



# Revista Jurídica Derecho

Universidad Mayor de San Andrés

Carrera de Derecho



ISSN: 2413-2810



"Otro Colectivo - Artistas Grupo Aníaco"

[revistajuridicaderecho@gmail.com](mailto:revistajuridicaderecho@gmail.com)

## Instituto de Investigaciones y Seminarios

Revista Jurídica Instituto de Investigaciones y Seminarios	La Paz Bolivia	Volumen 2	Nº 3	Revista Jurídica Derecho UMSA	Julio Diciembre	2015	ISSN 2413-2810	Páginas 1- 150	Ejemplares 500
---	-------------------	--------------	------	-------------------------------------	--------------------	------	-------------------	-------------------	-------------------



Instituto de Investigaciones y Seminarios

**REVISTA JURÍDICA DERECHO**  
**VOLUMEN 2 - Nº 3**

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA**

**REVISTA JURÍDICA DERECHO**

ISSN 2413 – 2810

ISBN: 978-99974-56-29-8

revistajuridicaderecho@gmail.com

**REVISTA JURÍDICA DERECHO**

Instituto de Investigaciones y Seminarios

UMSA - BOLIVIA

Deposito Legal: 4-1-80-16 P.O.

Periodicidad: semestral

Volumen 2

Revista Jurídica Derecho Nº 3

Julio – Diciembre 2015

Impresión y Diseño

INVENTA Publicidad e Impresos

Calle Otero de la Vega Nº 357

inventabolivia@gmail.com

La Paz – Bolivia

**Autoridades de la Carrera de Derecho**

M.Sc. Javier Tapia Gutiérrez

DIRECTOR DE CARRERA

M.Sc. Mauricio Ernesto Farfán Espinoza

DIRECTOR a.i. INSTITUTO DE

INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS

**DIRECCIÓN:**

BOLIVIA – LA PAZ

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN

ANDRÉS – UMSA

CARRERA DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y

SEMINARIOS

Calle Loayza (entre Obispo

Cárdenas y Juan de la Riva)

4to. Piso de la Carrera de Derecho

Teléfonos: 591 - 2 2204280

591 - 2 2204218

Interno 146

revistajuridicaderecho@gmail.com

Casilla de Correos: Nº 6042

Fax: 591 - 2 2357515.



## **UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS**

### **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS CARRERA DERECHO**

Revista Jurídica Derecho. Publicación del Instituto de Investigaciones y Seminarios ISSN: 2413 – 2810 / Vol. 2 N° 3. Julio – Diciembre de 2015 / Periodicidad: Semestral

**DIRECTOR: M.SC. JOSE JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ**  
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
javiertapia2002@yahoo.com.mx

**EDITOR: M.SC. MAURICIO ERNESTO FARFÁN ESPINOZA**  
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS CARRERA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
mauriciofarfan@gmail.com

**COORDINADOR: LIC. GUALBERTO TORRICO CANAVIRI**  
DOCENTE INVESTIGADOR INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS.  
DOCENTE DE LA CARRERA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y GESTIÓN PÚBLICA.  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
merlos2014@gmail.com

### **COMITÉ EDITORIAL**

**PHD. KAREN LONGARIC RODRÍGUEZ**  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
karenlongaric@gmail.com

**PHD. JORGE OMAR MOSTAJO BARRIOS**  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
jorgemostajo@gmail.com

**M.SC. MAURICIO ERNESTO FARFÁN ESPINOZA**  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
mauriciofarfan@gmail.com

## COMITÉ CIENTÍFICO

M.SC. JAVIER QUENTA FERNÁNDEZ  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
javiquen@hotmail.com

M.SC. ISRAEL RAMIRO CAMPERO MÉNDEZ  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
arescamp99@yahoo.com

M.SC. OSMAR SOTOMAYOR TERCEROS  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
luisosmarsotomayor@yahoo.es

M.SC. KARINA INGRID MEDINACELI DIAZ  
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
karina.medinaceli@gmail.com

LIC. RAMIRO BUENO SAAVEDRA  
DOCENTE DE LA CARRERA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y GESTIÓN PÚBLICA.  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
khantus@yahoo.com

LIC. DIEGO MURILLO BERNARDIS  
DOCENTE DE LA CARRERA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y GESTIÓN PÚBLICA.  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
diemurber@yahoo.es

## **COMITÉ PARES INTERNACIONALES**

PHD. © OMAR HUERTAS DIAZ  
UNIVERSIDAD NACIONAL COLOMBIA - BOGOTÁ  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Edificio Manuel Ancizar 224 Oficina 1007  
Sede Bogotá, D.C.  
ohuertasd@unal.edu.co

PHD. © CAMILO ALBERTO BORRERO GARCÍA  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - BOGOTÁ  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Edificio Manuel Ancizar 224 Oficina 1007  
Sede Bogotá, D.C.

PHD. © CAROLINA RESTREPO MUNERA  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINO AMERICANA  
UNLAULA COLOMBIA – MEDELLÍN  
carolina.restrepomu@unaula.edu.co

## **COMITÉ DE REDACCIÓN**

LIC. GUALBERTO TORRICO CANAVIRI  
DOCENTE DE LA CARRERA DE CIENCIAS POLÍTICAS  
Y GESTIÓN PÚBLICA.  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
merlos2014@gmail.com

LIC. MIGUEL ANGEL ZAPATA REA  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS  
CARRERA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS UMSA  
zrmiguel301@gmail.com

## **TRADUCCIÓN**

LIC. ANNA ARAMAYO  
INGENIERA MEDIOAMBIENTAL  
UNIVERSIDAD POLITECNICA DE GDANSK - POLONIA  
Calle Nicolás Acosta esq. Boquerón  
ania.aramayo@gmail.com

## AUTORES:

M.Sc. Carlos Böhrh Irahola  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN  
ANDRÉS

Dra. Natalia Miranda Parra  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN  
ANDRÉS

Dra . Estenka Quintanilla López  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN  
ANDRÉS

M.SC. Rodrigo Aramayo Soliz  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN  
ANDRÉS

Dr. Félix Huanca Ayaviri  
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN  
ANDRÉS

CPHD. Marco Antonio Baldivieso Jinés  
UNIVERSIDAD MAYOR REAL Y  
PONTIFICIA SAN FRANCISCO XAVIER  
DE CHUQUISACA

PHD. Omar Huertas Díaz  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE  
COLOMBIA

MTRO. Edgar A. Carmona Arias  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL  
ESTADO DE MORELOS , MÉXICO

MTRA. Bárbara E. Orihuela Rosas  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL  
ESTADO DE MORELOS , MÉXICO

MTRA. Waldina Gómez Carmona  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL  
ESTADO DE MORELOS , MÉXICO

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el tribunal constitucional y el TIPNIS.

Los derechos de las familias como derechos fundamentales en la constitución boliviana y la necesidad de una garantía normativa efectiva.

Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

El Derecho al desarrollo en América Latina: reivindicación de un Derecho Legítimo de los pueblos.

Estudio del Derecho desde la economía.

Supremacía constitucional y primacía comunitaria, ¿convivencia o incompatibilidad?  
Análisis jurisprudencial y estudio de caso.

Sistema penal y hacinamiento carcelario análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas.

Análisis lingüístico y hermenéutico iuspolítico en la globalización.

Los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen el criterio del Instituto de Investigaciones y Seminarios ni de la Carrera de Derecho.

Los documentos de esta publicación no pueden ser reproducidos total ni parcialmente.

## Perfil de la Revista Jurídica Derecho

### MISIÓN

La Revista Jurídica Derecho del Instituto de Investigaciones y Seminarios, Carrera de Derecho – UMSA, promueve y difunde el conocimiento científico y la investigación en el ámbito social, jurídico, histórico, político a nivel nacional e internacional, con el fin de contribuir a la reflexión y análisis crítico de la realidad socio jurídica.

### MISSION

The Law Review of Law and Seminars Research Institute , School of Law - UMSA , promotes and disseminates scientific knowledge and research on the social, legal , historical, political, national and international level , in order to contribute to the reflection and critical analysis of the legal social reality.

### VISIÓN

La Revista Jurídica Derecho será reconocida a nivel Nacional e Internacional por su excelencia académica y su compromiso crítico en el ámbito jurídico-social buscando la investigación en sus artículos bajo un perfil reflexivo, analítico y con rigor académico, respondiendo en forma real al desarrollo de la ciencia jurídica.

### VIEW

Magazine Company Law will be recognized nationally and internationally for its academic excellence and critical engagement in the legal- social looking research in their articles under a reflective , analytical and academically rigorous profile , responding realistically to the development of legal science .



## Contenido

<b>Misión</b> .....	<b>7</b>
<b>Visión</b> .....	<b>7</b>
<b>Presentación</b> .....	<b>11</b>
<b>Editorial</b> .....	<b>13</b>
 <b>DERECHO PENAL</b>	
<b>Sistema penal y hacinamiento carcelario análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas</b> .....	<b>15</b>
<i>OMAR HUERTAS DÍAZ-COLOMBIA</i>	
 <b>DERECHO INTERNACIONAL</b>	
<b>Análisis lingüístico y hermenéutico iuspolítico en la globalización</b> .....	<b>25</b>
<i>WALDINA GÓMEZ CARMONA-MÉXICO</i>	
<i>BARBARA E. ORIHUELA ROSAS-MÉXICO</i>	
<i>EDGAR A. CARMONA ARIAS-MÉXICO</i>	
<b>Supremacía constitucional y primacía comunitaria, ¿Convivencia o incompatibilidad? Análisis jurisprudencial y estudio de caso</b> .....	<b>41</b>
<i>MARCO ANTONIO BALDIVIESO JINÉS-BOLIVIA</i>	
 <b>DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
<b>El Derecho al desarrollo en América Latina: reivindicación de un derecho legítimo de los pueblos</b> .....	<b>49</b>
<i>RODRIGO ARAMAYO SOLIZ</i>	
<b>El derechos a la consulta previa de los pueblos indígenas, el tribunal constitucional y el TIPNIS</b> .....	<b>59</b>
<i>CARLOS BÖHRT IRAHOLA</i>	
<b>Componentes Sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos</b> .....	<b>83</b>
<i>ESTENKA QUINTANILLA LÓPEZ</i>	
<b>Estudio del derecho desde la economía</b> .....	<b>97</b>
<i>FÉLIX HUANCA AYAVIRI</i>	
<b>Los Derechos de las familias como Derechos fundamentales en la Constitución Política de Estado y la necesidad de una garantía normativa efectiva</b> .....	<b>115</b>
<i>EMA NATALIA MIRANDA PARRA</i>	



## Presentación

El Instituto de Investigaciones de Derecho en este tercer número de la Revista Jurídica Derecho desarrolla y concentra la producción de nuevos autores, profesores e investigadores de las Universidades de Bogotá, de profesores mexicanos de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. También están los trabajos de ilustres doctores de la Universidad de Santiago de Compostela, España, Universidad Mayor Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca y Universidad Mayor de San Andrés, La Paz. Es un proceso que cualifica el conocimiento científico en las ciencias sociales en general y en la ciencia jurídica en particular. Además este esfuerzo institucional y académico amplía la visión y misión de la revista de un contexto nacional a un contexto internacional en cuestiones que afectan a los Estados. Busca la excelencia en la producción académica de los intelectuales y abre la posibilidad de que cada lector construya críticamente la verdad histórica de acuerdo a su saber y experiencia. Asimismo representa una mejora sustancial en la calidad de presentación, de forma y contenido.

De esa manera el contenido de este número comprende, entre otros, aspectos del Derecho Constitucional relacionados con el Estado Nacional y el Estado Plurinacional, lo que implica el replanteamiento de los enfoques y principios constitucionales así como la aplicación de técnicas jurídicas innovadoras y de jurisprudencia, que pueden permitir la emergencia de otras temáticas no tradicionales del derecho en el marco de la globalización como el derecho al desarrollo y el derecho de la integración. De esa manera se profundiza la filosofía crítica de la Revista y su línea editorial reflexiva y propositiva, así como las líneas de defensa del documento impreso y de su incorporación al mundo digital de las redes mundiales de internet, que ayudan a difundir, profundizar la discusión y construir conocimiento jurídico con intelectuales de otras latitudes. Bajo esa perspectiva la Revista está abierta a otros profesionales para incorporarse en este esfuerzo académico, como un referente en la producción intelectual desde la perspectiva jurídico-social.

**Javier José Tapia Gutiérrez**  
**DIRECTOR CARRERA DE DERECHO, UMSA**



## Editorial

En este número, la Revista Jurídica Derecho amplía su visión académica en la sistematización y la producción científica en la ciencia jurídica. Incorpora los trabajos de autores latinoamericanos y nacionales en temas del Derecho Penal, Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

Algunos artículos presentan resúmenes de avances de investigaciones y otros son el resultado de reflexiones, planteamientos e hipótesis sobre temas estructurales y de coyuntura en el ámbito socio jurídico. Presentan ideas innovadoras en los enfoques conceptuales y la metodología jurídica, que permiten vislumbrar nuevas opciones de análisis y de propuestas.

Omar Huertas, en el *Sistema penal y hacinamiento carcelario. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones Colombianas*, analiza dos sentencias de la Corte Constitucional y la situación carcelaria. Caracteriza la vulneración a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y el estado de cosas constitucionales en Colombia. Muestra que actualmente se vulnera más la dignidad de la persona.

En el *Análisis lingüístico y hermenéutico iuspolítico en la globalización*, Edgar A. Carmona, Bárbara E. Orihuela y Waldina Gómez, desde la concepción hermenéutica (Gadamer), analizan el dominio del capital financiero en el mundo. Desde la perspectiva biofísica concluyen que el garantismo de Ferrajoli es la respuesta a los problemas generados por la globalización.

Marco A. Baldivieso en *Supremacía constitucional y primacía comunitaria, ¿convivencia o incompatibilidad? Análisis jurisprudencial y estudio de caso*, desde una perspectiva jurídico-constitucional, la jurisprudencia del sistema jurídico estadual y supranacional debate los efectos de la integración supranacional en la Constitución, la afectación de valores, principios que caracterizan al Estado Constitucional y los efectos de las resoluciones de Tribunales y Cortes. Concluye que es posible respetar los linderos competenciales y lograr una convivencia en función del principio de colaboración judicial.

Rodrigo Aramayo en su ensayo *El derecho al desarrollo en América Latina: reivindicación de un derecho legítimo de los pueblos*, describe los factores que dificultan el cumplimiento y consolidación del derecho de los pueblos a tener una vida digna, en igualdad de oportunidades.

