of the State. At the initial stage of the NPC election, the General Secretary will be elected by deputies to assume the posts of President and Chairman of the CMC of the State. This is considered a constitutional convention in China. It has been recognized that the General Secretary of the Party should assume the offices of State President and Chairman of the CMC concurrently in order to maintain political stability as history shows that political tragedies, such as the Cultural Revolution, have their origins, to a certain extent, in the division of offices, the so-called "trinity system". For example, Mao Zedong was Chairman of the Party and Chairman of the Military Commission of the Party, while Liu Shaoqi was the President of the

24 - Currently, Xi Jinping is the General Secretary of the Standing Committee of the CPC's Politburo, elected in accordance with the Party Constitution.

25 - In addition, the People's Liberation Army is subject to the CPC's absolute leadership, and the highest authority is headed by the CMC of the CPC and the CMC of the State. These two, in fact, exist in the form of "one body with two names". Regulations for the Chinese People's Liberation Army on Political Work (issued by the CPC's Central Committee) art. 4.

State according to the State Constitution. Even so, it should be noted that the context in the era of Mao was substantially different to the subsequent strengthening of the NPC.

In the second stage of the plenary session of the NPC, it is the General Secretary of the CPC with the new status of State President and Chairman of the CMC of the State who nominates the Premier and Vice-Chairman and members of the CMC and presents these to the NPC for a decision. Meanwhile, the President of the SPC and Procurator General of the SPP are nominated by the NPC Presidium and presented to the NPC for a final decision. The final stage of the election is to form a cabinet according to the Premier's nominations.

Such conventions have largely reconciled the Party with the State without hindering the operation of the NPC, and all other state organs including the SPC and SPP have been created by the NPC according to the State Constitution. On the one hand, the CPC's involvement in the State Constitution has been normalized by its earlier Party congress and the incorporation of state cadres into the Party. The Premier, the leader of the highest organ of executive power, and the Chairman of the NPCSC – the highest organ of legislative power, are both members of the Standing Committee of the Politburo. On the other hand, the CPC has learned how to convert its Party's leadership into the State's leadership through the NPC according to the State Constitution. For example, the exercising of military power by the CPC before 1982 was not grounded on the State Constitution but rather on the Party Constitution in that the CPC was omnipotent over the society at that time. However, with the development of the rule of law (Peerenboom, R., 2002)<sup>26</sup> the State Constitution of 1982 established the Chairmanship of the CMC of the State. This allows the CPC to transfer its Party's role in exercising military power into a constitutional one by the political convention that the Chairman of

the Party's CMC is the Chairman of the State's CMC concurrently.

More importantly, the CPC has formed a convention on how to maintain its leadership on establishing or amending a Constitution in practice. This was seen in practice as early as 1954 where it was the CPC that first initiated a proposal to establish a Constitution. According to such a proposal, the Central Government decided to establish a Constitution-drafting Committee and proceeded accordingly.

At the same time, the CPC established a Constitution-drafting Team to draft the Constitution. In essence, it was the CPC's Constitution-drafting Team that drafted the constitution exclusively, and then submitted the draft to the Constitution-drafting Committee for a procedural follow-up (Zhiwei, T., 2014). By analogy, in terms of constitutional amendments, for example, in 2004, it was the Standing Committee of the Politburo that decided the general principles on constitutional amendments first. In the meantime, the Chairman of the NPCSC, subject to the Politburo, was appointed as the head of the Central Constitutional Amendments Group. After seeking advice from opinions or recommendations from local governments, non-communist parties' communities, experts etc., the draft proposal was adopted first at the plenary session of the 16th CPC's Central Committee.

It was then adopted by the sixth plenary session of the NPCSC on the proposals by the CPC Central Committee, and ultimately voted on at the NPC session. It would appear that the CPC has played a dominant role by exercising its exclusive authority on drafting and amending the Constitution before it enters into legal procedures. As regards other statutes, due to the reinforced role of the State Constitution, national legislatures have become more autonomous and assertive since the CPC issued the

26 - China adopts the thin theory of rule of law. As analyzed by Peerenboom, whereas a thick theory or substantive theory of the rule of law would incorporate elements of political morality like the forms of government, the economic models or the various conceptions of human rights, a thin theory would put forward formal or instrumentalist aspects of the rule of law that would rest on a system of laws that are general, published, prospective, clear, coherent, applicable, stable and implemented.

Central Document 8, that is, Several Opinions of the Central Committee on Strengthening Leadership over Lawmaking Work in 1991. The Document clearly indicates that Party leadership over the NPC should henceforth be rather general and not involve micro-management (Tanner, M., 1994).

Subsequently, there has been a wide retreat by the party from the NPC's actual legislative drafting process, as well as from many other aspects of the NPC's constitutional operations (Dowdle, M., 1997). Certainly, this is not to deny that the CPC can still exercise significant influence over legislatures through its Politburo.

For example, the Chairman and some Vice-Chairmen of the NPCSC are members of and subject to the Politburo, and the nomenklatura system, namely the Party Centre's list for NPC appointments which includes all members of the NPCSC Party Group (*dangzhu*), plus all NPCSC members, as well as the leaders of all the Special Committees under the NPCSC. The Politburo pre-approves the final list of all candidates for the NPCSC (Tanner, M., 1994).

Furthermore, at the local level, it has been a common practice for the Party Secretary, during his/her term, to assume the chairmanship of the Local People's Congress Standing Committee. From 2013, at the provincial level, party secretaries of all 24 provinces apart from Beijing, Shanghai, Tianjing, Chongqing, Xinjiang, Xizang and Guangdong assume the chairmanship of the Local People's Congress Standing Committee in the same way. Such a practice effectively integrates the Party with the local government. On the one hand, this could strengthen the leadership of the Party over the government; on the other hand, it maintains the operation of the Local People's Congresses according to the State Constitution (Beijing News 2013).

