



NUEVO

DERECHO

vol. 17 n° 29

Julio a Diciembre de 2021

ISSN: 2011-4540 ISSN-e: 2500-672X



Nuevo Derecho
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -
Grupo Auditorio Constitucional

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas

Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Directora - Editora

Ivanna Calvete León,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Comité Editorial

Carlos José Mosso,
Universidad Católica de Argentina, Argentina.

Carlos Cristópher Viveros Echeverri,
Corporación Universitaria Remington, Colombia.

Luis Alberto Torres Tarazona,
Universidad Libre, Colombia.

Jose Eduardo López Ahumada,
Universidad de Alcalá, España.

Alexandra Hurtado Maya,
*Fundación Universitaria Autónoma de las Américas,
Colombia.*

Ángel Guillermo Ruiz Moreno,
Universidad de Guadalajara, México.

Luz Dary Naranjo Colorado,
*Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados CO-
DEMA, Colombia.*

Marcela Angelina Aravena Domich,
*Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y
Tecnología UMECIT, Panamá.*

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez,
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

Jaime León Gañan Echavarría,
Universidad de Antioquia - Universidad CES

Asistencia técnica

Lina Marcela Patiño Olarte,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Coordinadora de Publicaciones

Lina Marcela Patiño Olarte,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Corrección de estilo

Erika Tatiana Agudelo Olarte

Diseño y diagramación

Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia
Teléfono: + 57 4 3391010
nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes
índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Catálogo Latindex
- Latindex 2.0
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID
- MIAR
- DOAJ
- CLASE - BIBLAT
- AmeliCA
- CIRC

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista
Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores,
y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la
institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de
Envigado se distribuye bajo la Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Contenido

Editorial

Ivanna Calvete León

La evolución de la seguridad: pensarla con base en el concepto de seguridad humana

Ingrid Estíbaliz Sánchez Diez

Seguridad alimentaria en el aspecto del hambre: un panorama jurídico-político para el cumplimiento de los ODS

Francieli lung Izolani

Los derechos de propiedad y la maldición de los recursos en comunidades vulnerables de Colombia

María Camila Franco Vera

Discusión jurídico-dogmática acerca del estado de alarma: respuesta a la pandemia de la covid-19 en el Estado español

Lluís Planchat Calle

Análisis estático de la Sentencia T-366 de 2019: De la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes ante la perspectiva hegemónica de estereotipos discriminatorios

John Fernando Restrepo Tamayo
Yelitza Marisela Sucre Velásquez

Jürgen Habermas. Una reconstrucción filosófica y social del Estado de derecho y la esfera pública

Pedro Alejandro Jurado Castaño

Editorial

En las publicaciones de la revista Nuevo Derecho se ha proyectado la divulgación de diferentes artículos que promueven la discusión crítica alrededor de los temas que acontecen al derecho como parte de las Ciencias Sociales. Los momentos específicos de nuestra transición social que propenda por ser constante y cada vez más rápidos establecen un nuevo desafío para los investigadores que han puesto su interés en la investigación y en la reflexión del derecho de cara a la actualidad.

De la mano con la serie de artículos que se han propuesto los últimos años, este número trae a los lectores seis textos que presentan una apuesta académica por temas alusivos al área del derecho y otras disciplinas. El primer artículo se titula “La evolución de la seguridad: pensarla con base en el concepto de seguridad humana” y pretende analizar el papel de la formación universitaria como mecanismo para la configuración de una concepción de seguridad que pueda atender a las necesidades actuales de la sociedad, una propuesta que reconoce el importante papel que tiene la educación en los procesos sociales y que requieren atención.

El segundo de los artículos llamado “Seguridad alimentaria en el aspecto del hambre: un panorama jurídico-político para el cumplimiento de los ODS” ofrece una mirada a la producción y consumo de alimentos para presentar una crítica respecto del desperdicio de comida y sus consecuencias. Este texto aborda un cuidadoso análisis de cada uno de los procesos que se llevan a cabo en la cadena de producción alimenticia, evidenciando a través de su reflexión los mecanismos jurídicos y políticos existentes para solventar este problema social.