Carlos Böhr, en *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS*, examina la obligación del Estado boliviano de consultar a los pueblos indígenas en cuestiones legislativas o administrativas, en planes, programas y proyectos de desarrollo que involucre a su territorio o autorice programas de prospección o explotación de recursos en sus tierras. Böhr resalta los efectos de constitucionalidad/inconstitucionalidad de la consulta en el caso del TIPNIS. Analiza el tipo de control de constitucionalidad, condicionado y diferido, y los débiles fundamentos del “máximo intérprete de la Constitución” boliviana.

En *Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos*, Estenka Quintanilla explora la consulta previa, como dispositivo en la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

Félix Huanca en el *Estudio del derecho desde la economía*, emprende un novedoso análisis del derecho desde el formalismo legal con categorías de la ciencia económica, que según el autor permitía lograr soluciones eficientes en los litigios.

En *Los derechos de las familias como derechos fundamentales en la constitución boliviana y la necesidad de una garantía normativa efectiva* Natalia Miranda plantea que el avance del derecho familiar debe estar vinculado necesariamente a la problemática social, es decir a los hechos sociales que quiebran el orden y la armonía social, afectan el núcleo de la sociedad, la familia y a la colectividad.

**Mauricio Ernesto Farfán Espinoza**

**DIRECTOR INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS**

# SISTEMA PENAL Y HACINAMIENTO CARCELARIO

## Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas\*

Omar Huertas Díaz\*\*

Presentado: Diciembre 8 de 2015 • Aceptado: Diciembre 22 de 2015

### Resumen

Es evidente la trasgresión a derechos fundamentales que existe en contra de las personas privadas de la libertad en Colombia, tras las dos sentencias emanadas por la Corte Constitucional, en dónde se declaró Estado de cosas inconstitucionales (Sentencias T- 153 de 1998 y T- 388 de 2013) se vislumbró de mejor manera la situación carcelaria. Lo que se pretendió hacer con el presente artículo fue darle una re significación al término cárcel, y seguido a ello describir los aspectos más importantes de dichas sentencias para concluir en el estado de cosas constitucionales y la clara vulneración a los derechos fundamentales de los internos.

### Palabras Clave

Cárcel, Interno, Estado de Cosas Inconstitucionales, Derechos fundamentales.

## Penal system and prison overcrowding

15

### Abstract

The violation of fundamental rights that exist against persons deprived of liberty in Colombia, after the two judgments issued by the Constitutional Court, where declared unconstitutional state of things (Judgments T 153 and T 388 1998 Clearly 2013) loomed better prison conditions. What was intended to do with this article was to give meaning to the term re prison, and followed it to describe the most important aspects of such statements to conclude the constitutional status of things and obvious violation of the fundamental rights of inmates.

### Key Words

Jail, inmate, unconstitutional state of affairs, Fundamental Rights.

\* Artículo de investigación resultado Investigación del Grupo de Investigación "Escuela de Derecho Penal **NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN**" de la Universidad Nacional de Colombia, Código COL0078909, Reconocido y Clasificado en categoría **D** COLCIENCIAS.

\*\* Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, PhD © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

## 1. Introducción

Dentro de los postulados de un Estado Social de Derecho, se encuentra la protección de los derechos fundamentales de todos los habitantes del suelo Colombiano, sobre todo de las personas que tienen ese carácter de especial por sus condiciones, sociales, de género, de encontrarse privadas de la libertad. En este punto nos enfocaremos en las personas privadas de la libertad, las cuales como se demostrará a lo largo de este escrito se encuentran en situaciones inhumanas y degradantes.

Las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales en Colombia traen consigo diferentes situaciones que deben ser atendidas por nuestro Estado, y que deben garantizar que se disminuyan y erradiquen esas violaciones a derechos no solo fundamentales sino humanos.

Para la elaboración del presente artículo, se hizo un estudio con respecto al termino cárcel, y se va mostrando como así en la actualidad no se persigan los fines de hace unos años atrás, se vulneran de manera atroz los derechos fundamentales que se supone se encuentran plasmados y reconocidos en nuestra constitución política, de hecho pude decirse que hay más vulneraciones contra la dignidad de la persona hoy que cuando se hablaba de cárceles inhumanas y degradantes. Ya luego se estudiarán las sentencias y el por qué se dio ese estado de cosas inconstitucionales, siguiendo por un estudio a los derechos fundamentales de los internos y se termina sosteniendo que para la mejoría de este estado debe mirarse la postura del legislador y de las penas privativas de la libertad.

## 2. El Origen de la prisión

La postura que más se tiene en cuenta con respecto a este hecho histórico consiste en afirmar que la filosofía humanista del liberalismo clásico, por medio de sus diferentes manifestaciones políticas, jurídicas

y religiosas, estableció que se descartarían las violentas sanciones penales que hasta entonces se utilizaban, y que en cambio se aplicaría la prisión; e incluso mencionan reiteradamente determinados autores como artífices de esa transformación. (Sandoval, 1988)

Así, por ejemplo, de Neuman, asevera, que “la ideología del individualismo liberal”, representada por Beccaria, Howard, Marat y Bentham, busca “una penalidad más justa y un tratamiento más humano en la ejecución”, que se concreta en la institucionalización de la privación de la libertad como pena. Y hasta llega a afirmar que en épocas precedentes no se afectaba la libertad de los sentenciados, por cuanto al hombre aún no se le había reconocido dicho interés jurídico: “El reconocimiento jurídico-social de la libertad permitiría recién, en sentido estricto, habar de la sanción penal que la restringe o limita. En la ineludible voluntad del pater familias, del señor feudal, o en el periodo del despotismo ilustrado, el juego de los valores humanos no existe, o permanece ahogado como fruto de una organización basada en la fuerza y el privilegio de las clases” (Sandoval, 1988 pp. 242)

Por su lado, Cuello Calón, establece que “la influencia de las ideas de la enciclopedia determinaron en Francia, apenas triunfante la revolución, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que tuvo honda resonancia en el campo punitivo y preparó la reforma penal que cristalizó en el código penal de 1971.” (Cuello, 1974 Pp. 119)

También, García Basalo, sostiene que “la reforma del derecho penal produce la limitación y aun la abolición de la pena capital y de las penas corporales. La privación de la libertad se convierte entonces en una verdadera pena. La prisión aparece entonces como medio indispensable para su cumplimiento” (García, 1970. pp. 16).

1 Neuman, E. (1971) Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios, Buenos Aires, PP 83

La jurista y criminóloga alemana Hilde Kaufman (1977), quien ha tenido bastante reconocimiento sobre todo en Latinoamérica a partir de su vinculación al trabajo criminológico en Argentina, concurre al humanismo como explicación de la prisión; y lo sitúa en el ámbito religioso, sosteniendo que: “La introducción de la pena privativa de libertad fue el producto del desarrollo de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano. Esta evolución condujo precisamente a la adopción de reglamentos carcelarios, que sorprenden por su humanidad y cuya lectura todavía hoy impresiona, cuyo primer exponente es del año 1595 y ya aseguraba buen tratamiento y muchos derechos a los presidiarios. Más tarde, tales reglamentos fueron ampliamente aceptados en Europa. Otra vez aquí la humanización de la pena formó parte de la consolidación del poder público”. (Sandoval, 1988 pp. 242)

Luego, en el año de 1776 el inglés John Howard publicó su obra el estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, este libro fue producido de acuerdo a las visitas que realizó a los establecimientos correccionales entonces existentes (Recuérdese que la prisión, con sus características actuales, apareció en el código criminal francés de 1791) y propios de una fase histórica anterior. Toda la obra de este autor, se puede decir que no es sino una conmovedora y desgarrante denuncia sobre las inhumanas condiciones de vida en que subsistían las personas privadas de libertad. (Sandoval, 1988)

Así mismo, Jeremías Bentham publicó su obra tratado de legislación civil y penal en 1802. A este autor se le concede una de las instituciones que con posterioridad fue adoptada (el panóptico), pero de ninguna manera el nacimiento de las penas privativas de la libertad. (Sandoval, 1988)

Ahora, Cesare de Beccaria, y su libro de los delitos y de las penas apareció en 1764. Y,

sin embargo, en su respecto concurren los mayores elogios por la humanización de las sanciones penales a través de la prisión. Recordemos, ante todo, que para el noble italiano la privación de la libertad antes que una sanción es una medida de precaución procedimental: “La cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo”. Pero además, “es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”. (Sandoval, 1988 pp. 243)

Por su lado Foucault se encuentra dentro del momento histórico inmediatamente anterior al código criminal francés de 1791, manifiesta que según las ideas entonces predominantes “El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga; y para aquel que piensa en el crimen, la sola idea de acto punible despertará el signo punitivo (...) Se ha desterrado la idea de una pena uniforme, únicamente modulada según la gravedad de la falta. Más precisamente: la utilización de la prisión como forma general de castigo jamás se presenta en estos proyectos de penas, específicas, visibles y parlantes. Sin duda, está prevista la prisión, pero como una pena más; es entonces el castigo específico de ciertos delitos, los que atentan a la libertad de los individuos o los que resultan del abuso de la libertad. También está prevista como condición para que determinadas penas puedan ser ejecutadas (el trabajo forzado, por ejemplo). Pero no cubre todo el campo de la penalidad con su duración como único principio de variación.” (Sandoval, 1988 pp. 243)

Ahora bien, existen ciertas teorías recientes que tratan de explicar el origen de la prisión, para el presente artículo se enfocará en los aportes hechos por Michel Foucault y Fernando Rojas. Para el primero de ellos, aunque la sanción privativa de libertad se institucionaliza cuando la ideología liberal clásica es impuesta desde el poder, los

principios sobre los cuales habría de erigirse aparecieron y se desarrollaron previamente en ámbitos distintos del judicial: “La formación preexiste a su utilización sistemática en las leyes penales. Se ha constituido en el exterior del aparato judicial cuando se elaboraron, a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir a los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos, obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de notaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza. La forma general de un equipo para volver a los individuos dóciles y útiles, por un trabajo preciso sobre su cuerpo, ha diseñado la institución-prisión, antes que la ley la definiera como la pena por excelencia.” (Sandoval, 1988 pp. 245)

Fernando Rojas avanza en sentido similar al sugerido por Foucault, en efecto, en torno al tema advierte en primer lugar, que la institucionalización de la prisión no fue el único hecho en materia punitiva derivado de la organización económica y política que implanto la burguesía: “El avance y modificación del modo de producción capitalista determinaron principalmente tres modificaciones aparentes en la forma de penalización: 1. Apareció la justicia general y el juez neutral y se los justifico por razón de la nueva igualdad de los hombres ante la ley y la consiguiente eliminación de leyes particulares y procedimientos privilegiados. 2. Se generalizó la pena privativa de libertad y desaparecieron todas las sanciones que martirizaban el cuerpo o que remitían al ostracismo del exilio. 3. La intervención de los científicos de la personalidad en el examen judicial del delincuente y en su tratamiento carcelario, legitimada bajo el doble pretexto de la anormalidad del criminal y el saneamiento como objetivo de la sanción”. Y en relación a la elección de la

pena privativa de libertad como principal sanción, y el consiguiente abandono de otras formas punitivas que suponían la supresión de la vida o la afectación del cuerpo del sentenciado, Rojas observa que ello obedeció, primordialmente, a “la necesidad de disimular el control coactivo (superestructural) del proletariado dentro del modo de producción capitalista” (Sandoval, 1988 pp. 245)

### 3. Cárceles en Colombia. Aportes de la Corte Constitucional

En el código penal Colombiano, ley 599 de 2000, se encuentra el artículo cuarto, en dónde se establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Sentencia C-806/2002 sostiene que atendiendo a la finalidad de la pena, la Corte ha defendido que, la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se satisface en el momento en que se establece la sanción legislativamente hablando, la cual se exterioriza como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de acuerdo con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. Ha considerado también que “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital”. (Sentencia C-806 de 2002)

También sostiene esta sentencia que las finalidades de la pena deben cumplir una

función de prevención especial positiva; que hace referencia a que se debe buscar la resocialización del condenado, claramente, respetando su autonomía y dignidad, ya que el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.

Y dice además que, la función preventiva especial de la pena se concibe en los mecanismos sustitutivos de la pena que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, pueden ser realizados por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”. (Sentencia C-806 de 2002).

Así las cosas, se puede entender que el derecho penal, en relación a los fines de la pena, y como sistema de control social, asume como finalidad en Colombia la prevención general del delito, la prevención especial, la reinserción social del delincuente y la protección del mismo; que se expidió la ley 65 de 1993 para lograr cumplir con estos fines. En los últimos años se han dictado diferentes reglamentación para el cumplimiento de estos fines, tales como los decretos 4150 y 4151 de 2011, teniendo en cuenta la ley 1444 de 2011 por medio del cual se escindió el Ministerio del Interior y de Justicia, se creó el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dispuso de otros ministerios. En este marco normativo, se creó la Unidad Administrativa Especial denominada Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -SPC- adscrita al ministerio de Justicia y del Derecho, con autonomía administrativa y financiera, cuyo objeto es el de ser el ente que gestione y suministre bienes y servicios necesarios, también sobre aspectos de la infraestructura y brinde apoyo tanto logístico como administrativo para el funcionamiento del “servicios penitenciarios y carcelarios”

que se encuentran a cargo del INPEC. Así mismo, se modifica la estructura del INPEC.

Pero, la realidad de las cárceles y penitenciarias colombianas se reflejan la ineficacia e incumplimiento de lo ordenado a través de estas leyes. Ya desde el año 1992, a través de la ponencia que hiciera el Magistrado de la Corte Constitucional Ciro Angarita Barón en la sentencia T 596 del mismo año, se empezaba a entrever la problemática de derechos fundamentales que vivían aquellas personas que se encontraban recluidas en las prisiones colombianas, pues se encontraban en condiciones inhumanas y de tratos crueles por no tener las condiciones sanitarias y de higiene que les permitieran una vida digna como reclusos del penal de “Peñas Blancas” en el municipio de Quindío. Pero fue solo hasta el año 1998, por consecuencias que se veían venir desde el año 1995, cuando este tribunal constitucional fijo sus ojos sobre las condiciones en que se estaban recluyendo a las personas privadas de la libertad en Colombia. Fue así como, a través de la sentencia T 153 de 1998, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, esa Corporación decidió declarar el estado de cosas inconstitucionales, por las frecuentes violaciones a los derechos fundamentales de las personas que se encontraban recluidas en las cárceles y penitenciarias en Colombia.

En ese momento tomó dicha decisión teniendo en cuenta la problemática que se presentaba para ese momento. Un hacinamiento en las prisiones de más del 40%, que conllevaba a que existieran más reclusos que cupos para ellos dentro de las prisiones colombianas. Al respecto del hacinamiento dijo:

Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgüeño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los

reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías. En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos, etc. (C. Const., 1998. T 153)

En esta sentencia T 153, la Corte ordenó a organismos y entidades del estado tomar las medidas necesarias tendientes a la superación de este estado de cosas inconstitucionales, en plazos que variaban de los tres meses a los cuatro años, dependiendo de las necesidades a suplir.