Additionally, the CPC creates a consultative body -the People's Political Consultation Conference

(PPCC)- to "receive societal feedback on governance, to improve the quality of public service and to incorporate influential social leaders into the establishment through limited political empowerment and controlled participation" (Xiaojun, Y., 2011). By involving non-Communist social elites and societal leaders in the PPCC, the CPC is able to create patron-client networks, allocate preferential treatment and consolidate its ties with elites and leaders in society. Currently, it is a political convention that the NPC holds each plenary session immediately following the PPCC's meeting; these are always mentioned in parallel as "the two meetings" (*lianghui*). In this regard, the PPCC plays a supplementary but essential role to that of the People's Congress through its participation in Party and State mechanisms.<sup>27</sup>

Besides the political conventions, the CPC as a ruling party also endeavors to comply strictly with the "rule of law" principle, which has been imbedded in the State Constitution since 1999.<sup>28</sup> Overall, such efforts towards its normalization can be seen in at least three ways.

Firstly, the CPC attempts to build up a systematic intra-party rule system which must be obeyed strictly in accordance with the "rule of law" principle. In particular, in 2013, according to the Party Constitution the CPC promulgated the new Regulation on Intra-Party Rules (*zhongguo gongchandang dangnei fagui zhiding tiaolie*) in order to systematize the party rules. The Regulation clearly states that the enactment of the party rules must be in accordance with the State Constitution and laws which illustrates the CPC's insistence on the rule of law.

Secondly, the CPC has been endeavoring to be an open party, especially since the Central Committee of the CPC issued the Resolution on Improving Party's Governing Capacity in 2004, stipulating that the Party will increase the transparency in Party affairs, and enhance the transparency of the Party's work so that

27 - The role of PPCC has been increasingly important than expected in China's politics.

28 - Article 5 of the Constitution of the People's Republic of China (1982) states: "The People's Republic of China practices ruling the country in accordance with the law and building a socialist country of law."

Party members can understand and participate in Party affairs.<sup>29</sup> Previously, the Party was secretive about its composition and operations (McGregor, R., 2010).

Now, the public can gain access to more and more resources on the Party. In an unprecedented move, the CPC has been increasing its transparency by establishing specific websites and disclosing greater amounts of relevant information by strictly adhering to the legal requirements of open government. In particular, the working procedures of the Party's Discipline Inspection Commission have become transparent to the public.

Thirdly, the CPC has been positioned with the equivalent status of the government. In relation to this, the CPC is not a party in the ordinary sense of a political association. Some CPC departments are separate but with the equivalent status of the government while others are merged with the government, such as the CPC Taiwan Affairs Office under the Party Constitution and the Taiwan Affairs Office of the State Council under the State Constitution. Both fall within the term, "one body with two names" (yige jigou, liangkuai paizi). The personnel of CPC departments also fall within those who perform public duties in accordance with law and have been included in the state administrative staff whose wages and welfare are borne, in practice, by the state. Also, according to the Civil Servant Law of the People's Republic of China, it is the CPC that assumes the administration of cadres.<sup>30</sup>

As illustrated above, both political conventions and the CPC's endeavors to systematize and legalize its intra-party rules show the normalization of the Party Constitution according to the "rule of law" principle, thereby strengthening the Party's authority in the new era.

### 3. Evolution of a Dual Constitution

The strengthening of the People's Congress system and the normalization of the CPC illustrates the emergence of the dual constitution in a reformed China, comprising the Party Constitution and the State Constitution. Thus, it would be unfair and biased to evaluate China's Constitution if either one was overlooked.

However, how the dual constitution should evolve is another issue that needs to be addressed in the process of looking for the direction of Chinese political reform. To this end, based on the structure of the dual constitution, four dimensions must be borne in mind in order for China to achieve constitutionalism: dual congresses, dual judiciaries, dual executives and the military system.

#### 3.1. Dual Congresses

The first task is to determine how to combine the functions of the Party Congress and the State Congress. In fact, the CPC has been attempting to adopt intra-party democracy or competitive mechanisms within the party since 1987 (Yongnian, Z., 2013). For example, the 17th National Congress of the CPC adopted some forms of competitive mechanism and enlarged the scope of competitive election inside the Party (Communist Party of China News, 2007). This shows the CPC's intention to legitimize its rule by incorporating some degree of democracy into the Party. However, this has to be guaranteed by upholding the State Constitution and the rule of law. Otherwise, as pointed out by Zheng, the competitive mechanism may lead to political chaos or tragedies, as illustrated by the case of Bo Xilai (Yongnian, Z., 2013). Nonetheless, the CPC's Congress operates not on the model of Western democracy but rather as an elitist democracy with an election being conducted after the selection process by the CPC. Incorporating a democratic factor inside the Party indicates a direction in the evolution of the

29 - Resolution on Improving Party's Governing Capacity (issued by the fourth plenary session of 16th Central Committee of the CPC on September 2004), sec 9, para 5.

30 - Civil Servant Law of the People's Republic of China, art 4.

Party Constitution. The experience of Vietnam has shown that a competitive election could be practiced inside the Party successfully. During the period of the 11th National Congress of Communist Party of Vietnam, 175 members of the Central Committee of the Communist Party of Vietnam were elected out of 218 candidates in 2011. The multi-candidate election proportion is more than 70% in terms of the election for members of the Politburo (International Herald Tribune, 2011). Accordingly, the interpellation system has been adopted and practiced effectively in Vietnam.

Comparatively, the current framework under the dual constitution does not hinder the CPC from being capable of action and judgment, capable of initiating its activities, and having the machinery for the expression of the wishes of the represented. The CPC may respond to these wishes unless there are good reasons not to, as is similarly required by a representative government (Pitkin, H., 1967).

In fact, the current legal system has provided a framework for the CPC's integration with the People's Congress system. According to Article 21 of the Organic Law of the Local People's Congresses and Local People's Governments of the People's Republic of China (2004 Amendment), members of the standing committee of local people's congresses, the Chairmen and Vice-Chairmen of the people's congresses, Governors and Deputy Governors, Presidents of the People's Courts and Chief Procurators of the People's Procuratorates at local levels have to be nominated by the presidiums of the people's congresses at the corresponding levels or jointly nominated by deputies.

For the subsequent election mechanism, thirty or more deputies to the people's congress at the provincial level, or twenty or more deputies to the people's congress at the prefecture level, or ten or more deputies to the people's congress at the county level may nominate, with joint signatures, the candidates mentioned above<sup>31</sup>. For the former

election mechanism, as the Party Secretary assumes the Chair of the Local People's Congress Standing Committee, the way to nominate the candidate by the presidiums of the people's congresses is manipulated by the CPC virtually. However, the law does not close the door for the later election mechanism which may activate China's democracy incrementally.