El tercer artículo “Los derechos de propiedad y la maldición de los recursos en comunidades vulnerables de Colombia” ha propendido traer a los lectores el problema de las sociedades asentadas en territorios ricos de recursos y que a su vez condición conlleva paradójicamente al perjuicio irremediable para su comunidad y el cumplimiento de sus derechos. Este artículo permite al lector una mirada crítica de los derechos de propiedad con relación a la vulneración de los otros derechos que subyacen en su cumplimiento.

El cuarto artículo “Discusión jurídico-dogmática acerca del estado de alarma: respuesta a la pandemia de la covid-19 en el Estado español” nos ofrece una desde una perspectiva comparada que parte de la reflexión normativa y dogmática que conlleva a una enriquecedora revisión de las diferentes acciones implementadas de cara a la pandemia como uno de los sucesos que ha cambiado radicalmente las dinámicas de la sociedad. El autor, aborda la importancia de los derechos fundamentales y reflexiona acerca de su cumplimiento y garantía en este contexto de alarma y crisis sanitaria.

El quinto artículo publicado en este número “Análisis estático de la Sentencia T-366 de 2019: De la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes ante la perspectiva hegemónica de estereotipos discriminatorios” dirige su

reflexión de cara a la población vulnerada por la desigualdad y presenta esta discusión de cara a la respuesta de la Corte Constitucional colombiana que busca hacer cumplir los derechos de los niños, niñas y adolescentes como población afectada a causa de la vulneración de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, es un artículo que dirige a sus lectores un análisis jurídico a partir de la reivindicación por la igualdad y la no discriminación.

Finalmente, el sexto artículo “Jürgen Habermas: Una reconstrucción filosófica y social del Estado de derecho y la esfera pública” va a resaltar con sus argumentos la importancia que tiene la reconstrucción teórica de cara a los diagnósticos sociales como uno de los aportes más relevantes de la obra del uno de los filósofos más importantes del siglo XX que ha logrado poner en consideración la crisis institucional que se está viviendo alrededor del mundo, dirigiendo su atención a la importancia de poner en conexión el derecho con el entorno social y así para encontrar nuevos caminos de legitimación constitucional y democrática.

Con lo anterior, desde la revista Nuevo Derecho esperamos desde el campo del análisis interdisciplinar del derecho, presentar a la comunidad académica un conjunto de lecturas que permitan la discusión, el diálogo y una mirada crítica a los problemas actuales de nuestra sociedad.

Ivanna Calvete León

La evolución de la seguridad: pensarla con base en el concepto de seguridad humana

The evolution of security: think about it based on the concept of human security

Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez¹

Cómo citar: Sánchez, I. E. (2021). La evolución de la seguridad: pensarla con base en el concepto de seguridad humana. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-12. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1425>

Recibido/30/08/2021 – Aceptado/04/11/2021 – Publicado/10/12/2021

Resumen

Evolucionamos en la concepción de la seguridad, advertimos que es necesario otro modo de afrontarla, pero no contamos con un marco académico adecuado que nos ayude a asumir los retos que tal evolución representa. La escasez de elaboración doctrinal en materia de seguridad nos lleva a proponer la creación de una formación académica universitaria dedicada a este ámbito, con una programación docente centrada en su concepción integral y en todos los factores que contribuyen a consolidarla o vulnerarla. Una formación con capacidad para instruir a los trabajadores de los niveles más cualificados de la seguridad y generar un entorno de debate e investigación científica que aporte definiciones y respuestas con base en marcos teóricos consensuados. Estimamos preciso que la universidad dedique atención y recursos a un ámbito tradicionalmente excluido de su objeto de estudio y al que solo se ha venido acercando tangencialmente a través de las áreas de conocimiento que tienen con él alguna relación temática. Este trabajo tiene por objeto analizar los retos que en seguridad enfrenta Colombia, para determinar cómo la formación universitaria puede colaborar a la configuración y asunción de una concepción de la seguridad adecuada a la realidad y las necesidades del país.

Palabras clave: Seguridad, estrategias de seguridad, seguridad humana, formación universitaria.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho de la Seguridad. Docente ocasional a tiempo completo Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria. Ingrid.sanchez@tdea.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-3114-6179>

Abstract

We evolve in the conception of security, we warn that another way of facing it is necessary, but we do not have an adequate academic framework to help us take on the challenges that such evolution represents. The scarcity of doctrinal elaboration on security matters leads us to propose the creation of a university academic training dedicated to this field, with a teaching program focused on its integral conception and on all the factors that contribute to consolidate or violate it. Training with the capacity to instruct workers at the most qualified levels of security and generate an environment for debate and scientific research that provides definitions and answers based on agreed theoretical frameworks. We consider it necessary for the university to devote attention and resources to a field traditionally excluded from its object of study and to which it has only been approached tangentially through the areas of knowledge that have some thematic relationship with it. The purpose of this work is to analyze the security challenges that Colombia faces, to determine how university education can contribute to the configuration and assumption of a conception of security appropriate to the reality and needs of the country.