Sin embargo, la problemática ha continuado, para el año 2013, según cifras del INPEC, en cárceles y penitenciarias a su cargo existen más de 115.781 reclusos, entre personas condenadas y aquellas a las cuales se les está siguiendo una investigación y proceso penal, y se encuentran cobijadas por medidas de aseguramiento legalmente impuesta por un juez de control de garantías, y solo existen cupos para reclusos en dichos establecimientos en un número de 75.726; cuyo cruce da un resultado del 52,9% de hacinamiento. Estos datos fueron suministrados a través de la página web del INPEC, con fecha de actualización al 28 de febrero de 2013.

La Sentencia T-388 de 2013 declara el Estado de cosas Inconstitucionales del sistema carcelario colombiano, sustentando que el

tema de hacinamiento trae consigo diversos problemas, entre ellos la violencia; esa sobrepoblación carcelaria lleva a la escasez de los bienes y servicios más básicos al interior de las cárceles, como un lugar para dormir. Esto conlleva a que la corrupción y la necesidad forjen un mercado ilegal, alterno, en el cual se negocian esos bienes básicos escasos que el Estado debería garantizar a una persona, especialmente por el hecho de estar privada de la libertad bajo su control y sujeción.

Tanto como los estudiosos académicos como los medios de comunicación social, ha expuesto como las personas recluidas en penitenciarias y cárceles tienen que pagar por todo. Lograr obtener un lugar en un pasillo tiene sus costos; conseguir una celda es casi que imposible, sobre todo por su altísimo valor. Con ello se reconoce la gravedad de la crisis carcelaria y de su impacto sobre la dignidad humana y los derechos humanos. Ha sido calificada, entre otros términos, de “insostenible”.

Así mismo, esas condiciones de hacinamiento y deterioro con respecto a las infraestructuras penitenciarias y carcelarias y la falta de servicios que se presentan en cada establecimiento, traen la posibilidad de que se den tratos crueles, inhumanos e indignos y que estos aumenten a medida que pasa el tiempo. La deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad. Por ejemplo, las personas que son sancionadas dentro de los establecimientos de reclusión, en ocasiones, son sometidas a condiciones inhumanas e indignantes. Así lo constató la Procuraduría en la Cárcel de Medellín, tal como fue reportado por la Prensa: “En Bellavista se pudo observar que estas celdas tienen una proporción de 2

metros de ancho por 8 de largo denominada el ‘rastrillo’, sin unidad sanitaria ni ducha, ni colchones. Allí encierran a los reclusos que son castigados por convivencia, y que al pasar a esta celda pierden todas sus pertenencias; ropa, colchones, y cualquier otro bien que pudieran poseer. Para el 11 de diciembre se encontraban 15 reclusos quienes manifestaron estar allí desde hace un mes sin recibir sol y hacer sus necesidades fisiológicas en un tarro; sólo los sacan a las duchas en horas de la tarde cuando todo el personal se encuentra encerrado en los pasillos. Su palidez es evidente.” El deterioro de los establecimientos carcelarios y penitenciarios en uno de los problemas estructurales que, sumado al hacinamiento, generan patéticas condiciones de existencia, a las cuales son sometidas las personas reclusas en prisión. Por ello hay voces que reclaman la destrucción de cárceles obsoletas e irrespetuosas de la dignidad humana por definición, como sería el caso de la cárcel Modelo. (Sentencia T-388 de 2013).

A esa violencia se le suma también la grave y sistemática violación al derecho a la salud. Ese estado de salud personal, que de hecho ya se ve amenazado por la reclusión, está expuesto a graves riesgos cuando, además, existen condiciones insalubres, sin higiene y con la posibilidad de sufrir agresiones a la integridad física y mental. La falta de protección a grupos especiales de la población como las mujeres, los hijos de mujeres en prisión o las personas extranjeras, también son un mal que afecta a la región latinoamericana. Los derechos de estos grupos diferenciales suelen ser desatendidos ante la falta de recursos y la incapacidad de atender, al menos, al grueso de la población. Las situaciones descritas a nivel regional guardan clara relación con los hechos que ocurren en varias cárceles de Colombia. (Sentencia T-388 de 2013).

Del mismo modo, se encontró que así el derecho al trabajo tenga ciertas limitaciones a las personas privadas de la libertad, no

es un derecho que pueda desaparecer. Sus ámbitos de protección no pueden ser ignorados por completo. El Sistema penitenciario y carcelario está obligado a garantizar el goce efectivo del derecho a realizar trabajos y oficios. En el caso de las personas privadas de la libertad, los ámbitos de protección del derecho al trabajo que se conservan son de vital importancia. Además de existir las razones que toda persona tienen en libertad para trabajar, en la cárcel surgen razones adicionales. La necesidad de ocupar la mente y el cuerpo en alguna actividad de aquellas permitidas, por sanidad mental. Acceder a los beneficios de libertad a da lugar. La posibilidad de aprender un nuevo oficio, y, eventualmente, algún tipo de remuneración, con el bienestar material que en una cárcel puede representar, en especial dado el estado de cosas actual. (Sentencia T-388 de 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la Corte Constitucional declaró que el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional, por las siguientes razones:

- Los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada.
- Las obligaciones de respeto, protección y garantía, derivadas de tales derechos, han sido incumplidas de forma prolongada.
- El Sistema ha institucionalizado prácticas claramente inconstitucionales, dentro de su funcionamiento cotidiano.
- Hay una ausencia notoria de medidas legislativas, administrativas y presupuestales que se requieren con urgencia.
- La solución de los problemas estructurales compromete la intervención de varias entidades, que deben realizar acciones complejas y coordinadas.

- Si todas las personas privadas de la libertad que se ven enfrentadas al mismo estado de cosas presentaran acciones de tutela (u otros mecanismos de defensa de sus derechos), tal como lo hicieron los accionantes de las tutelas acumuladas en esta oportunidad, el sistema judicial se congestionaría aún más de lo que está ocurriendo. (Sentencia T-388 de 2013).

### 3. Cárceles y Derechos Fundamentales

Si bien es cierto, existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico y dentro del marco del Estado social de Derecho al que pertenecemos una protección a las personas privadas de la libertad, tanto así que desde el año de 1992, la sentencia T-596, reconoció que los derechos fundamentales de los reclusos se ven limitados en atención a la condición que tienen, pero que esta limitación debe ser la mínima posible, porque el hecho de ser persona sujeta de derechos, hace que los disfrute, y de no ser así, los haga exigibles a través de los mecanismos que la Constitución y la ley tare para esta misión.

Dentro de esta sentencia se afirmó que:

La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud. (C. Const. T 596)

Del mismo modo, el interno cuenta con derechos y garantías que pueden limitarse, haciéndose énfasis con los derechos a la vida en su estricto sentido y una vida en condiciones de dignidad, integridad personal, a la salud, a no ser sometido a penas

inhumanas o degradantes, a la información, al debido proceso administrativo y judicial, etc., y de la misma manera tiene derecho a utilizar los mecanismos de protección, que no solo por su condición se refiere a la acción de tutela, sino a las acciones administrativas tendientes a garantizar estos derechos. Así se ha referido la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, a saber: T 881 del 2002 sobre la sujeción especial del recluso frente al Estado; T 1084 de 2005, T 317 de 2006, T 693 de 2007, T 714 de 1996, T 690 de 2010 sobre los derechos fundamentales de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

La jurisprudencia Constitucional ha señalado los puntos de protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia, de la siguiente manera:

- Reconoce al prisionero como sujeto de derechos y de especial protección dada su especial sujeción con el Estado (C. Const., 2002, T 881).
- Sostiene que los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos o limitados por ser intrínsecos de la persona y por tener una relación inescindible con el principio de dignidad humana, y que no por estar en una prisión, se deja de ser persona.
- A través de la declaración del estado de cosas inconstitucionales, la Corte ha dado órdenes y tiempos perentorios para que el Estado, por intermedio del poder ejecutivo, supere este estado y reivindique los derechos fundamentales de los reclusos.
- La limitación o suspensión de derechos fundamentales es ilegítima.
- Los reclusos deben tener condiciones mínimas de vida digna y atención, las cuales son concordantes con la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.
- Ha mencionado que el hacinamiento

carcelario impide el cumplimiento de los fines de la pena tales como la resocialización y protección del delincuente (C. Const., 1998, T 153).

Finalmente, es una realidad existente que en las cárceles Colombianas hay una fuerte vulneración a Derechos fundamentales, y que las salidas que le quedan al país para poder sobrellevar este problema son pocas. Una de las posibilidades que se pretenden plantear en este artículo va relacionada con la mejoría de las políticas criminales y carcelarias, y que se ajusten a las garantías que los internos poseen con respecto a sus derechos fundamentales, básicamente la idea es crear sobre las bases propias de un estado democrático y de participación, políticas públicas que sean concordantes con criterios de razonabilidad y proporcionalidad para la fijación de las penas. Es así que se le solicita al legislador que se creen normas en las cuales pueda prescindirse de un modelo penal, que ha creado un delito y le ha otorgado una pena, que al ser contrastada con los resultados que se esperaba obtener (disminución del delito o el control social esperado) en la realidad, no se obtuvieron.

#### 4. Conclusiones

- Existen vulneraciones a Derechos fundamentales dentro de las instituciones carcelarias y penitenciarias en contra de las personas privadas de la libertad, es claro que el Estado ha dejado de lado esas garantías que todos como personas merecemos.
- La corte Constitucional preocupada por tan evidente despojo por los derechos fundamentales, plantea el estado de cosas inconstitucionales en las Cárceles colombianas, esperando que con este se les otorguen más garantías a los internos, pero en la actualidad y en la realidad la situación no ha mejorado de a mucho, aún siguen transgrediéndose dichos derechos.
- Por ahora se cree que la solución se encuentra en cabeza del legislador, y

se le da la opción de crear normas en donde se prescinda del derecho penal para determinadas conductas y con ello se bajen los índices de hacinamiento y por ende de violencia, vulneraciones a derechos fundamentales.

#### Bibliografía

BECCARIA, C. (1764) de los delitos y de las penas. Madrid, Barcelona.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998: Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-806 de 2002: Magistrado Ponente. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-596 de 1999: Magistrado Ponente. Dr. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-596 de 1992: Magistrado Ponente. Dr. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-881 de 2002: Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Montealegre.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2013: Magistrado Ponente. Dra. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. Presidente de la República de Colombia. Decreto 2758 de 1991, por el cual se reglamentan los establecimientos carcelarios para el cumplimiento de la detención preventiva y la aplicación de la pena en caso de delitos culposos cometidos en accidente de tránsito. 12 de diciembre de 1991.

CUELLO, E. (1974) La moderna penología. México: Editorial Bosch S.A.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2006). Derechos de las personas privadas de la libertad. Manual para su vigilancia. Bogotá. Nueva Legislación Ltda.

GARCÍA, C. (1970). Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria. Buenos Aires-Argentina.

GIRARLDO, A. (2.000) Políticas de resocialización en las cárceles Colombianas: la cárcel Modelo y la colonia penal de Oriente. Bogotá: Uniandes.

GOMEZ, X (1989). Reestructuración al sistema carcelario actual colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

GUDIN, F. (2007). Cárcel Electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch.

HERNANDEZ, C (1998). Evolución histórica de la crisis del sistema carcelario colombiano Bogotá: Uniandes.

HERNÁNDEZ, J. (1999) Modelo de simulación de la crisis que enfrenta el Sistema Carcelario y Penitenciario Colombiano. Bogotá: Uniandes.

KAUFMAN, H. (1977) Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social. Madrid.

SANDOVAL, E. (1988) La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania federal. Bogotá: Editorial Temis.

# Análisis lingüístico y hermenéutico iuspolítico en la globalización\*

*Edgar A. Carmona Arias\*\**  
*Barbara E. Orihuela Rosas\*\*\**  
*Waldina Gómez Carmona\*\*\*\**

Presentado: Diciembre 8 de 2015 • Aceptado: Diciembre 21 de 2015

## Resumen

En la globalización que es el dominio del capital financiero en todos los ámbitos mundiales, con un gran desequilibrio socioeconómico y del medio ambiente, hermenéuticamente se aprecia un gran cansancio ciudadano que diversos pensadores critican desde la filosofía del lenguaje, por nuestra parte consideramos que la biosofía es una respuesta idónea.

**Palabras clave:** globalización, hermenéutica, cansancio ciudadano, lingüística, biosofía.

## Linguistic analysis and political hermeneutics in globalization

25

### Abstract

Globalization, which is the domain of worldwide financial capitals with significant socioeconomic and environmental imbalances, allow us to state that from a hermeneutical point of view, there is weariness on the part of citizens, effect that many thinkers criticize from a philosophy of language point of view, so we consider that biosophy is a suitable response.

### Keywords:

Globalization, hermeneutics, weariness, citizen, linguistics, biosophy

\* Este artículo es resultado de las investigaciones realizadas como Docente Investigador y dentro el proyecto "Publicaciones IIS – Derecho de la UMSA.  
\*\* Abogado, Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y becario de Doctorado en Derecho y Globalización de Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) del CONACYT en la misma Universidad. E-Mail: [edgar.carmonaari@uaem.edu.mx](mailto:edgar.carmonaari@uaem.edu.mx)  
\*\*\* Abogada, Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y becario de Doctorado en Derecho y Globalización de Programa Nacional de Posgrado de Calidad (PNPC) del CONACYT en la misma Universidad. E-Mail: [bonafidesbeor@gmail.com](mailto:bonafidesbeor@gmail.com)  
\*\*\*\* Abogada y profesora Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Público Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo Universidad Libre. E-mail: [waldi\\_go037@hotmail.com](mailto:waldi_go037@hotmail.com)

## 1. Introducción

La filosofía analítica toma su nombre del análisis conceptual y, sobre todo, del análisis lingüístico. Esta corriente enfoca los problemas básicamente a partir del lenguaje, y usa la lógica o la semiótica con el fin de resolverlos, elucidarlos o disolverlos. Ya Moore decía practicar el análisis conceptual, pero de hecho dentro de él practicaba también el análisis lingüístico. Los campos clásicos de éste son el literario, jurídico y teológico. Empezamos criticando el reduccionismo que hace de la hermenéutica jurídica tan solo jurisprudencia, cuando demostraremos que es mucho más que sólo eso, como es también argumentación, comprensión, significación, enviar un mensaje con sentido a la sociedad por medio de las sentencias o señalar fallas, vicios, contradicciones o falacias jurídicas.