For instance, in 2011, Cao Tian, an influential Chinese writer, announced that he would run for mayor of Zhengzhou City as an independent candidate. Such action is consistent with the Constitution and relevant laws. However, he was deterred, in practice, by a tax inspection or other measures. Even so, with the rapid economic development, this sort of activity cannot hinder the middle class's pursuit of freedom and democracy. As of 7 June 2011, it is estimated that more than 127 independent candidates in local elections had declared their candidacies (China: Update on the Independent Candidate Campaigns, 2011).

This reflects the fact that the monopoly of the election by the CPC has been loosened slightly due to societal development. In the long run, assuming that the CPC continues to reform itself in relation to democracy and the rule of law, it will be a breakthrough for the CPC to embrace such a competitive mechanism in accordance with the Constitution and relevant laws. As such, it is crucial to encourage the CPC to reform further in order to maintain its political dominance in competitive elections.

As it is now virtually impossible for the CPC to exist without the strengthened NPC, as was the case from the mid-1960s until the end of the Culture Revolution, and the issues decided by the CPC must be reviewed by deputies' voting in the NPC, it is inevitable that the CPC will allow for and defer to the development of NPC and local people's congress, given the continued smooth evolution of the dual constitution. At the same time, such allowance and deference may

31 - The Organic Law of the Local People's Congresses and Local People's Governments of the People's Republic of China. (2004) Amendment, art 21.

further strengthen the authority of the CPC as it conforms to the principles of democracy and the rule of law.

Therefore, under the dual constitution, the reform is expected to move towards a situation where the State Constitution, as the highest law, prevails over the Party Constitution. In addition, the CPC can further strengthen its authority through its own reforms in accordance with the State Constitution and laws, thereby playing an overarching role in the NPC and local people's congresses.

### 3.2. Dual Judiciaries

Similarly, in a broad sense, it is possible to grasp the dual structure of the judiciary under the dual constitution. On the one hand, according to the State Constitution, China has a formal judicial system, including the courts and procuratorates. On the other hand, based on the Party Constitution, the Party has its discipline inspection system – the Discipline Inspection Commission, and the Political-Legal Committee inside the Party.

It is a fact that, in practice, the court system can be manipulated by the Party. At the institutional level, the presidents of the courts at different levels are members of the Political-Legal Committee of the CPC concurrently. Moreover, the Adjudication Committee under the leadership of the President of the courts is “the highest judicial organization of a people's court, which plays an important role in summing up the judicial experiences and hearing hard, complicated and important cases”<sup>32</sup>. However, no specific definition of the “complicated and important cases” is given in practice. Therefore, due to the requirement for the Adjudication Committee to adhere to the Party's leadership on the work of

people's courts<sup>33</sup>, such a mechanism can be used to review and modify the opinions of the adjudicating judges (Xin, H., 2012). In this way the collective decision<sup>34</sup> made by the courts in China could be manipulated by the will of the Party if the case concerned gains regional or national importance in the view of the Committee.<sup>35</sup>

At the same time, to a certain extent, the Party is able to manipulate the procuratorate in practice through its own extralegal discipline inspection system. In China's criminal justice system, for most corruption cases, it is the Discipline Inspection Commission of the CPC that first interrogates the Party members as cadres according to the disciplinary procedures of the Party, and then transfers the case to the procuratorate for prosecution according to legal procedures.

A typical example is the case of the Party Secretary of Chongqing City – Bo Xilai – who was detained and interrogated first by the Discipline Inspection Commission and then transferred to the Procuratorate of Jinan City for prosecution in accordance with the law (Pei, M., 2012). Nonetheless, such extralegal detention (shuanggui) employed by the Discipline Inspection Commission is unconstitutional, as the Legislation Law of the People's Republic of China, enacted by the NPC, stipulates that: “the following matters can be regulated by laws only: ... (4) Crime and its punishment; (5) Sanctions resulting in citizens being deprived of their political rights, and coercive measures resulting in a limitation of the freedom of their person”<sup>36</sup>.

The Party has realized that such extralegal practice may undermine its authority and it has taken many measures to regulate its extralegal activities inside the Party. For instance, “shuanggui can be used only

32 - Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions on Reforming and Improving the Judicial Committee System of the People's Court (2010), para 3.

33 - *Ibid.*, para 2.

34 - In China, all decisions made by the court are issued in a collective way, i.e. judge's personal opinion does not appear in the decision. Rather, only names of the adjudicating judges appear in the decision.

35 - Notice of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions on Reforming and Improving the Judicial Committee System of the People's Court (2010), para 3, 4, 5.

36 - Legislation Law of the People's Republic of China 2000, art 7, 8.

by organs at the district level. Supervision and review mechanisms have also been introduced. Moreover, shuanggui can be sanctioned only by a plenary session of a commission's standing committee, and must be approved by organs at the provincial level" (Sapio, F., 2008). Thus, the number of units that can carry out detention has been considerably reduced. Furthermore, the CPC has recently decided to cancel such extralegal detention in the near future and this is to be replaced by legal detention according to the State Constitution and relevant laws (Australian Journal, 2013). Remarkably, this implies that the CPC's normalization is moving towards implementing the principle of rule of law according to the State Constitution.

Interestingly, besides adherence to the Party's leadership, the SPC operates smoothly under the People's Congress system by insisting that the courts will "consciously accept the supervision of the people's congresses, safeguard the dignity and authority of the Constitution and laws, and safeguard the legal rights and interests of the people"<sup>37</sup>. In fact, no one can deny that, according to the Constitution and relevant laws, judicial independence has been designed under the People's Congress system, i.e., the court is created by and is responsible for the People's Congress system.