Estamos de acuerdo con Gadamer que hoy difícilmente se encontrará a quien sea partidario de Hans Kelsen, y con la visión de su teoría “pura” del derecho, cómplice idóneo del nazismo y del estalinismo, que no admitía valores pues el derecho era solamente “lo que el Estado promulgaba respetando los procedimientos establecidos”; en 1945 Gustav Radbruch se reveló en contra de este iuspositivismo con la máxima “el derecho extremadamente injusto no es derecho”. Posteriormente el discípulo de Norberto Bobbio el florentino Luigi Ferrajoli, sostendría desde la posición iuspolítica del garantismo que genéticamente el derecho surge de la filosofía política, así la Constitución norteamericana es obra de la filosofía política de los llamados “padres fundadores”, la Constitución mexicana de 1917 de la filosofía política de los revolucionarios de 1910 y así podríamos escribir muchos ejemplos. Aquí advertimos la carencia de una posición ambientalista que nosotros consideramos que la acertada es la biosófica, en la cual el centro gira alrededor de todo ser viviente, por oposición al homocentrismo y ecologismo.

## 2. ¿Una única respuesta correcta?

### 2.1 Ronald Dworkin (1931-2013) estadounidense

Estudió derecho en Harvard y filosofía en Oxford. Fue un filósofo del derecho y catedrático en lo particular del derecho constitucional. Su teoría del derecho es una de las reflexiones contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho. Según *The Journal of Legal Studies* de la Universidad de Chicago, fue el segundo autor estadounidense del siglo XX más citado en el campo del Derecho, siendo posiblemente el *Chief Justice* John Marshall (1755-1835) el más citado en la historia por la famosa sentencia *Marbury versus Madison* (1803) sobre control de constitucionalidad.

De acuerdo con Dworkin, todos los casos posibles cuentan con una única respuesta correcta (“one right answer”): la teoría jurídica debe suministrar una explicación y una justificación coherentes a todo el orden legal, y ello exige ofrecer una respuesta a todos los casos que puedan surgir. El orden jurídico no tiene lagunas ni antinomias.<sup>1</sup> Otra conocida idea de Dworkin es la visión “narrativa” de la interpretación legal. Como en una novela a cuatro manos, en la que cada autor toma la narración donde el otro la dejó, los jueces han de aplicar el derecho en un momento dado tomando los antecedentes como son, apoyándose en las soluciones encontradas anteriormente, y a partir de éstas, de forma coherente, elaborando nuevas respuestas. Es la idea del derecho como integridad y continuidad.

La filosofía jurídica de Dworkin se basa en la existencia de derechos individuales, concebidos como “triumfos frente a la mayoría”. Los derechos morales de las personas prevalecen sobre los fines colectivos. Las políticas del gobierno sólo son legítimas en cuanto respetan los derechos. En sus últimas intervenciones, y en su obra

1 Dworkin Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, N. J., 1999, p. 32.

*Is Democracy Possible Here?*, Dworkin criticó la *Patriot Act* y las medidas antiterroristas del gobierno de G. W. Bush, que entendía chocaban con la Constitución y con la tradición política de EEUU; rechazó que los derechos individuales debieran subordinarse a la seguridad nacional, y mostró preocupación por las escasas reacciones que la legislación antiterrorista venía provocando en la opinión pública.<sup>2</sup>

Con su muerte reciente perdimos a un gran jurisconsulto universal.

### 3. El giro lingüístico

#### 3.1 Richard Rorty (1931-2007) Estadounidense

Escribió *La filosofía y el espejo de la naturaleza*(1979) y *El giro lingüístico* (1967). Es en estas obras en donde confirma el valor supremo de la metáfora<sup>3</sup> y la necesidad de una “terapia” de la filosofía racionalista conforme a Wittgenstein, al que junto con Heidegger y Dewey considera los más importantes filósofos del siglo XX. En la segunda obra sostiene que “la revolución filosófica más reciente, la de la filosofía lingüística”,<sup>4</sup> la que “tiene el punto de vista de que los problemas filosóficos pueden ser resueltos (o disueltos) reformando el lenguaje o comprendiendo mejor el que usamos en el presente”,<sup>5</sup> se pregunta si este giro está condenado al fracaso de la revoluciones filosóficas anteriores siendo su respuesta negativa.

Considera que fue Platón quien inventó a la filosofía, la que “se ha movido en un estado

de tensión producida por la presión de las artes y de las ciencias. El giro lingüístico no ha aligerado la tensión, aunque nos ha capacitado para ser más autoconscientes de ello.”<sup>6</sup> Los enunciados son una sarta de marcas y sonidos usados por los seres humanos en el desarrollo y prosecución de prácticas sociales, prácticas que capacitan a la gente para lograr fines, entre los cuales no está representar la realidad como es en sí misma.<sup>7</sup> Las palabras nunca significan si significar es apuntar a un referente en sí o poseer una connotación específica. En consecuencia conocer un lenguaje es similar a conocer nuestra marcha en este mundo, donde las diferentes teorías son las diversas descripciones para distintos propósitos que siguen el desarrollo cultural.

En esta misma línea, Rorty concibe los léxicos como creaciones humanas, herramientas para la creación de otros artefactos humanos, tales como poemas, sociedades utópicas, teorías científicas y generaciones futuras. Esto es, se visualiza a las diversas culturas son divisiones del conglomerado o mundo de oraciones que la humanidad produjo hasta el presente. Pero estos grupos de oraciones no se dividen entre sí por reglas lingüísticamente incompatibles, ni por gramáticas recíprocamente no aprendidas. No representan más que diferencias de opinión, el tipo de diferencias que pueden resolverse volviendo a considerar las cosas.

### 4. Biopolítica y Estado de excepción

#### 4.1 Giorgio Agamben (1942) Italia

Parte desde la globalización actual del concepto de “el horizonte biopolítico”, mismo que el Estado no controla con lo que el derecho a la vida es negado, por ejemplo mediante la contaminación y el calentamiento global que amenaza al género humano.

Discípulo de Martín Heidegger en 1966

2 Dworkin Ronald, *Is democracy possible here?Principles of a new political debate*, Princeton University Press, N. J., 2008, p.127.

3 Ricoeur, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso excedente de sentido*, Siglo XXI. UJA. México, 2011, p. 60. Con un espíritu crítico como el de Rorty afirma que “La teoría de la metáfora nos viene de los antiguos retóricos, pero esta teoría no cumplirá con el cometido que esperamos de ella sin una importante revisión”; su estudio de la metáfora es extraordinario, señala “Ella pertenece al juego del lenguaje que gobierna la acción de dar un nombre”. Afirma en otra obra que “donde quiera que se alza un hombre contando un sueño o un delirio, se alza otro para interpretarlo”, kantianamente señala “El símbolo da qué pensar”.

4 Rorty, Richard, *El giro lingüístico*, Paidós, -ICE-UAB, Barcelona, 1998, p. 50.

5 Ídem.

6 Opus cit., pp. 126-127.

7 Íbidem, p. 165.

y 1968, autor de *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida* de 2003, señala que en la construcción de Roma como ciudad-Estado las tribus que pretendían unirse para protegerse de sus vecinos y ser un sólo grupo fuerte, cada tribu tenía a un representante en el consejo tribal llamados tribunus, quien asesinaba a uno de ellos se convertía en *homo sacer* lo que significa hombre separado de la comunidad o proscrito, al que se podía quitar la vida impunemente. Sostiene que conforme el concepto de nuda vida de Walter Benjamin (1892-1940), el ser humano es despojado actualmente de todos sus derechos mediante el llamado estado de excepción, como el estado nazi gobernó a sus habitantes bajo él y sus campos de concentración.

Estructura su pensamiento desde la filosofía política y hermenéutica apoyándose, entre otros, en Hannah Arendt y Michel Foucault con los conceptos y metáforas fundamentales de: biopolítica o la vida biológica del ser humano sometida indefensa ante el poder público soberano, Estado de excepción o la carencia de todo derecho humano como gobernó el Estado nazi desde que llegó al poder en 1933, vida nuda o desnuda de derechos del ciudadano lo que lo hace totalmente vulnerable ante los abusos del poder estatal, biopolítica como la lucha por la vida ante el poder del Estado que intenta someterla. En su última obra<sup>8</sup> a partir del concepto de oficio sostiene que somos lo que hacemos y debemos hacer y que “Si el ser no es, sino que debe realizarse a sí mismo, entonces, éste, en su misma esencia es voluntad y mando; y viceversa, si el ser es voluntad, entonces, éste no es simplemente, sino que debe ser”.

En otra obra anterior<sup>9</sup> consecuente con su pensamiento sostiene que “hoy asistimos al dominio aplastante del gobierno y la economía sobre una soberanía popular vacía

de todo sentido”, concluye señalando que el verdadero problema actual de la política no es la ley sino la policía, “no es la soberanía sino el gobierno”, en el cual los medios masivos de comunicación han cobrado un poder que nunca antes tuvieron. Siguiendo con su preocupación de la biopolítica se pregunta: ¿Qué ontología y qué ética le corresponderán a una vida que, en el uso, se constituye como inseparable de su forma?<sup>10</sup> Por nuestra parte consideramos que una respuesta acertada la da el garantismo de Luigi Ferrajoli en su obra *Principia juris. Teoría del derecho y de la democracia*, en donde sostiene que ante el desorden de la globalización procede un solo ejército, una Constitución Universal y una sola ciudadanía bajo la dependencia de un organismo mundial.

## 5. La Sentencia como metáfora constitucional

¿Es posible identificar a la sentencia jurisdiccional con la metáfora? Consideramos que sí es sólido hacerlo, si la metáfora es analogía y asociación que construimos por medio de la palabra y la significación (sentido de una frase, DRAE) podemos afirmar que toda sentencia por un juez competente es una metáfora constitucional, de otra manera por ser anticonstitucional se destruiría por sí misma, en donde por el razonamiento analógico la Constitución es el primer analogado, en el caso de los derechos humanos incluyendo a los tratados de que el Estado mexicano forme parte, lo que doctrinalmente se conoce como bloque constitucional.

Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas palabras, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica puede consistir – citando textualmente – de acuerdo con Tamayo y Salmorán en dos de las siguientes posibilidades:

8 Agamben, Giorgio, *Opus dei. Arqueología del oficio*, Pre-textos, Valencia, 2013, p. 193.

9 Agamben, Giorgio, *El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno*, Pre-Textos, Valencia, 2008, p. 298.

10 Agamben, Giorgio, *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2013, p. 206. Es muy interesante desde lo jurídico el estudio de la relación de la vida franciscana con sus reglas monásticas y la renuncia al derecho de propiedad. pp. 160-161.

a) “La adscripción de un significado jurídico dado a ciertos hechos, signos o acontecimientos o comportamientos (objetos significados, los cuales se constituyen en objetos jurídicos, en atención a que son jurídicamente interpretados)”.<sup>11</sup>

b) “La adscripción de un cierto significado suministrado al discurso jurídico (leyes, constituciones, etcétera)”.<sup>12</sup>

Siendo esta última la que en materia de nuestro tema tiene mayor injerencia y trascendencia, pues en la interpretación en el ámbito jurídico es necesario recordar que hablamos de normas jurídicas, las cuales nacen para la regulación de las relaciones intersubjetivas en una determinada estructura social y política que, al momento de aplicarse, requieren de una operación interpretativa de no sólo de sus términos, sino de su alcance su contenido y su finalidad. Es tan cotidiana la interpretación ya en el campo jurídico que en ocasiones no sabemos el porqué de su necesidad, siendo importante referirnos a otras ciertas definiciones de importancia, como lo es la del jurisconsulto italiano Francesco Messineo quien afirma: “la interpretación es la búsqueda y la penetración del sentido y alcance efectivo de la norma... para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a las relaciones sociales que han de ser reguladas”.<sup>13</sup>

Las reglas para determinar el sentido adecuado de las expresiones jurídicas suelen ser divididas por los autores en dos grupos, según qué tengan por objeto, lo cual tiene cierta simetría con lo expresado por Tamayo y Salmorán en líneas que anteceden, entonces la primera división se refiere a una interpretación verbal, la cual busca descubrir de acuerdo con García Máynez<sup>14</sup> una significación literal de la norma jurídica

y, mientras que la segunda busca el sentido no formulado *expressis verbis*, para valernos de una imagen, es decir hablamos de algo más profundo, latente bajo la superficie de aquella significación.

De tal suerte que en torno a los distintos conceptos sobre la interpretación es fácil desprender que existen características que resultan acentuadas en cada caso, que dependen tanto del estudioso de que se trate como del sujeto particular ante el que nos encontremos, es posible destacar como elemento común a toda definición de interpretación jurídica, su aspecto de “vivenciar la norma, hacerla vital para el ser humano y la sociedad”. Interpretar, resume Casals Coldecarrera, “no es realizar un análisis lógico de algo, ni desarrollar un teorema, ni contemplar una obra de arte, sino algo mucho más sutil y profundo”.<sup>15</sup>

Conforme lo anterior podemos darnos cuenta que la interpretación jurídica es multidimensional<sup>16</sup> desde la etimología a la complejidad hermenéutica que nos lleva a su universalidad,<sup>17</sup> conforme a sus usos lingüísticos identificados como simbólicos, epistemológicos y ontológicos. Así las cosas, teniendo en cuenta que la norma es un *datum* previamente dado, cuya función característica en la realidad social es ser de aplicación nada menos que a la conducta humana, no pueden sino suscribirse plenamente las palabras de Jhering en el sentido de que “la interpretación de la norma quiere decir su incorporación a la vida humana en sociedad”.<sup>18</sup>

De acuerdo con Hallivis Pelayo, se distinguen tres corrientes conceptuales distintas, la primera, suscrita por autores como

11 Opus cit., p. 154.

12 Ídem.

13 Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Oxford, México, 2003, p. 32.

14 García Máynez, Eduardo, Misión y límites de la hermenéutica jurídica, [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1962/DIA62\\_Garcia%20Maynez.pdf](http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1962/DIA62_Garcia%20Maynez.pdf), p. 125, fecha de consulta 15 de diciembre de 2013.

15 Citado en: Soto Nieto, F, “El razonamiento jurídico y la interpretación del derecho”, en Revista Jurídica, tomo I, nº2, IJ-UNAM, México, 2008, p. 491. De Jhering véase su obra La lucha por el derecho en Porrúa.

16 Consúltese la obra de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas de la Universidad del País Vasco, Donosti, San Sebastián.

17 Arias Sandí, Marcelino, La universalidad de la hermenéutica. ¿Pre-tensión o rasgo fundamental? Fontamara, México, 2010, pp. 136-137. Este autor siguiendo a Gadamer considera como rasgo fundamental a la universalidad de la hermenéutica.