On this point it is similar to the British parliamentary system. Hence, such a constitutional framework does provide a possibility for future judicial reform to restrain or even eradicate the party's manipulation or interference behind the scenes on the condition that the People's Congress system has been developed to the extent that the court is only responsible to it. However, due to the dominant influence of the Party, China's judicial reform is incremental, rather than a one-off, towards depoliticization. According to the newly released 4th Five-year Reform Outline for People's Courts (2014-2018), the ongoing judicial

reform attempts to depoliticize and delocalize local courts by centralizing the nomination of judges to the High People's Courts at provincial level. At the same time, the financial and material recourses of local courts will be allocated directly by the provincial governments. At least, it shows that reform can make local courts more independent in accordance with the law, and less interfered with by the Party and local governments, though party politics may still have its place at the higher level.

The fourth plenary session of the 18th National Congress of the CPC has decided to focus on "the rule of law". In fact, it has signaled the CPC's decision to improve its own regulation of the rule of law. This could also be seen in the Five-Year Planning Outline for Central Intra-Party Regulation Formulation Work (2013-2017) which has an emphasis on the rule-of-law-based party governance and intra-party democracy. Given that the Party continues to operate in accordance with the principle of rule of law, it could be expected that judicial reform will move in the direction of judicial independence stipulated by the State Constitution and be strengthened further incrementally.

### 3.3. Dual Executive and Military Systems

As to the executive system, China has consistently developed a law-based government since 1978 and has had many achievements in this area. For example, the Regulation of the People's Republic of China on the Disclosure of Government Information in 2008 has encouraged the government to become more transparent. Accordingly, citizens have gained a legal right to apply for the disclosure of government information.<sup>38</sup> In parallel, as mentioned above, the Party's departments are also endeavoring to operate based on the law. Correspondingly, relevant laws, for example, the Interim Provisions of the State Council for Veteran Cadres to Leave Their Posts in

37 - News of the Supreme People's Court on Issuing the Implementation Opinions on Reforming and Improving the Judicial Committee System of the People's Court (2010), para 2.

38 - In order to implement the Regulation and protect people's rights concerning disclosure of government information, the Supreme People's Court has issued the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Trial of Administrative Cases about Open Government Information (2011).

Order to Rest, issued by the State Council, have been promulgated to regulate the activities of the government Party, as well as the Party (Hartcher, P., 2012 and Pan Wei, P., 2009).<sup>39</sup> Meanwhile, their homogeneous nature can also be glimpsed by the common practice of general offices of the CPC and state administration of issuing national directives jointly.<sup>40</sup> Given that the rule of law has been established, there will be no problem for the departments of the Party and the State to operate either separately or jointly in practice.

Regarding the military system, the State Constitution has provided a constitutional framework under which the Chairman of the CMC of the State, elected by the NPC, can exercise the military power and is responsible to the NPC and NPCSC (article 94). It is the NPC that decides on questions of war and peace, or the NPCSC that decides, when the NPC is not in session, on the proclamation of a state of war in the event of an armed attack on the country or in fulfilment of international treaty obligations concerning common defence against aggression (article 62, 67). Furthermore, the President of the State has the power to declare a state of war and issue a mobilization order (article 80).

However, due to the existence of the Chairman of the CMC of the Party, there is a potential time interval during the hand-over period, i.e., the military power of the Party and the State (two chairmanships) may be exercised by two persons separately at the same time<sup>41</sup>. In practice, due to the dominant role of the CPC, the smooth transfer from the Chairman of the CMC of the Party to that of the State can be guaranteed. Meanwhile, it is a practice that two CMCs coexist in the form of “one body with two names”, i.e. with the same staff, which guarantees

the military power to be exercised smoothly and integrally without any split.

Nonetheless, the constitutional role of the Chairman of the CMC of the State has sometimes been misused sometimes. For example, during the time interval in 2013, it was the Chairman of the CMC of the Party, Xi Jinping, who was entitled to grant military ranks to the military personnel rather than the Chairman of the CMC of the State, Hu Jintao. This largely illustrates the Party's insistence on the principle of the “Party commands the gun”. Yet, according to the State Constitution, it is the Chairman of the CMC of the State, not of the Party, that should be strengthened in order to accord with the rule of law, because the military cannot belong to any individual or party, rather, it has to be nationalized (Carter, L., 2012).<sup>42</sup>

## CONCLUSIONS

Since the end of Cold War, various Eastern European countries have embarked on different roads towards Western style liberal democracy. At the same time, over the past decades, some remaining socialist countries, in particular China and Vietnam, have undergone in-depth reforms in many fields. As observed, many developing countries have already come to understand that full-scale liberal democracy does not solve all their problems (Li, E., 2013).

After more than three decades of development, China has witnessed its rise in a different way. At this moment, new futurologists may provide a number of alternatives to the universal concept of Western modernity but they have not yet grasped the essence of China's development from a non-liberal perspective, with regard to its constitutional regime. As illustrated above, the status quo is that a dual

39 - To this point, it is argued that China could enjoy the leadership of CPC under the rule of law, but without a Western style democracy.

40 - For example, the Provisions on Party Organ and Government Personnel's Personal Investment in Securities is circulated by the General Office of the CPC Central Committee and the General Office of the State Council jointly in 2001.

41 - In practice, for example, in September 2004, Hu Jintao, the Chairman of the CMC of the Party granted military ranks to the military personnel, while Jiang Zemin was the Chairman of the CMC of the State.

42 - In fact, it has been perceived that, in China, People's Liberation Army (PLA) has always been a branch of the ruling Communist Party of China (CPC). Recently, more people appealed for shifting the army's allegiance from the Party to the state.

constitution comprising the Party and the State has emerged, which cannot be explained merely by the traditional Party-state theory under which the Party can fully penetrate into and control the State, as occurred in the era of Mao Zedong.

As a result of several political incidents, namely, the Cultural Revolution (1967-1977) and the Tiananmen Incident 1989, the CPC has realized the importance of the People's Congress system in facilitating and strengthening its political rule. Ironically, the development of the People's Congress system has become a thorn in the CPC's side which cannot be readily removed, and, furthermore, it may pose some threat to the CPC as it lacks true legitimacy. However, the CPC has taken many pragmatic measures to integrate its own mechanisms with the People's Congress system through political conventions and its own normalization based on the rule of law.

The emerged dual constitution maintains the smooth operation of the People's Congress in accordance with the State Constitution. Meanwhile, it opens a door for the further reform of the CPC. However, the approach is different from that of liberal democracies. Optimistically, based on the dual constitution, China is more likely to continue strengthening the People's Congress system by upholding the State Constitution while the Party Constitution, accompanied by reform will defer to the State Constitution.

Specifically, the Party's congress, the quasi-judicial Discipline Inspection Commission inside the Party, the Party's departments and CMC under the Party Constitution can play their political role in practice, but should defer and be subject to the development of the People's Congress, the court system, the law-based government and the CMC of the State under the State Constitution. Undoubtedly, it will be a challenge for the CPC to construct its competitive mechanism inside the Party.

Comparatively speaking, the experience of Vietnam has shown that the Party could move towards democracy and maintain its leading role in the

political system at the same time, while the National Assembly or Local People's Councils can operate smoothly in accordance with the State Constitution (Sidel, M., 2009). To some extent, Vietnam's reform is also moving towards a dual constitution. Moreover, after decades of Party and State reform, its Constitution was amended in 2013 to include the Party's leadership and it could be seen that the CPV was a force leading the State and society. However, all Party organizations operate within the framework of the Constitution and the law. Such a practice, at least, can signal the possibility that China is moving forward under a dual constitution.

It is widely perceived that China continues to fulfill its grand aspirations in its economy through in-depth reform; however, at the same time it is encountering nagging political uncertainties (Callahan, W., 2013). Although it must be borne in mind that "prediction is hazardous, particularly about the future" (Tushnet, M., 2003), by relying on the emerged dual constitution it appears that there is a way for China to move forward incrementally but, to a great extent, not based on the Western experience which definitely cannot be guaranteed.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R., (2005) "Balancing, Constitutional Review and Representation" 3 International Journal of Constitutional Law 572-581.
- Beijing News (2013). "Party Secretaries of 24 Provinces Assume the Chairman of Local People's Congress Standing Committee," Xijing Bao, 7 February.
- Callahan, W., (2013). China Dreams: 20 Visions of the Future (Oxford: Oxford University Press), p 5.
- Chang, W., (2011). "The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison" 59 (3) American Journal of Comparative Law 805-840. .
- China: Update on the Independent Candidate Campaigns (2011). Visited on 27 March 2014, available at <http://globalvoicesonline.org/2011/06/26/china-update-on-the-independent-candidate-campaigns>
- Carter, L., (2012). "In China, Calls to Nationalize

People's Liberation Army Increasingly Mainstream" (TeaLeafNation, 25 October). Visited on 11 April 2014, available at <http://www.tealeafnation.com/2012/10/in-china-calls-to-nationalize-peoples-liberation-army-increasingly-mainstream/#sthash.BCLS9y36.dpuf>

·Communist Party of China News (2007). "New Measures to Enlarge the Intra-party Democracy to Elect Deputies for 17th National Congress". Visited on 14 March 2014, available at <http://cpc.people.com.cn/GB/104019/104109/6375733.html>

·Dayuan, H., (2012). "Construct A Socialist Constitutionalism" *Xin chanjing* (New Industrial Economy), No. 4, pp. 40-43.

·Dicey, A., (1915). *Law of the Constitution* (London: Macmillan and Co., Limited), p 26

·Dicey, A., (1982). *Law of the Constitution* (8th Edition) (USA: Liberty Fund Inc.), p 148.

·Dicey, A., (1959). *Law of the Constitution* (London: Macmillan Education Ltda.), pp 470-472.

·Dickson, B., (2014) "Who Wants to Be a Communist? Career Incentives and Mobilized Loyalty in China," (2014) 217 *The China Quarterly* 42-68.

·Dingjian, C., (1998). "Zhongguo renmin daibiao dahui zhidu (People's Congress System in China" (revised edition). Beijing: Falv chubanshe, pp 359-360.

·Dowdle, M., (1997) "The Constitutional Development and Operations of the National People's Congress," 11 (8) *Columbia Journal of Asian Law* 1-125.

·Dowdle, M., (2002). "Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development: The Curious Case of China," 35 (1) *New York University Journal of International Law and Politics* 10.

·Duanhong, C., (2008). "The Constitution as the Basic Law and the Higher Law in China," *Zhongwai faxue* (Peking University Law Journal), Vol. 20, No. 4, p 508.

·Eulau, H., and Karpis, P., (1977). "The Puzzle of Representation: Specifying Components of Responsiveness" 2 (3) *Legislative Studies Quarterly* 233-254

·Freeman, E., (1876). *The Growth of the English*

*Constitution: From the Earliest Times* (London: Macmillan and Co), pp 87, 109, 112.

·Hartcher, P., (2012) "Singapore a model for Chinese democracy" *Sydney Morning Herald*, October 30

·Hu, S., (1993) "Representation without Democratization: "Signature Incident" and China's National People's Congress" 2 (1) *Journal of Contemporary China* 14.

·International Herald Tribune (2011) "Communist Party of Vietnam: A Big Step Forward". Visited on 11 August 2015, available at [http://news.sina.com.cn/w/sd/2011-06-24/111522698677\\_2.shtml](http://news.sina.com.cn/w/sd/2011-06-24/111522698677_2.shtml)

·Kang, L., (2013). "Is China Dream a Good Example?" *Duke University*, pp. 408 *Renmin Luntan* (People's Forum). Visited on 11 August 2015. Available at <http://theory.people.com.cn/n/2013/0627/c112851-21998223.html>

·Le, Y., (2008). "Work Report of Zhengzhou Government was Vetoed at the session of the Standing Committee of LP" in Han Dayuan (ed.), *Zhongguo xianfa anshilie pingxi* (Comments on Constitutional Incidents in China) (Beijing: Falv chubanshe), pp. 300-320.

·Li, E., (2013). "The Life of the Party," 92 (1) *Foreign Affairs* 34-46.

·Lubman, S., (1999). *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao* (Stanford: Stanford University Press), p 138.

·Mackerras, C., (2001). Donald McMillen and Andrew Watson, *Dictionary of the Politics of the People's Republic of China*. London: Routledge, p 74.

·McGregor, R., (2010) *The Party: The Secret World of China's Communist Rulers*. Penguin Group, p 15.

·O'Brien, K., (1990). *Reform Without Liberalization: China's National People's Congress and the Politics of Institutional Change* (Cambridge: Cambridge University Press), p 157.