18 Opus cit., p.492.

Ennecerus, Frosini, Ferrer y Pallares, la cual, se inclina porque la interpretación consiste exclusivamente en explicar, comprender exponer y/o aclarar cuál es la regla de conducta, el contenido normativo que el texto contiene.<sup>19</sup>La segunda, con exponentes como García Máñez,<sup>20</sup> De Pina, García Belsunce, Villoro y García Trinidad, que considera que el sentido de una disposición sea expresado por el legislador histórico o el racional, hay que averiguarlo o descubrirlo, lo cual implica que se encuentra en el texto, es decir, no se va a explicar lo que dijo el legislador o quién emitió el texto normativo, sino que va a descubrir lo que quiso decir.

Por último autores como Niklas Luhmann, Guastini, Zagrebelsky, Velluzzi y Larenz, consideran que lo que hace el intérprete es decidir o atribuir significado a una disposición, en otras palabras, se va a fijar la regla de conducta o prescripción normativa que el texto contiene.<sup>21</sup>Tomando en cuenta los tres niveles de interpretación se considera a la interpretación como parte de la hermenéutica que busca o tiene como labor explicar, descubrir, decidir o atribuir significados, a través de la utilización de métodos y técnicas la directiva de los textos normativos y poder aplicar el resultado que se surja de dicha interpretación al caso práctico.

## 6. Hermenéutica Analógica- Icónica

### 6.1 Mauricio Beuchot (1950-) Torreón, México

Es un intelectual mexicano reconocido como uno de los principales filósofos contemporáneos de [Iberoamérica](#). Beuchot, desarrolló después de muchos años de estudios, libros y cátedra su propuesta que él llama hermenéutica analógica-icónica,<sup>22</sup>

la que permite mediar entre la unívoca y la multívoca, utilizando el razonamiento analógico y la iconicidad, siendo el ícono o icono el ser de mayor significado que representa a lo particular desde la universalidad.

Con la tragedia de encontramos que el ícono cuando se convierte en ídolo tiene en sí mismo el germen de su destrucción, como es el caso de tantos actores que se han suicidado o autodestruido de diversas formas con drogas, autos, alcohol como se relata en interesantísimo libro publicado en 2011 de la casa editorial Taurus *El puño invisible. Arte, revolución y un siglo de cambios culturales* del colombiano Carlos Granés. La rehabilitación de la retórica desde las reflexiones de Nietzsche hasta Perelman y Gadamer, permite la comprensión hermenéutica como filosofía práctica que busca conmover al oyente con la razón y la emoción superando prejuicios que sobre ella se han tenido.

## 7. Hermenéutica en la globalización

Podemos definir a la globalización como el dominio del capital financiero en el mundo, con la etapa anterior del dominio de la fábrica conforme la Revolución Industrial Inglesa del último tercio del siglo XVIII, con el consumismo de marca como uno de sus efectos negativos, el incremento de la inequidad mundial, la contaminación por el calentamiento que producen fábricas y automóviles principalmente, el poder de dominio universal los medios masivos de comunicación, la concentración de la riqueza en pocas manos y la constante extensión de la pobreza y miseria en la mayoría de la población terráquea, la amenaza nuclear por conflictos regionales y las centrales nucleares generadores de energía eléctrica, el fracaso de la ecología y la necesidad de pasar a la ecosofía como posible respuesta a la autodestrucción humana.

Consideramos nosotros como ya mencionamos antes que la hermenéutica es

19 Hallivis Pelayo, Manuel, Interpretación Materia Tributaria, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2724/6.pdf>, p. 74, fecha de consulta 29 de junio de 2014.

20 A quien en párrafos que preceden nos referiremos.

21 Hallivis Pelayo, opus cit., p. 79, fecha de consulta 30 de junio de 2014.

22 Beuchot, Mauricio y Arenas-Dolz, Francisco, *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*, Anthropos, Barcelona, 2008, p. 2

la *praxis* (unión de la teoría con la práctica) de la interpretación desde la complejidad multidimensional, para el autor que citamos es “el arte de la comprensión”, así por su parte Mauricio Beuchot señala que “desde sus orígenes, la hermenéutica se configuró como una reflexión sobre el arte de interpretar textos y sobre la verdad de las ciencias humanas”,<sup>23</sup> reconociendo nuevos retos en la interpretación y argumentación jurídica<sup>24</sup> en Gadamer, el padre de la hermenéutica filosófica, quien en su obra *Verdad y método* “plantea la hermenéutica como una filosofía universal de la interpretación”.<sup>25</sup>

### 8.1 Mauricio Beuchot<sup>26</sup> y los tres tipos de hermenéutica

Establece las siguientes:

a) Unívoca. Es aquella que nos viene de las llamadas ciencias duras o exactas en la cual se aplica sólo uno de los siguientes valores verdadero o falso. (V o F).

Así en las ciencias biomédicas la afirmación es única, por ejemplo en términos de un diagnóstico después de una serie de pruebas de laboratorio ante la pregunta de si el paciente padece (V o F) de una enfermedad por ejemplo el cáncer, no se admite lógicamente más que una y solamente una respuesta afirmativa o negativa, lo que nos coloca en la univocidad, esto que es pertinente en las ciencias naturales no lo es para las ciencias sociales o del espíritu, así en el derecho manejamos conforme la lógica deontica tres posibilidades racionales, las que son: a). Lo obligado; b). Lo prohibido y c). Lo permitido, con lo que, tan solo en este ejemplo, se muestra inaplicable la hermenéutica unívoca.

b) Multívoca. Ante la cantidad de interpretaciones que recaen sobre una acción social como puede ser el enseñar, el dirigir a un grupo, el usar un instrumento como puede ser una computadora o un bisturí, ésta genera una anarquía que no permite una interpretación sólida, así por ejemplo cuando citamos la palabra vela puede tener diversas interpretaciones: objeto de cera o parafina que con una mecha nos proporciona luz, también puede ser un tela que permite a una lancha utilizar la fuerza del viento, también la empleamos como apellido, incluso hablamos de que se la pasó en vela como expresión de sin poder dormir, etc. Su anárquica por extensa en sus significados no nos permite la precisión que requerimos en las ciencias sociales y humanidades.

c) Analógica. Aplica la comparación y parte del primer analogado o lo que Beuchot llama el analogado principal, como ocurrió en la Nueva España con la defensa<sup>27</sup> que llevaron a cabo misioneros como Fray Bartolomé de las Casas, Motolinía, Vasco de Quiroga, Zumárraga, etc. de los “naturales” o indígenas originarios de este continente como los nahuas, mayas, chontales, etc. quienes defendieron la calidad de seres humanos de ellos a partir del primer analogado que era Dios y que todos ellos eran igualmente sus hijos por haber sido hechos a su imagen y semejanza<sup>28</sup>, con lo cual tenían derecho al importantísimo y vital derecho al bautismo con lo que adquirirían la calidad de cristianos o hijos de Cristo, seres humanos poseedores de dignidad y lo que hoy llamamos derechos humanos, esto en contra de la codicia y maldad de encomenderos y conquistadores que golpeaba a sus interés económicos.

Ésta modera a las dos anteriores en la rigidez y la anarquía. Actualmente en el Estado Constitucional el primer analogado es la

23 Opus cit., p. 7.

24 Carbonell, Miguel, Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, Porrúa-UNAM, México, 2013, p. IX.

25 Beuchot, M. y Arenas-Dolz, ídem.

26 Beuchot, Mauricio, Hermenéutica analógica y ontología, CIDHEM, Cuernavaca, México, 2013, p. 137. Menciona que “por la analogía es como se conoce el símbolo” y que la hermenéutica analógica-icónica nos llevará a una ontología “llena de significado para el ser humano, por estar basada también en la iconicidad”.

27 González Ibarra, Juan de Dios, La conquista humanista de la Nueva España, Fontamara, México, 2008, p. 76.

28 Beuchot, Mauricio, La retórica como pragmática y hermenéutica, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 146. Con ecos, que nos recuerdan a Jürgen Habermas, concluye su obra señalando que la retórica “es una acción comunicativa demasiado compleja y rica, que colma el análisis semiótico en su tres dimensiones de sintaxis, semántica y pragmática”.

Constitución y los tratados internacionales de los cuales el país forme parte por su firma y ratificación, conforme el artículo primero de nuestra ley fundamental.

d) Lo icónico. Este concepto se refiere a aquello que siendo particular representa a lo general, así un ídolo cinematográfico es ícono, pues si es mujer representa siendo ella una persona al ideal perfecto de la mujer como el caso de Marilyn Monroe en los años cincuenta. Ahora bien cómo aplicamos lo hermenéutico analógico icónico, por ejemplo en el derecho o la política, veamos un caso de los que identificamos como trágico<sup>29</sup> como es: en un determinado momento del embarazo la pareja debe decidir entre salvar la vida de la madre o del nuevo ser en gestación.

Se considera trágico por la razón de que sea la decisión que se tome traerá consecuencias gravísimas de vida o muerte, aquí lo unívoco no es lógicamente pertinente en virtud de que no es un simple sí o no por la trascendencia de lo que está en juego; lo múltívoco ante muchas opciones tampoco es de gran ayuda, la propuesta de Beuchot es que podamos acotar nuestro campo decisional así es un falso dilema entre vida o muerte (V o F) porque están en juego dos vidas igualmente queridas y valiosas.

De tal suerte que en el caso anterior no existen muchas opciones, aquí lo hermenéutico analógico-icónico (HA-I) podemos aplicarlo de la siguiente manera: interpretamos de origen la situación como trágica lo que acota en primera instancia interpretativamente el caso, lo analógico toma como primer analogado a la maternidad-paternidad y lo icónico es el embarazo particular que representa a todos los embarazos del universo o el deseo de la pareja de tener hijos, así si fuera la decisión de que muera la madre para que nazca el feto se negaría

a esa maternidad-paternidad o el deseo de la pareja de tener hijos, si por el contrario, se decidiera por salvar la vida de la madre sacrificando al feto por razones médicas vitales se estaría atentando contra el bien jurídico del derecho a la vida del nuevo ser.

¿Entonces qué es lo que podemos tomar como mejor interpretación que nos conduzca hacia una acertada decisión? ¿De qué manera lo hermenéutico analógico-icónico nos ayuda en este caso trágico? Dolorosamente podemos tomar la decisión de que es la vida del feto la que debe perderse en este caso, pues debe prevalecer la maternidad-paternidad como metavalor que al entrar en colisión con el valor derecho a la vida del feto lo derrota al ser el principio y fin de dos voluntades que desearon a un nuevo ser y trágicamente tienen la facultad de tomar la decisión. ¿Es un juego de vida o muerte? No, porque dos vidas igualmente valiosas están en la toma de la decisión.

Nos encontramos ante ese ser lógico llamado problema de cuál es la decisión axiológica que debe respetarse. ¿Es lo anterior discutible? Por supuesto que sí, todo en las ciencias sociales y humanidades es discutible, si no lo fuera entonces estaríamos ante lo unívoco (V o F) de las ciencias duras o exactas, así lo HA-I es una ayuda mas no receta infalible ante problemas ontológicos como el señalado con su identificación de trágico o extremo.

Desde la política podemos tomar como ejemplo el empleo de recursos económicos limitados ante necesidades sociales ilimitadas, así ¿qué construimos una presa o un puente?, ¿un hospital regional o una escuela?, ¿una edificación para ministerios públicos y policías ministeriales o una carretera?, ¿cuál es la demanda comunal más urgente?, ¿y dentro de lo urgente lo más necesario? Conocer y dirigir a la sociedad es en gran parte interpretar sus exigencias y deseos así cómo satisfacerla con los elementos disponibles que siempre serán escasos.

29 Atienza, Manuel, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, UNAM-IJ, México, 2005, pp. 114-118. El autor de la Universidad de Alicante, a quien mucho apreciamos, hace referencia a MacCormick.

## 9. Teoría de la Argumentación Jurídica

### 9.1 Robert Alexy (9 septiembre de 1945- ) Alemán

Catedrático de derecho público en la Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Estudió derecho y filosofía en la Universidad de Göttingen. Recibió el Doctorado en 1976 con una tesis sobre *Teoría de la Argumentación Jurídica*<sup>30</sup>, –en donde afirma que no es posible entender el derecho sin el elemento argumentativo–, la que se convertiría en un libro clásico a partir de su publicación en alemán en 1978 (con sus traducciones al inglés por N. McCormick desde Oxford en 1989 y al español por Manuel Atienza en ese año por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid) y en 1984 obtuvo la habilitación como profesor con el libro *Teoría de los Derechos Fundamentales*. También es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Kiel y Doctor Honoris Causa de la Universidad de Alicante (2008).

A partir de la pregunta de la relación de derecho y moral Alexy reflexiona que “la respuesta a esta cuestión tiene consecuencias de largo alcance. Estas cubren casi desde la definición del concepto de sistema jurídico hasta la teoría de la argumentación”, por lo que la repercusión lógica es que “Esto explica por qué no se ha encontrado todavía una respuesta generalmente satisfactoria pese a los grandes esfuerzos que se han hecho para encontrarla”.<sup>31</sup>

Fija su posición con estas palabras “Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”, por lo que la pretensión de corrección moral es indispensable.<sup>32</sup> Su reconocimiento al segundo Gustav Radbruch desde su máxima poshitleriana de 1945 “el derecho extremadamente injusto no es

derecho”, es claro y sostiene que parte del hecho de que “la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica”, lo que en nuestro criterio lo encuadra en la hermenéutica gadameriana. Aquí entendemos por “relación conceptual necesaria” a la indispensable articulación entre ambos, sin los cuales el derecho se presta a cualquier abuso del poder, como en la Alemania nazi con sus trampas jurídicas de las Leyes de Núremberg y el gobierno bajo el estado de excepción, que denunciaría Giorgio Agamben décadas después en su obra *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida* (1995).

### 9.2 La argumentación jurídica de Robert Alexy

Su teoría de la argumentación jurídica, busca que a través de la combinación de enunciados lógicos-doctrinales ( basados en la normatividad vigente) y enunciados empíricos ( basados en la práctica) llegar a una argumentación práctica y dogmática de tipo general, que sea aplicable a los casos particulares. Para lograrlo hay que examinar, de forma sistemática las funciones de la dogmática jurídica, en los campos de:

a) La estabilización. Ello se logra con la ayuda de los enunciados dogmáticos, que se fijan por largos períodos y se hacen reproducibles, en determinadas soluciones prácticas, cuando la dogmática opera en el ámbito institucional, con lo cual se logran determinadas formas de decisión. Esto es un asunto de gran importancia cuando se tienen en cuenta las posibilidades discursivas, ya que si se tuviera que discutir algo de nuevo, surge la posibilidad de que no se violen las reglas de los discursos jurídico y práctico, para lograr resultados distintos.