·Pan Wei, P., (2009). "China Model: Achievements of 60 Years of PRC" *Lvye* (Green Leaf Journal), No. 4, pp 11-27.

·Peerenboom, R., (2002). *China's Long March toward Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p 673;

·Peerenboom, R., (2003). "Beyond Universalism and Relativism: The Evolving Debates about Values in Asia" 14 (1) *Indiana International Comparative Law*

Review 1-85.

·Peerenboom, R., (2010). *Judicial Independence in China* Cambridge: Cambridge University Press.

·Pei, M., (2012) "What China's Leaders Fear Most," *The Diplomat*. Visited on 8 April 2014, available at <http://thediplomat.com/2012/07/what-chinas-leaders-fear-most/>

·Pitkin, H., (1967). *The Concept of Representation* (Berkeley: University of California Press), pp 221-34.

·Qiangqiang, D., (2009). "Hunan People's Congress disapprove the Appointment of the Chief Procurator at Bingzhou City," in Han Dayuan (ed.), *Zhongguo xianfa anshilie pingxi* (Comments on Constitutional Incidents in China). Beijing: Falv chubanshe, pp 310-325.

·Qianfan, Z., (2010). "A constitution without constitutionalism? The paths of constitutional development in China" 8 (4) *International Journal of Constitutional Law* 955-956.

·Robust Theory of the Chinese Constitutional State: Between Formalism and Legitimacy in Jiang Shigong's *Constitutionalism*" 40 (2) *Modern China* 168-195.

·Sapio, F., (2008) "Shuanggui and Extralegal Detention in China," 22 (1) *China Information* 7-33.

·Shigong, J., (2014). "Chinese-Style Constitutionalism: On Backer's Chinese Party-State Constitutionalism" 40 (2) *Modern China* 133-167 and Backer, L., (2014). "Toward a

·Shigong, J., (2009). "Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China" 36 (1) *Modern China*.

·Sidel, M., (2009). *The Constitution of Vietnam: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, pp. 131.

·Sixi, C., (2010) "The Legislative Development over the Past Sixty Years in China," *Shanghai zhengfa xueyuan xuebao* (Journal of Shanghai University of Political Science and Law), Vol. 25, No. 2 pp. 3-5.

·Sizhuo, Y., (2010). "Futurists Tell "China story": Reading China's Megatrends" *Mingzuo xinsheng* (Masterpieces Review), No. 4, pp. 108-110.

·Tanner, M., (1994) "The Erosion of Communist Party Control over Lawmaking in China," (1994) 138 *The China Quarterly* 381-403.

·Tso, T., (2012). *Twentieth Century Chinese Politics: From the Perspective of Macro-history and Micro-mechanism Analysis*. Hong Kong: Oxford University Press. P 2.

·Tushnet, M., (2003). *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press. P 1.

·Wheare, K., (1951). *Modern Constitution* (London: Oxford University Press), p 19.

·Xia, M., "The Communist Party of China and the "Party-State"". Visited on 19 March 2014, available at <http://www.nytimes.com/ref/college/coll-china-politics-002.html>

·Xiaojun, Y., (2011). "Regime Inclusion and the Resilience of Authoritarianism: The Local People's Political Consultative Conference in Post-Mao Chinese Politics" 66 *China Journal* 70.

·Xiaoli, Z., (2012). "On the Composition of the Deputies in the National People's Congress of China" 5 *Tsinghua China Law Review* 2-27

·Xiaoqing, Y., (2013). "Compare Constitutionalism with People's Democratic System" *Hongqi wengao* (Red Flag Manuscript), No. 10, pp.4-10.

·Xiaoyun W., (2015). "Delegates from Henan Province Question the Inequality of College Entrance Examination". Visited on 11 August 2015, available at [http://www.dahe.cn/xwzx/sz/t20090309\\_1501534.htm](http://www.dahe.cn/xwzx/sz/t20090309_1501534.htm)

·Xin, H., (2012) "Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in a Chinese Court," 46 (4) *Law and Society Review* 681-712.

·Xin, H., (2012) "The Party's Leadership as a Living Constitution in China" 1 *Hong Kong Law Journal* 73-94 and Peerenboom, R., (2012) "Social Foundations of China's Living Constitution" in Ginsburg, T., (2012) ed., *Comparative Constitutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp 155-159.

·Xinhua News Agency, (2004). "Chronology of China's Constitutional Amendments". Visited on 11 August 2015, available at <http://www.china.org.cn/english/MATERIAL/89687.htm>

·Xinwang, S., (2011). "Jiang Bikun: Qingli Diyibu Xianfa [Jiang Bikun: the Experience with the First Constitution in China]" *Zhongguo xinwen zoukan* (News Weekly), Vol. 514, No. 16, p 78.

·Yan, L., (2015) "Constitutional Evolution through Legislation: The Quiet Transformation of China's

Constitution,"13 International Journal of Constitutional Law 61-89

·Yang, Y., (1936). Jindai Zhongguo Lifashi (Legislative History of Modern China]. Shanghai: Shangwu yinshuguan

·Young Nam, C., (2002). "From 'Rubber Stamps' to 'Iron Stamps': the Emergence of Chinese Local People's Congress as Supervisory Powerhouse" 107 China Quarterly 724-40.

·Yongkun, Z., (2011). "Several Issues on Unwritten Constitution" Fa xue (Legal Science Monthly), No. 3, pp 26-33.

·Yongnian, Z., (2013). "What Can be Reflected from the Controversial Issue over the Constitutionalism" Lianhe Zaobao, 18 June.

·Yongnian, Z., (2013). "Chinese Communist Party in New Era: Opportunities and Challenges," Wuhan daxue xuebao (Journal of Wuhan University), Vol. 66, No. 3, p 15.

·Youyu, Z., (1983). "New Developments of the People's Congress System", FBIS 15 (January 21): K12-15. From Renmin Ribao (People's Daily), 14 January, p 5.

·Zhixue, Z., (2013). "Realize the Essence of Constitutionalism" Dang jian (Party Construction), Vol. 29, No. 6, pp. 29-31.

·Zhiwei, T., (2014) "Judicial Neutrality: A Key Point to Improve Party's Leadership," Yanhuang Chunqiu (Journal on China), No. 9, pp 1-8.

·Zhiwei, T., (2010). "A Comment on the Rise and Fall of the Supreme People's Court's Reply to Qi Yuling's Case," 43 Suffolk University Law Review 669.

## **OFERTAS ACADÉMICAS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA**

### **PROGRAMA DE DERECHO:**

- Pregrado en Derecho. Registro calificado Res.6035/2005. Registro SNIES 9395.  
Créditos 159 – Título. Abogado (a) – Modalidad: Presencial - Jornada: Diurna
- Maestría en Derecho Público – Modalidad: Profundización e Investigación
- Diplomado en Contratación Estatal. (Acta 019 de 01 de septiembre de 2011 Concejo de Facultad)
- Diplomado en Género y Justicia Transicional. (Acta 023 del 5 de septiembre de 2012).
- Diplomado en Derechos Humanos y Sistema Interamericano de protección.
- Coloquio Internacional de Derecho Constitucional
- Seminario Internacional de Derechos Humanos

### **PROGRAMA DE CIENCIA POLÍTICA:**

- Pregrado de ciencia política- Registro calificado Res.1864/2012. Registro SNIES 101598.  
Créditos 154 - Título. Politólogo (a) - Modalidad: Presencial - Jornada: Mixta

# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Jurídica Piélagus es una publicación oficial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, con periodicidad anual hasta el año 2015 y semestral a partir del 2016. Su finalidad es la divulgación y avance del conocimiento en las áreas jurídicas y políticas, caracterizado por la diversidad de enfoques epistemológicos y la libertad de pensamiento, cuyo fin es la difusión de artículos resultados de investigación, de reflexión y revisión con una perspectiva global y pertinencia nacional.

La publicación actualmente está re-indexada en categoría "C" en la base de datos de Publindex – Colciencias (Colombia), incluida en la base de datos EBSCOhost Publishing ([www.ebscohost.com](http://www.ebscohost.com)) y VLEX Colombia.

## TIPOS DE ARTÍCULOS

- Investigación científica y tecnológica que presenten resultados originales.
- Reflexión de investigaciones terminadas desde un enfoque analítico, crítico e interpretativo sobre un tema específico.
- Revisión de una investigación que dé cuenta de los avances en las ciencias o tendencias del desarrollo, con un contenido mínimo de 50 referencias bibliográficas.

El Comité Editorial también aceptará otro tipo de artículos como ponencias, reseñas bibliográficas, reseñas de libros actualizados o papers los cuales no podrán superar las 10 páginas con un mínimo de 10 referencias bibliográficas.

Por tratarse de una revista de difusión internacional se aceptan artículos en español, inglés y francés

## NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICACIÓN

- No exceder 25 páginas en extensión.
- Presentarse en el programa Microsoft Word (versiones 97 en adelante), letra Times New Roman de 12 puntos, tamaño carta, interlineado 1,5, márgenes de 3 cm a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho de cada una de las páginas. La citación debe seguir las normas APA sexta edición.
- Figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados).
- Notas al pie de página numeradas en forma ascendente, en tipo Arial 10 puntos.
- El artículo deber ir acompañado con la declaración de originalidad y cesión de derechos la cual se puede descargar en la página web de la revista: <http://journalusco.edu.co/index.php/Pielagus>

NOTA: el manuscrito no debe exceder un máximo de 3 autores.

## CONTENIDO DEL ARTÍCULO

- Título del trabajo: indicando el tipo de artículo en inglés y español.
- Nombre del (de la) autor (a): señalando filiación institucional, máximo título académico, profesión, dirección electrónica, naturaleza de la investigación, grupo, semillero o centro de investigación al que pertenece.
- Resumen (abstract): máximo de 250 palabras, donde se detalle en forma breve, el problema investigado, el método utilizado, los resultados y las conclusiones. El resumen se debe presentar en el idioma original del manuscrito y en inglés

- Palabras clave: preferiblemente en un número de 3 a 5 palabras que permitan identificar en forma clara las categorías más importantes del artículo. Las palabras clave se deben presentar en el idioma original y en inglés
- Introducción: Debe ser breve (máx. 2 paginas), pero deberá proporcionar la información necesaria para que el lector pueda comprender la información que el lector pueda comprender el texto que sigue a continuación. Se debe incluir la metodología utilizada cuando se trate de artículos resultados de investigación). De igual forma deberá en un último párrafo exponer los objetivos del trabajo así como la novedad o aporte del manuscrito.
- Desarrollo del tema
- Resultados (Cuando se trate de artículos resultado de investigación)
- Conclusiones
- Recomendaciones (opcional)
- Referencias bibliográficas en formato APA 6ta edición, ubicadas dentro del texto.

### PERIODICIDAD DE PUBLICACIÓN

La recepción de los manuscritos es permanente. Hasta el año 2015 se tenía una periodicidad anual. A partir del año 2016 se inició con una periodicidad semestral publicando así dos volúmenes dentro del mismo año.

A continuación algunos ejemplos de cómo las fuentes citadas deben indicarse en la bibliografía:

- **Libros**  
Apellidos, A. A. (Año). Título. Lugar: Editorial.  
Ejemplo: Vargas Otálora, N. (2010). Procedimiento Notarial y Registral. Bogotá, Colombia: Editorial LEYER.
- **Capítulo de libro**  
Apellidos, A. A., & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o entrada. En A.  
Ejemplo: Picó, F. (2004). Arcibo, sol y sereno. En F. Feliú Matilla (Ed.), 200 años de literatura y periodismo: 1803-2003 (pp. 129-134). San Juan, PR: Ediciones Huracán.
- **Artículo de Revista**  
Apellido, Inicial del Nombre. (Año de publicación). Título del artículo. *Nombre de la revista en cursiva, Volumen de la revista en cursiva* (Número de edición), Intervalo de páginas en el que se encuentra el artículo.  
Ejemplo: Peña, M. (2011) El dialogo entre el *Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. *Revista Juridica Piélagus, Volumen 10* (Numero 1) pp. 25, 36
- **Web- Documentos electrónicos**
  - Apellido, Nombre del autor. (Año –si lo tiene-). “Título artículo”. Disponible en: dirección
  - Electrónica. [Fecha de consulta].
  - \* Ejemplo: Ramos, Leidy María. (2011). “Educación y castigo contra la discriminación”. Disponible en: <http://delaurbe.udea.edu.co/delaurbe/index.php/pais/2287-educacion-y-castigo-contra-la-discriminacion>. Consultado Mayo 2012.
- **Referencias jurisprudenciales**
  - Corte Constitucional CConst**  
Identificación del magistrado: debe agregarse la inicial del nombre de pila y su primer apellido.  
Ejemplos:  
CConst, C-449/1992, A. Martínez.  
CConst, T-187/95, H. Herrera.
  - Consejo de Estado CE**  
Ejemplos:  
CE Consulta, 16 Abr. 1980, r1369, j. Paredes. Anales: C, N° 469-470, p.20.