Ello contradice el principio de universalidad pero no implica que un enunciado dogmático, una vez aceptado, deba ser mantenido con rigor por un tiempo ilimitado pero sí determina que no pueda ser abandonado con ligereza, ya que no es suficiente que

30 Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 2002, p. 50.

31 *Ibidem*, p.43.

32 *Opus cit.*, p. 66.

haya buenas razones para cambiarlo; éstas debe ser tan buenas como para que justifiquen el cambio, hasta incluso romper con la tradición. Las nuevas soluciones deben soportar la carga de la argumentación<sup>33</sup>. Por ello, el efecto de la estabilización no debe ser sobrevalorado y debe aceptarse que está limitado. Se puede recurrir, para cambiar una ley a enunciados prácticos generales, como fundamentación dogmática impura, que es a lo que alude Luhmann cuando establece que la función de la dogmática no reside en un encadenamiento del espíritu, sino en todo lo contrario, en el aumento de la libertad, en el trato con experiencias y textos.

b) El progreso. Esta función guarda una estrecha relación con la estabilización, aunque el progreso en las ciencias jurídicas es mucho más complejo que el que se da en las ciencias empíricas, ya que no depende sólo del científico del Derecho sino de la actividad del legislador y de los cambios de valores dentro de una sociedad)

c) La descarga. Indispensable en el trabajo de los tribunales presionados por el tiempo y en la discusión científica y jurídica, cuando es imposible volver a discutirlo todo, ya que lo comprobado y aceptado, así sea de una manera provisional, no requiere de una nueva comprobación inmediata y depende del grado de optimización como la sencillez, precisión, la riqueza y la confirmación de los enunciados de una dogmática, tanto como de la extensión de un consenso suficiente sobre ellos pero el valor de la descarga también es limitado. La dogmática no sólo puede tener un efecto de descarga, sino de carga, y aumentar las dificultades en la toma de una decisión. El efecto de descarga en casos ordinarios debe pagarse con dificultades en algunos casos límite.

d) La técnica. Para contemplar un campo

de la manera más amplia posible o en su totalidad es necesario construir conceptos básicos generales, formas de enunciación e instituciones jurídicas para ofrecer una rápida panorámica de las interdependencias<sup>34</sup>. Así se logra una función informativa, promotora de la enseñanza y en aprendizaje en materia jurídica, para aumentar la capacidad de transmisión, así esta función didáctica pueda ponerse en duda pero, es cosa sabida, que la penetración analítica y conceptual en un objeto de conocimiento es la mejor manera de dominarlo.

e) El control. Hay dos tipos de control de consistencia. Tanto en la comprobación sistemática, en sentido estricto, comprobable por la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos entre sí y en el de la comprobación sistemática, en un sentido más amplio, que apunta a la compatibilidad en la práctica general de la toma de decisiones para fundamentarla con la ayuda de distintos enunciados dogmáticos, con lo que se acrecienta el grado de eficacia del principio de universalidad que sirven a la justicia y a la hermenéutica.

f) La heurística. En la solución de problemas en el campo de la investigación por métodos no rigurosos, como son el tanteo y las reglas empíricas. Las dogmáticas contienen toda una serie de modelos de solución pero el uso de la heurística puede ser de gran utilidad, al sugerir preguntas y respuestas que de otra manera no serían posibles o se quedarían por fuera del campo de visión.

Así un sistema dogmático puede devenir fructífero y ser el punto de partida para nuevas observaciones y establecimiento de relaciones, al sintetizar y llevar a un mayor grado de comprensión<sup>35</sup>, gracias al análisis de casos singulares, que permiten hacer generalizaciones.

33 Nos recuerda a la teoría de la acción comunicativa (1981) de Jürgen Habermas en donde sostiene "Las ciencias sociales pueden entablar relaciones de cooperación con una filosofía que asume como tarea la de realizar el trabajo preliminar para una teoría de la racionalidad", en la que la razón comunicativa tomada de la filosofía del lenguaje nos sirve para la comprensión entre los seres humanos desde el logos como palabra.

34 *Ibidem*, p. 98.

35 Dworkin, Ronald, "El derecho como interpretación", en Domínguez Caparrós, José, *Hermenéutica*, ARCO/LIBROS, Madrid, 1997, p. 239. Al respecto afirma que "reconociendo mi convicción de que la política, el arte y el derecho están, de alguna manera, unidos en la filosofía", con lo que entendemos que propone una integridad que tiene como base lo filosófico en lo que concordamos.

### 9.3 La fórmula del peso de Robert Alexy

Existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Existen además, tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Él se refiere en el tema de la colisión de principios a que debe manejarse con la ponderación,<sup>36</sup> o sea el principio de mayor peso abate al de menor.

Consideramos que en nuestro criterio no es correcto el manejo del mayor peso pues se cae en la lógica racionalista o cartesiana de lo unívoco (V o F) de las ciencias exactas, al respecto consideramos que cuando los principios entran en colisión o choque es un valor axiológico el que debe dominar ¿cómo?, conforme una valoración analógica que establezca cuál es el principio que actúa como primer analogado, caso que ya expusimos con el ejemplo del aborto por necesidad como interpretación y toma de resolución judicial y también moral en este caso trágico.

## 10. Diálogo Terapéutico y Teoría Crítica de la Cultura

### 10.1 Slavoj Žižek (1949-) Eslovenia

Filósofo por la Universidad de Liubliana y psicoanalista por la Universidad de París VIII Vincennes-Saint-Denis, donde se doctoró. También sociólogo y crítico de la cultura. Fue investigador en el Instituto de Sociología de la Universidad de Liubliana, Eslovenia, profesor invitado en diversas instituciones, que incluyen Columbia, Universidad de Princeton, New School for Social Research de Nueva York y la Universidad de Michigan.

Considerado uno de los precursores de una nueva teoría crítica de la cultura, se presenta a sí mismo como filósofo radical y se hizo filósofo, aclara, en segunda opción, porque su aspiración era el cine. Considerado como uno de los más prestigiosos seguidores de Jacques Lacan. En su trabajo destaca una tendencia a ejemplificar la teoría con la cultura popular y también de la teoría psicoanalítica *lacaniana*<sup>37</sup> para sus análisis de la sociedad en su conjunto. Su estructura de pensamiento se referencia en las teorías hegelianas y marxistas alcanzando los campos de la sociología, la psicología, la filosofía y la comunicación.

El psicoanálisis por medio del diálogo terapéutico le permite reconstruir la subjetividad del hombre moderno, y con ayuda de Lacan, recompone el escenario originario en el que debe desarrollarse un sujeto a la altura de su tiempo. Žižek, que sufrió los rigores de la burocracia comunista en la ex Yugoslavia, no renuncia al marxismo ni al concepto de economía política, aunque lejos de la escolástica. Habla sin nostalgia del socialismo de Estado asegurando que cuando se certificó su defunción llevaba varios años ya muerto. Su trabajo sobre el cine se inscribe en la línea de los estudios culturales fundados por el pensador marxista estadounidense Fredric Jameson. Escribe regularmente en la prensa internacional sobre geopolítica.

Utiliza en sus estudios ejemplos extraídos de la cultura popular, desde la obra de Alfred Hitchcock y David Lynch, hasta la literatura de Kafka o Shakespeare. Problematiza autores olvidados por la academia como Lenin, Stalin y Robespierre. Cabe destacar que es además un militante activo de los movimientos democráticos eslovenos de los años ochenta, participó como columnista de la revista alternativa *Mladina*, desde donde criticaba aspectos del régimen yugoslavo. Miembro de diversos movimientos sociales

36 Opus cit., p. 36. Véase su famosa definición "Los principios son mandatos de optimización", con la cual no estamos de acuerdo, para nosotros son "orientadores de la acción jurídica".

37 Žižek, Slavoj, *Como leer a Lacan, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 27.*

y democratizadores de Eslovenia, en 1990 en la primera elección al independizarse Eslovenia de Yugoslavia, se postuló como candidato a la presidencia por el partido liberal democrático sin resultar electo.

## 11. La Realidad Simbólica

### 11.1 Jacques Lacan (1901-1981) Francia

Este autor divide en su reflexión a) lo real; b) lo simbólico y c) lo imaginario, ideas que se desglosan a continuación:

a) Lo real. Resulta ser un término bastante enigmático y no debe ser equiparado con la realidad, puesto que nuestra realidad está construida simbólicamente<sup>38</sup>; lo real, por el contrario, es un núcleo duro, algo traumático que no puede ser simbolizado (es decir, expresado con palabras). Lo real no tiene existencia positiva; sólo existe como obstruido.

36

Lo real simbólico: el significante reducido a una fórmula sin sentido (como en física cuántica, que como toda ciencia parece arañar lo real pero sólo produce conceptos apenas comprensibles). Lo real real o lo real mismo: una cosa horrible, aquello que transmite el sentido del error en las películas de terror. Lo real imaginario: un algo insondable que permea las cosas como un trozo de lo sublime.

b) Lo simbólico. Lo simbólico se inaugura con la adquisición del lenguaje; es mutuamente relacional. Así, sucede aquello de que «un hombre sólo es rey porque sus súbditos se comportan ante él como un rey». Al mismo tiempo, siempre permanece una cierta distancia respecto a lo real (excepto en la paranoia): no sólo es loco un mendigo que piensa que es rey, lo es también aquel rey que verdaderamente cree que él es un rey.

Puesto que efectivamente, este último sólo tiene el “mandato simbólico” de un rey. Lo

simbólico real es el significante reducido a una fórmula sin sentido. Lo simbólico imaginario qua símbolos jungianos (Carl Gustav Jung 1875-1961). Lo simbólico o lo simbólico mismo que él habla y el lenguaje con sentido en sí.

c) Lo imaginario. Se encuentra situado al nivel de la relación del sujeto consigo mismo.

Es la mirada del Otro en la etapa del espejo, el fallo en ese reconocimiento ilusorio, como concluye Jacques Lacan citando a Arthur Rimbaud: “Yo soy otro” (“Je suis un autre”).

Lo imaginario es la fantasía fundamental que es inaccesible a nuestra experiencia psíquica y se eleva de la pantalla fantasmal en la que encontramos objetos de deseo. Lo imaginario nunca puede ser atrapado, ya que todo discurso sobre él siempre estará localizado en lo simbólico.

## 12. Hermenéutica Poética y Teoría de las Esferas

### 12.1 Peter Sloterdijk (1947- )Alemania

Cursó estudios de filosofía, germanística e historia, en las universidades de Múnich y Hamburgo. Formado bajo las directrices de la Escuela de Frankfurt, critica que las obras de Theodor Adorno y otros se encuadraban en lo que denominó “ciencia melancólica”.<sup>39</sup>

Desde sus primeros trabajos académicos se aprecia una tendencia hacia la hermenéutica poética. Doscientos años después de la aparición de la *Crítica de la razón pura* de Kant, su ensayo *Crítica de la razón cínica*<sup>40</sup> se convirtió en el libro de filosofía más leído y debatido en Alemania. Su trabajo se vincula con la crítica que hace del humanismo como una utopía ingenua, de domesticación humana mediante la lectura. La ideología ya no funciona, según él, como una “falsa conciencia”, como un enmascaramiento de la realidad, sino de un modo cínico. Mantuvo

39 Sloterdijk, Peter, *Ciencia melancólica*, Siruela, España, 2da edición, 2003, p.135.

40 Sloterdijk, Peter, *Crítica de la razón cínica*, Siruela, España, 6ta edición, 2014, p. 87.

38 Lacan, J., *Del sujeto por fin cuestionado*, Escritos 1, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 222

un célebre debate con Jürgen Habermas<sup>41</sup> sobre el concepto y contenido del humanismo con motivo de las ideas expuestas en su obra *Normas para el parque humano*.

Basa sus obras principalmente en la filosofía de Nietzsche y en el legado de Heidegger. Desarrolla una fenomenología del espacio que ha denominado esferología o “Teoría de las esferas”. La teoría de las esferas es un instrumento morfológico que permite reconstruir el éxodo del ser humano de la simbiosis primitiva al tráfico histórico-universal en imperios y sistemas globales como una historia coherente de extraversiones. Hace estallar la herencia de la ilustración y la creencia en el progreso, proclama el fin del totalitarismo metafísico y la caducidad de la fatiga nihilista para encarar el mundo contemporáneo.

Cambia el eje del preguntar filosófico desde el tradicional ¿quiénes somos? Al innovador ¿dónde estamos? Desde la integridad sostiene que no es cierta la división entre cuerpo y alma, espíritu y materia, sujeto y objeto, libertad y mecanismos, ni siquiera entre el yo y el mundo o, más allá, entre cultura y naturaleza.

### 13. La Sociedad del Cansancio: Exceso de positivismo en la globalización

#### 13.1 Byung-Chul Han (1959- ) Corea-Alemania

Adquirió su formación en las universidades de Friburgo y Múnich. Trabajó en la industria de la metalurgia en Corea antes de mudarse a Alemania en la década de 1980 para estudiar filosofía, literatura alemana y la teología católica en las mencionadas instituciones educativas de Friburgo y Múnich. Sucesor de Sloterdijk, es una de las voces más influyentes del pensamiento mundial.

Recibió su doctorado en Friburgo (en

la Universidad Alberto-Ludoviciana en Alemania), con una disertación sobre Martin Heidegger en 1994. Desde su perspectiva particular intenta explicar los problemas que aquejan al hombre hoy, “ahora el mal está dentro del propio hombre”. Así considera que “El mundo digital es también un camino hacia la depresión: en el mundo virtual el otro desaparece”. Por lo que “La forma de curar esa depresión es dejar atrás el narcisismo. Mirar al otro, darse cuenta de su dimensión, de su presencia”. En lo que concuerda Thomas Piketty al trabajar un período de más de dos siglos, llegando a la conclusión que cuando la acumulación de utilidades en los más ricos supera al crecimiento económico se incrementa la desigual socioeconómica<sup>42</sup>

Retoma a Jean Baudrillard: “el enemigo exterior adoptó primero la forma de lobo, luego fue una rata, se convirtió más tarde en un escarabajo y acabó siendo un virus”.<sup>43</sup> En el mismo sentido considera que “El esclavo de hoy es el que ha optado por el sometimiento.” Congruente con lo anterior sostiene “Uno se ve libre y se explota a sí mismo hasta el colapso”. En relación con los problemas económicos surgidos desde Estados Unidos en 2008 aprecia que “Mientras Grecia y España están en estado de shock por la crisis, se endurecen la competencia descarada y los despidos”.

En relación con la violencia que es concomitante al sistema neoliberal señala “ya no destruye desde fuera del propio individuo. Lo hace desde dentro y provoca depresión o cáncer”. Considera que “El hombre moderno es él mismo su propio explotador”, pues lo que más le interesa sobre todo es el éxito económico, en el que el consumismo es su gran meta señalamos nosotros.

En lo que Ferrajoli considera una democracia vacía de contenidos,<sup>44</sup> con su propuesta de

41 Habermas, Jürgen, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1991, p. 7. Sostiene visionariamente que “en el conflicto de clases del capitalismo liberal, se han vuelto latentes las crisis periódicas y se han convertido en una crisis permanente y larvada”.

42 Piketty, Thomas, The capital in the XXI century, Harvard University Press, USA, 2013, p. 37.

43 Baudrillard, Jean, La transparencia del mal: ensayos sobre los fenómenos extremos, Anagrama. España, 2001, p.87.

44 Ferrajoli, Luigi, Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia, Trotta, Madrid, 2008, p. 347. Es el padre del garantismo como

una justicia universal, una sola Constitución y ciudadanía mundial con un organismo tutelar eficaz; Han sostiene que “La demanda de transparencia política no es la de un ciudadano comprometido sino la de un espectador pasivo”.<sup>45</sup> Han encuentra la solución a los problemas del mundo en el amor. Así “Sin el deseo hacia un ser amado que es el otro, no hay posibilidad de filosofía”.

Consecuentemente “El eros tiene una relación vital con el pensar. El logos sin eros sería pensamiento puro”. Consecuentemente llega a la posición de que “Es necesario haber sido amigo, amante para poder pensar. Sin eros, el pensamiento pierde la vitalidad y se hace represivo”. Contra la vulgaridad de los medios de comunicación como son las revistas pornográficas o del malabarismo pseudo erótico del Table dance se manifiesta en el sentido de que “La pornografía aniquila al eros y al propio sexo”.

38

En el neoliberalismo, el trabajo significa egoísta realización personal u optimización personal. Uno se ve en libertad. Por lo tanto, no llega la alineación, sino el agotamiento. “Uno se explota a sí mismo, hasta el colapso. En lugar de la alineación aparece una autoexplotación voluntaria”. Por lo que respecta al capital social reflexiona que “La pérdida de la esfera pública genera vacío que acaba ocupando la intimidad y la vida privada”.

En lugar de afirmar que la transparencia funda la confianza, habría que decir que la transparencia suprime la confianza. “Sólo se pide transparencia insistentemente en una sociedad en la que confianza ya no existe como valor”. Sin embargo consideramos nosotros que la transparencia es positiva para la rendición de cuentas para el gobernador, en relación con el ejercicio del gasto público que de otra manera sería opaco.

corriente teórica juspolítica que sostiene que el derecho empieza genéticamente en la filosofía política.

45 Han, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, Herder, España, 2012, p.47.

En la antigüedad, lo importante era el ser, pero el capitalismo impuso el tener. En la “actual sociedad del espectáculo, sin embargo, domina la importancia del parecer, de la apariencia”. Como resultado relacionado con el consumismo “El ser ya no tiene importancia, únicamente se da valor al exhibirse.” Bizarramente “La acumulación de la información no es capaz de generar la verdad. Cuanta más información nos llega, más intrincado nos parece el mundo.” Estando de acuerdo con lo anterior sin embargo la falta de información o la desinformación también ejercen sus efectos perversos<sup>46</sup>.

Aquí es pertinente que regresemos a Giovanni Pico Della Mirandola, quien en la obra antes citada afirma como base creacionista de la dignidad del ser humano “¡Oh suma libertad de Dios padre/ oh suma y admirable suerte del hombre/al cual le ha sido concedido obtener lo que desee, ser lo que quiera!”.<sup>47</sup> Con lo que confrontándolo con Han podemos darnos cuenta el carácter visionario del italiano renacentista.

## Conclusión

La globalización como dominio mundial del capital financiero ha fomentado la desigual socioeconómica en el mundo, con efectos negativos tanto en el ser humano como es consumismo, la desigualdad socioeconómica, el desorden financiero y en el medio ambiente la elevación de la depredación ambiental, encontramos en el garantismo de Luigi Ferrajoli y en la biosofía respuestas pertinentes ante las amenazas y problemas existentes.

## Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Opus dei. Arqueología del oficio*, Pre-textos, Valencia, 2013.

46 Véase la entrevista realizada a él por el periódico español El País que lleva por encabezado “Aviso de derrumbe” del 22 de marzo de 2014, en donde se manifiesta contra el neoliberalismo depredador encabezado por el FMI.

47 Della Mirandola, Pico, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción, introducción y notas de Pedro, J. Quetglas, Textos Universales, Barcelona, 2002, p. 118.

- Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 2002.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-IJ, México, 2005.
- Baudrillard, Jean, *La transparencia del mal: ensayos sobre los fenómenos extremos*, Anagrama, España, 2001.
- Han, Byung-Chul *La sociedad del cansancio*, Herder, España, 2012.
- Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y ontología*, CIDHEM, Cuernavaca, México, 2013.
- Beuchot, Mauricio y Arenas-Dolz, Francisco, *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*, Anthropos, Barcelona, 2008.
- Carbonell, Miguel, *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa-UNAM, México, 2013.
- Dworkin Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, N. J., 1999.
- \_\_\_\_\_ *Is democracy possible here? Principles of a new political debate*, Princeton University Press, N. J., 2008.
- Ricoeur, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso excedente de sentido*, Siglo XXI. UIA. México, 2011.
- Rorty, Richard, *El giro lingüístico*, Paidós, ICE-UAB, Barcelona, 1998.
- \_\_\_\_\_ *El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno*, Pre-Textos, Valencia, 2008.
- \_\_\_\_\_ *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2013.
- Žižek, Slavoj, *Como leer a Lacan*, Paidós, Buenos Aires, 2008.
- Lacan, J., *Del sujeto por fin cuestionado, Escritos 1*, Siglo XXI, Madrid, 2000.
- Sloterdijk, Peter, *Ciencia melancólica*, Siruela, España, 2da edición, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Crítica de la razón cínica*, Siruela, España, 6ta edición, 2014.
- Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1991.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2008.
- Della Mirandola, Pico, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción, introducción y notas de Pedro, J. Quetglas, Textos Universales, Barcelona, 2002.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Oxford, México, 2003.
- García Máñez, Eduardo, *Misión y límites de la hermenéutica jurídica*, [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1962/DIA62\\_Garcia%20Maynez.pdf](http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1962/DIA62_Garcia%20Maynez.pdf), fecha de consulta 15 de julio de 2014.
- Soto Nieto, F, "El razonamiento jurídico y la interpretación del derecho", en *Revista Jurídica*, tomo I, nº2, IJ-UNAM, México, 2008.
- Arias Sandí, Marcelino, *La universalidad de la hermenéutica. ¿Pretensión o rasgo fundamental?* Fontamara, México, 2010.
- Hallivis Pelayo, Manuel, *Interpretación en Materia Tributaria*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2724/6.pdf>, fecha de consulta 29 de junio de 2014.
- González Ibarra, Juan de Dios, *La conquista humanista de la Nueva España*, Fontamara, México, 2008.
- Beuchot, Mauricio, *La retórica como pragmática y hermenéutica*, Anthropos, Barcelona, 1998.
- Dworkin, Ronald, "El derecho como interpretación", en Domínguez Caparrós, José, *Hermenéutica*, ARCO/LIBROS, Madrid, 1997.



# SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA COMUNITARIA, ¿CONVIVENCIA O INCOMPATIBILIDAD? Análisis jurisprudencial y estudio de caso

Marco Antonio Baldivieso Jinés \*

Presentado: Noviembre 27 de 2015 • Aceptado: Diciembre 18 de 2015

## Resumen

El autor analiza el conflicto/integración entre los sistemas normativos estatales y supraestatales en el caso boliviano, a partir de principio de supremacía constitucional y su incidencia en el principio de primacía del derecho comunitario. Estudia la Constitución respecto de la integración, así como la jurisprudencia generado por instancias extranacionales (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo; el Tribunal Andino de Justicia, Quito) y por la instancia nacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional. Plantea que la legitimidad del sistema normativo interno afianzado en la supremacía constitucional, es posible por lo menos una convivencia moderada en función del principio de colaboración judicial.

**Palabras clave:** Supremacía, Constitución, comunidad, jurisprudencia.

41

## CONSTITUTIONAL SUPREMACY AND COMMUNITY SUPREMACY, Coexistence or Incompatibility? Jurisprudential analysis and case study

### Abstract

The author analyses the conflict / integration between national and supranational regulatory systems in the Bolivian case, from principle of constitutional supremacy and its impact on the principle of primacy of the community law. Study the Constitution regarding the integration and jurisprudence generated by extra-national bodies (the Court of Justice of the European Union, Luxembourg, the Andean Court of Justice, Quito) and the national authority, the Plurinational Constitutional Court. It argues that the legitimacy of the domestic regulatory system entrenched in the constitutional supremacy is possible at least to moderate coexistence based on the principle of judicial cooperation.

### Keywords:

Supremacy, Constitution, community, jurisprudence.

\* Profesor titular de Derecho Constitucional UMRPSFXC, Presidente del tribunal Nacional de Honor del Colegio de Abogados de Bolivia, Ex Magistrado Decano del Tribunal Constitucional, Representante de Chuquisaca al Consejo Pre Constituyente y Autonómico, Conjuer, Vocal del Tribunal de la CUD; Consultor de la UN, OEA, USAID, KAS; Conferencista internacional en temas constitucionales.

## 1. Introducción

Mucho se ha dicho y mucho más se dirá sobre el proceso de integración, fenómeno globalizado que acomete diversos escenarios: geográficos, económicos, políticos, sociales, culturales y sobre todo jurídicos (normativos); ante la magnitud de la temática, dimensionando y circunscribiendo el objeto de estudio de la presente propuesta académica, se cita un párrafo de la reconocida obra en materia de integración del Dr. César E. Montaña Galarza<sup>163</sup>:

*Si bien para nosotros, la integración supranacional suscita tan solo problemas menores a la soberanía, hay que evidenciar que los inconvenientes de mayor calado son aquellos de índole jurídica, los que afectan a la Constitución, por lo que el debate ha de situarse con relación a la posible afectación de algunos de los valores, principios y otros elementos que caracterizan al Estado Constitucional del presente.*

Acogiendo este acertado criterio, se ha seleccionado el “principio de supremacía constitucional” –elemento esencial en la teoría de la Constitución Estatal- y su incidencia o afectación, respecto al “principio de primacía del derecho comunitario” –también cardinal en el ámbito de la integración-. Se abordará la problemática desde una perspectiva jurídica-constitucional, a partir de la jurisprudencia generada en ambos sistemas jurídicos, el Estatal y el Supranacional, analizando la evolución de las resoluciones de Tribunales y Cortes así como sus efectos e imbricaciones; finalmente, la base teórica decantará en el caso Boliviano -no como icónico o más adecuado, sino- como una de las posibles alternativas de distensión en el complejo acoplamiento de dos colosos planetarios.

## 2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ de Luxemburgo).

Iniciando el siglo XXI, los procesos de

cooperación económica engendrados a mediados del siglo XX (hace más de 50 años)<sup>164</sup>, han superado interesados límites comerciales avanzando hacia una comunidad normativa más sólida en lo normativo e institucional, dejando pendiente la unificación política, tras la reprobación del proyecto de Constitución Europea manifestada vía referéndum por importantes países de la unión -como Francia y Holanda-. No obstante el fiasco integracionista que trató de recuperarse en el Tratado de Lisboa de 2007<sup>165</sup>, el proceso integracionista más avanzado en el mundo es el de la actual Unión Europea que ha logrado convertirse en modelo universal de integración.

A continuación, se esbozarán cronológicamente las resoluciones más importantes que abordan el principio de primacía del derecho comunitario:

### a) Sentencia, Van Gend y Loos c/ Administración Fiscal de Holanda. 1963<sup>166</sup>

[Se pide al TSJ emitir una] decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

1) Si el artículo 12 del Tratado CEE tiene efecto interno, o dicho en otros términos, si los justiciables pueden invocar, basándose en dicho artículo, derechos individuales que el Juez deba proteger.

[El tribunal responde]

### 3.- La Comunidad Económica Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su

2 Vid. GRANALI Francese. *El Contexto internacional de armonías y tensiones para la Unión Europea de los noventa*. En *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M Diez de Velasco*. Madrid 1993, Ed. Tecnos, Pp. 917 a 931.

3 Vid. *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007:

4 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia de 5 de febrero de 1963. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa. Petición de decisión prejudicial: Tariefcommissie - Países Bajos. Asunto 26-62.

1 GALARAZA MONTAÑO César. *Problemas constitucionales de la integración*. México 2013, Ed. Porrúa et alt. P. 113.

soberanía, si bien en ámbitos restringidos, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.

El Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico. Estos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.

Nótese cómo el TJCE -en esa época- se expresa llanamente afirmando que la soberanía de los Estados miembros está debilitada por un nuevo y superior ordenamiento comunitario, también es relevante la aseveración de ese Tribunal de Justicia, en cuanto a la posibilidad de aplicación directa de las normas comunitarias y su exigibilidad inmediata por sus ciudadanos.

En ese sentido, José Martínez-Carrasco Pignatelli<sup>167</sup> afirma que: “La importancia de esta STJCE radica en que por primera vez se reconocía a un particular la posibilidad de invocar un principio del TCE y pretender su aplicación directa. Así, el TJCE estimó que todas las reglamentaciones constitutivas de los Tratados de las Comunidades Europeas podían ser directamente aplicables a los súbditos de los Estados miembros...”.

Anota sin embargo, que estos tratados debían ser formulados sin reservas y que no requieran de otros actos -de los Estados- para su ejecución.

Este es el primer antecedente que previene a los Estados miembros de la magnitud jurídica contenida en la superestructura comunitaria, un aviso temprano del desarrollo paulatino

de un derecho propio que no admite subordinación a otros sistemas normativos, más al contrario, anuncia la “limitación” de la soberanía y -por ende- de la supremacía estatal.

#### **b) Sentencia, Flaminio Costa c/ E.N.E.I. 1964<sup>168</sup>**

*Esta integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados miembros hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento, toda vez que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se le puede oponer ante los órganos jurisdiccionales, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, sin que al mismo tiempo pierda aquél su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica de la misma Comunidad.*

La transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía.