CE1, 13 Feb.1990, e1196, L. Alvarado. Anales CXVIII, 1er Trim., p259.

Si se trata de una sentencia del CE que solo está publicada en medio electrónico, se identificara la sentencia mediante la dirección electrónica específica donde aparece el documento en la web (www) y la fecha de la última consulta: Ejemplo:

CE 3, 06 Jul. 2006, e25000232700020050172501, R. Saavedra. En

[http://www.ramajudicial.gov.co/cs\\_j\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3](http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3), consultado el 04/Feb./2009.

**- Corte Suprema de Justicia CSJ**

Ejemplos:

CSJ Civil, 25 Jul. 1935, M. Moreno. GJ: XLII, N° 1899, p. 319.

CSJ Laboral1, 4 Feb.1975, r4789, A. Córdoba. GJ: CLI, N° 2392, 1a Parte, p. 53.

Si se trata de una sentencia de la CSJ que solo esta publicada en medio electrónico, se identificara la sentencia mediante la dirección electrónica específica en donde aparece el documento en la Web (www) y la fecha de la última consulta. Ejemplo:

CSJ Civil, /04/Abr./2008, e0800131030061998-00171-01, R. Díaz. En

[http://www.ramajudicial.gov.co/cs\\_j\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3](http://www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3), consultado 04/Feb./2009.

• **Referencias normativas**

La palabra “ley” será abreviada con la letra “L”; Decreto con la letra “D”. Número, una barra y el año de expedición.

Ejemplo: D. 2020/2006, Art. 4-4.4 (hace referencia al numeral 4.4 del artículo 4 de la ley en mención)

**PROCESO DE ARBITRAJE**

El artículo podrá entregarse al Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Editorial Revista Jurídica Piélagus, al correo [pielagus@usco.edu.co](mailto:pielagus@usco.edu.co)

Una vez recibido el Comité Editorial procederá, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, a verificar que el artículo cumple con los requisitos aquí señalados y evaluará la pertinencia del tema tratado. El artículo que supere esta fase será enviado a los árbitros evaluadores, mínimo dos del más alto nivel académico y reconocimiento en el campo, en su mayoría externos a la Institución.

La evaluación de los árbitros evaluadores se entregará al Comité Editorial en un término no mayor de 4 semanas.

Los comentarios de los evaluadores deben concluir con una de las siguientes recomendaciones:

- Publicación sin cambios.
- Publicarlo, después de realizar correcciones.
- Re formularlo de acuerdo con las sugerencias realizadas.
- Rechazado.

Las sugerencias o correcciones, o decisión de rechazo serán comunicadas al autor, quien podrá objetar motivadamente la evaluación o procederá a atender las recomendaciones, actividad que realizará dentro de los treinta (30) días siguientes.

Las objeciones motivadas serán analizadas y resueltas por el Comité Editorial dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

# DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y CESIÓN DE DERECHOS DEL ARTÍCULO

(TITULO DEL ARTÍCULO QUE SE PRESENTA)

Se certifica que el artículo presentado para posible publicación en la Revista Jurídica Piélagus de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, ha sido producto intelectual de su autor o autores.

Los datos y referencias a materiales ya publicados, están debidamente identificados con su respectivo crédito, e incluido en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal. De igual forma, se deja constancia que no ha sido publicado, ni aceptado en otra revista.

Se adquiere el compromiso a no presentarlo en ninguna otra revista antes de conocer la decisión del Comité Editorial de Revista Jurídica Piélagus. Una vez recibida la evaluación y los comentarios de los árbitros, se corregirá el artículo y se remitirá de nuevo al Comité Editorial con la normatividad y presentación exigida para su publicación.

En caso de que el artículo sea publicado, se ceden los derechos de autor, con lo cual la Revista Jurídica Piélagus podrá publicar y difundir por cualquier medio este trabajo.

Para constancia de lo anteriormente expuesto, se suscribe esta declaración a los \_\_\_\_\_ días, del mes de \_\_\_\_\_, del año \_\_\_\_\_ en la ciudad de \_\_\_\_\_.

Nombre completo

Documento de identificación

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Institución donde Labora

Nacionalidad

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Correo electrónico

\_\_\_\_\_

# SUSCRIPCIÓN

## REVISTA JURÍDICA PIÉLAGUS UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

A.A. \_\_\_\_\_ - Teléfono: 8754753, Ext 1176  
<http://revistapielagus.com/>  
[pielagus@usco.edu.co](mailto:pielagus@usco.edu.co)

- Nombre/ Name: \_\_\_\_\_
- Documento de identidad/ Identification Document: \_\_\_\_\_
- Dirección/Address: \_\_\_\_\_ Ciudad/City: \_\_\_\_\_
- Teléfono/ Phone: \_\_\_\_\_
- Departamento/Departament: \_\_\_\_\_
- País Country : \_\_\_\_\_ Email: \_\_\_\_\_
- Profesión/ Profesión : \_\_\_\_\_
- Institución/ Employer: \_\_\_\_\_
- Dirección de Envío/ Mailing Address: \_\_\_\_\_
  
- último ejemplar recibido/ last issue mailed \_\_\_\_\_
- Año/ Year- \_\_\_\_\_ Volumen \_\_\_\_\_ - Número \_\_\_\_\_ - Fecha de Envío/Mailing Date \_\_\_\_\_

Revista Jurídica Piélagus