[Se agregaron negrillas]

Paloma Biglino Campos<sup>169</sup>, refiriéndose con cierta redundancia a la prevalencia de la norma supranacional, aduce que: “El principio de primacía permite entender que tanto el derecho interno y el comunitario tienen su propia fuente de validez, ... para

5 MARTINEZ-CARRASCO PIGNATELLI José Miguel. *Los principios del derecho comunitario en general: en particular, el principio de efecto directo y de primacía*. En Noticias de la Unión Europea. Año XV, N° 179. Quito 1999. Pp. 30 y 31.

6 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964. Flaminio Costa contra E.N.E.I. Petición de decisión prejudicial: Giudice conciliatore di Milano - Italia. Asunto C- 6/64.

7 BIGLINO CAMPOS Paloma. *El sistema europeo de distribución de competencias entre la unión y los Estados Miembros*. En BIGLINO C. y ANTONNIO CALINGIO V. et al. *La constitucionalización de Europa*. Granada 2006, Pp. 16 y 17

articular estos principios debe hacerse desde la separación, porque cada uno debe limitarse a su campo de competencia. En ese sentido en caso de contradicción o conflicto se debe aplicar la norma comunitaria y desplazar la norma interna para darle preferencia a la norma comunitaria”.

**c) Sentencia, Administración edelle Finanzedello Stato c/Simmenthal. 1978<sup>170</sup>**

*Que el efecto útil de dicha disposición se vería reducido si se le impidiese al Juez dar, inmediatamente, al Derecho comunitario una aplicación conforme a la decisión o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*

*Del conjunto de lo que antecede se desprende que los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente **contraria a aquél**, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria*

Siguiendo la sólida hermenéutica del actual TJUE, se ocupa otro importante escaque en el tablero de la integración, al reiterar la primacía del derecho comunitario, y se avanza aún más al disponer que los jueces puedan ejercer el control de compatibilidad de las normas estatales con el plexo normativo comunitario, y hasta desplazar -inaplicar *ipso iure*- cualquier disposición estatal interna contraria al Sistema jurídico Supranacional. Antoni López Carrasco, se muestra a favor de: “apartar las disposiciones nacionales que obstaculicen la efectividad del derecho comunitario, Eduardo García de Enterría asume que se puede suspender la aplicación de leyes internas siempre que concurren los elementos de contradicción y urgencia, concuerda con este criterio, la

catedrática española Araceli mangas Marín<sup>171</sup> tal como expresa el contundente título de su obra.

Con la reiteración de precedentes el TJCE –actualmente TJUE- ha sentado una clara línea jurisprudencial que establece la primacía del derecho comunitario sobre el derecho estatal; José M. Martínez-Carrasco P.<sup>172</sup> concluye categóricamente que: “Con la Doctrina del efecto directo y de la primacía, e definitiva se consagra la subordinación normativa de los estados miembros, los cuales no pueden hacer prevalecer su manifestación de voluntad, cualquiera que sea, sobre la normas comunitarias”.

**d) Sentencia, The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltda. y otros. 1990<sup>173</sup>**

*Este Tribunal de Justicia consideró también que sería incompatible con las exigencias de la propia naturaleza del Derecho Comunitario, toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que redujese la eficacia del Derecho Comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese derecho, la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas Comunitarias (Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, ya citada, apartados 22 y 23.*

*(...) el Derecho comunitario debe interpretarse*

8 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal. Petición de decisión prejudicial: Pretura di Susa - Italia. Inaplicación por el Juez nacional de una Ley contraria al Derecho comunitario. Asunto 106/77.

9 MANGAS MARÍN Araceli. La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario. Evolución Jurisprudencial. En Revista de Instituciones Europeas N° 2. Madrid 1987.

10 Op. Cit. P 33

11 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 1990. The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros Petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido. Derechos que se derivan de las disposiciones comunitarias - Protección por los órganos jurisdiccionales nacionales - Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales en caso de remisión prejudicial. Asunto C-213/89.

en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo un litigio relativo al Derecho Comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales,

Bajo el mismo criterio, existen muchas otras resoluciones, como: la Sentencia de Les Verts contra el Parlamento Europeo de 1986, o el caso *Hadelsgesellschaft* de 1970 que confrontó el derecho Comunitario con la Ley Fundamental de Bonn, donde el TJCE o el TJUE hacen prevalecer las normas supranacionales aplicando el principio de primacía. Así, los especialistas en Derecho Comunitario y de integración –como Silvana Insignares Sera<sup>174</sup> apoyan convencidos la posición prevalente del sistema jurídico supranacional entendiendo que, con base en el principio de primacía del Derecho Comunitario “el desplazamiento del Derecho estatal o interno” es una consecuencia natural y necesaria, además de ser propia de las múltiples imbricaciones del sistema supraestatal sobre sus miembros; la nombrada autora, hace notar que el TJUE incluso establece que los Tratados Constitutivos emulan las características de una constitución estatal, refiriéndose a “cuestiones de Inconstitucionalidad de los Tratados, o como Carta de la Comunidad, y hasta como Constitución.

Cuando todo parece definido en favor del sistema normativo supranacional, César Montaña Galarza<sup>175</sup> aporta nuevos elementos fácticos y devela la persistencia de fricciones entre la UE y sus Estados miembros, deja constancia de la inconformidad –o cuando menos la rebeldía– de importantes estados europeos con la doctrina interpretativa impuesta por el TJUE, refiere que:

“La primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho Interno de rango

infraconstitucional, parece hoy generalmente admitida, muestra de ello son las posiciones que han defendido especialmente a través de sus pronunciamientos los tribunales constitucionales de España, Francia y Portugal, sin embargo, no ocurre lo mismo con los tribunales de Alemania e Italia, que prácticamente protagonizaron una rebelión contra el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando la primacía del Derecho Comunitario fue seriamente cuestionada desde la perspectiva de los derechos fundamentales de esos estados”.

### 3. Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia (TAJ de Quito)

Una vez reconocido el sistema europeo de integración a partir de las resoluciones del TJUE, corresponde ingresar a un ámbito más conocido –pero menos desarrollado– el sistema de integración latinoamericano, sudamericano y finalmente el ámbito andino.

Waldemar Hummer y Markus Frischhut<sup>176</sup>, resumen puntualmente el proceso integracionista americano: “La Comunidad Andina es la sucesora del Pacto Andino que a su vez constituía una zona de integración subregional dentro de la zona preferencial regional ALALC/ LAFTA.

Esta última fue constituida el 18 de febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo y transformada el 12 de agosto de 1980 en Asociación Latinoamericana de la Integración (ALADI), POR EL SEGUNDO Tratado de Montevideo la ALADI sucedió jurídicamente a la ALALC, y ...constituye ... la zona de integración más amplia de Latinoamérica”. Dentro de este contexto, un grupo de países con realidades macroeconómicas más uniformes –muy por debajo de Argentina, Brasil o México– conformarán la Comunidad Andina que consolida su vigencia y denominación a partir del Tratado de Trujillo-Perú, el 10 de marzo de 1995.

12 INSIGNARES CERA Silvana. *El Proceso de Integración Europeo*. Baranquilla 2011. Ed. Universidad del Norte, Pp 160 a 210.

13 Op. Cit. P 125

14 HUMER Waldemar y FRISCHHUT Markus. *Derechos Humanos e Integración*. Quito 2004. Ed. Corporación Editora nacional y Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Pp. 19 a 21.

Anotando que la institucionalidad de la Comunidad Andina fue emergiendo paulatinamente como respuesta a necesidades institucionales -no así a un proceso de planificación o previsión del Tratado constitutivo-, se alude al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En ese entendido, el reconocido Catedrático Oswaldo Salgado E.<sup>177</sup> expresa: “Inicialmente el AC no contempló la Creación de un Tribunal Jurisdiccional Comunitario, empero, a medida que el proceso de integración fue evolucionando, surgió la necesidad de contar con uno, a efectos de otorgar la estabilidad y consolidación del PIA y por la seguridad en acatamiento de su normativa originaria y derivada del AC...que generan derechos y obligaciones que de ellas se derivan y deben ser salvaguardadas por un órgano jurisdiccional, independiente de los gobiernos de los países miembros y de los otros órganos del PISA”.

Al igual que el TJUE, el Tribunal de Justicia de la CA (TJCA), también ha incursionado en la interpretación de los instrumentos de integración andina, aplicando similares criterios sobre el principio de primacía del Derecho Supranacional. Se exponen casos concretos:

**a) Sentencia del Proceso N-2-86 de 15 de julio de 1987<sup>178</sup>**

*Se estableció así un régimen común y uniforme, de especial significación dentro del proyecto integracionista, cuyas características principales, en cuanto ordenamiento comunitario, son las de constituir una regulación autónoma, coercitiva, de efecto directo y que constituye un derecho único para toda la Subregión, que ha de aplicarse en toda ella de manera homogénea y que ha de prevalecer por lo tanto, en todo caso, sobre el derecho nacional. (...)*

15 SALGADO ESPINOZA Oswaldo. *El ABC del Derecho para la integración*. Cuenca-Ecuador 2010. Ed. Edislat. P 233.

16 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. (G.O.A.C. No. 21 del 15 de Julio de 1987. En *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1994, Tomo I, P.90. Caso 02-N-86

**b) Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988<sup>179</sup>**

*(...) no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria...”*

**c) Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990.<sup>180</sup>**

*“ El derecho de la integración como tal, no puede existir si no se acepta su primacía o prevalencia sobre los ordenamientos internos”.*

Sobre la posición radical del TJCA que parece no medir las engorrosas connotaciones de sus decisiones respecto al sistema jurídico interno de los Estados miembros, se debe recordar la inteligente reflexión del Dr. César Montaña E.<sup>181</sup> : “Alhablar de la experiencia de integración andina en lo tocante a la reflexión jurídica sobre el principio de primacía del ordenamiento jurídico, debemos señalar que el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, viene siguiendo en buena parte los pasos de su homólogo europeo, incluso diríamos que en ocasiones lo ha hecho de manera inercial, sin evaluar la inconveniencia de extrapolar a la Comunidad Andina, reflexiones y soluciones jurídicas creadas para un contexto diferente de integración, como lo es el europeo”.

Los países como Colombia, Ecuador y Perú han asumido con mucha cautela estas interpretaciones del principio de primacía, dejando constancia de la supremacía constitucional.

**Ecuador.<sup>182</sup> Sentencia No. 003-013-DTI-CC**

17 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Interpretación Prejudicial de 25 de mayo de 1988*, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 33, de 26 de junio de 1998. Caso 2-IP-88.

18 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. *Interpretación Prejudicial de 20 de septiembre de 1990*, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 69, de 11 de octubre de 1990. Caso 2-IP-90.

19 Op. Cit. P. 205

20 Véase también: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. SCCC N° 0033-13-DTI-CC, 003-15-DTI-CC, 006-15-DTI-CC y 007-15-DTI-CC.

*“Dentro de la aplicación jerárquica de las normas, la Constitución de la República, en su artículo 424 determina la **primacía** de las disposiciones constitucionales sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo que todas las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de ser ineficaces en caso de entrar en conflicto con su contenido. Bajo estas circunstancias, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano, al formar parte del ordenamiento jurídico, deben guardar armonía con los principios y reglas establecidos en la Constitución de la República.”*

## 4. Caso Boliviano

### 4.1 La Constitución

Brevemente se dirá que la Norma Fundamental Boliviana destina todo un capítulo a la integración, previendo mecanismos de legitimación -vía referéndum- cuando el Tratado revista vital importancia, además, expresamente se incorpora a las normas del Derecho Comunitario al Bloque de constitucionalidad.<sup>183</sup>

### 4.2 La Jurisprudencia

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, recientemente el Tribunal Constitucional Plurinacional ha incursionado en la problemática de los sistemas jurídicos Estatal y Comunitario, proponiendo alternativas interesantes:

- **TCP SC 844/2014 de 8 de mayo**<sup>184</sup>

En ese sentido, queda claro que cualquier divergencia sobre la interpretación que de alguna de las normas que forman parte del Ordenamiento Jurídico Comunitario, el órgano competente a tal efecto es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

*(...) Se está en presencia de una figura que persigue asegurar una aplicación simultánea y descentralizada del derecho comunitario por parte de los jueces nacionales, en colaboración con los jueces comunitarios.*

*(...) La interpretación del TJCA tiene fuerza obligatoria, es decir, que da una respuesta definitiva y obligatoria a la cuestión que le ha sido planteada, no se trata pues de una mera directiva o sugerencia, sino que vincula al juez nacional que hizo el reenvío y a los demás tribunales que deben conocerla por vía de recurso. Tiene autoridad de cosa juzgada, así lo establece expresamente el art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal, que expresa: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.*

*(...) Cuando un juez nacional conozca un asunto en donde se deban interpretar y aplicar normas comunitarias andinas, en virtud del principio de colaboración judicial en el ámbito andino y de las características del sistema comunitario, su actuación sería la de un verdadero juez comunitario andino; es decir, si bien es un juez nacional, cuando se enfrenta a un asunto que tenga que ver con normas comunitarias, dicho juez interno personifica o encarna la figura de juez comunitario andino. En esta circunstancia, el juez interno debe velar por la validez y eficacia del ordenamiento comunitario andino, para lograr esto, se encuentra investido de todas las prerrogativas para lograr dicho objetivo...*

## 5. Conclusiones

El actual conflicto entre sistemas normativos estatales y supraestatales, fue desdeñado por varios autores que pretendieron concentrar su atención en aspectos de competencia y ejecución del Derecho Comunitario,<sup>185</sup> otros avizoraron el conflicto -dentro del Derecho transnacional- entre derechos humanos y normas sobre libre

21 Vid. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANO. Tít. VIII. Cap. Primero (RELACIONES INTERNACIONALES) Arts. 257 a 260. Y Art. 410.II.

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. SC 844/2014 de 8 de mayo.

23 ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE Antonio. *La Comunidad Económica Europea y los Estados Europeos no Comunitarios*. En *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Madrid 1993. Ed. Tecnos, Pp. 115 y 116.

comercio<sup>186</sup>; empero, el principal escollo para el derecho de la integración -cuya vanguardia es el principio de primacía-, sigue siendo la legitimidad del sistema normativo interno -afianzado en la supremacía constitucional-. Quizás -respetando los tenuous linderos competenciales, y sin ambicionar el acoplamiento sistémico- asome una convivencia moderada en función del *principio de colaboración judicial* invocado por el TCP.

Cuadro 1. Elaboración Propia.



24 MOURA Francisco Ercilio. *La primacía de los valores democráticos y de los derechos humanos en los Acuerdos de Asociación Comunidad Andina-Unión Europea. En: Las negociaciones entre América Latina y el Caribe con la Unión Europea*. Montevideo 2010. Ed. Trilce. Pp. 165 a 167.