Keywords: Security, security strategies, Human Security, university education.

1. Introducción

1.1. La concepción de la seguridad en la Colombia contemporánea

Esta investigación deriva de un análisis académico en torno a la hoy cada vez más lejana posibilidad de que, con la firma de la paz con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se pusiera fin a todas las manifestaciones del conflicto armado, este tema se abordó en el marco del I Simposio Internacional de Derecho Público organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Grupo de Investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado, en el mes de junio de 2021, frente a la problemática que ha marcado la realidad colombiana desde los años 60 del siglo xx y que ha determinado el rumbo de las políticas de seguridad en lo que llevamos del presente, nos enfrentó a la necesidad de considerar un cambio en la concepción de la seguridad.

Se quiso creer que, el que imaginamos como nuevo escenario, iba a propiciar que las políticas de seguridad pudieran ocuparse también, y no solo a través de su tibio reflejo en disposiciones programáticas, de dimensiones de la seguridad distintas de la seguridad personal.

Aún aspiramos a que las vertientes económica, alimentaria, de la salud, ambiental, de la comunidad y política sean objeto de garantía y protección esencial, haciendo que pierdan el protagonismo casi exclusivo las medidas reactivas y de control ejercidas por las fuerzas públicas de seguridad, para alentar la participación y el empoderamiento, en el ámbito de la seguridad, de otras administraciones públicas, la iniciativa privada y,

fundamentalmente, la sociedad civil; entidades con capacidad para proponer, diseñar y aplicar métodos preventivos basados en el análisis y la anticipación.

El horizonte ideal representado constituía el marco adecuado para la evolución desde una concepción estatocéntrica, en la que prima la presencia y la estabilidad del Estado y sus instituciones frente a la competencia de los grupos insurgentes y las bandas criminales, hacia una concepción humanocéntrica, vinculada al concepto de *seguridad humana* desarrollado en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 1994).

Un concepto con acepciones e interpretaciones diferentes desde que apareciera por vez primera en 1994, pero que la Resolución 66/290 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha contribuido a clarificar, estableciendo un entendimiento común respecto al concepto que determina que, para ajustarse a él, una concepción de seguridad deberá englobar los siguientes elementos:

- a. El derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación.
- b. La exigencia de respuestas centradas en las personas y orientadas a la prevención.
- c. El reconocimiento de la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos.
- d. El que, al recurso a la amenaza, al uso de la fuerza o a medidas coercitivas se acudirán en último término y siempre estará previsto para situaciones excepcionales, bien definidas y perfectamente delimitadas legalmente.
- e. Y la aseveración de que no sustituye a la seguridad del Estado. Que sigue recayendo en los gobiernos la función y la responsabilidad de asegurar la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos, siendo la función de la comunidad internacional complementar la labor de los gobiernos proporcionándoles apoyo y exigiendo una mayor colaboración y asociación entre gobiernos, organizaciones internacionales y regionales y sociedad civil (ONU, 2013).

A pesar de que subsisten muchas de las condiciones indeseables que afectan al diseño securitario y que otras han mutado hasta constituir realidades aún más complejas, Colombia necesita reconsiderar su concepción de seguridad, pensar qué tipo de protección y garantías quiere y puede ofrecer a sus ciudadanos y, si estima que está capacitada para ello, adoptar las medidas precisas para adaptarse a la evolución.

La transición de una a otra concepción implica asumir que la seguridad no se debe concebir como un valor autónomo, como un derecho fundamental cuya consecución puede entrar en conflicto con el desarrollo de otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Asimismo, supone aceptar que la seguridad no es un fin en sí mismo, sino que constituye un medio esencial para hacer posible el efectivo ejercicio de esos derechos y libertades, lo que nos llevaría a asumir que, más que a la consecución y defensa de

un derecho a la seguridad, debemos aspirar a la construcción de la *seguridad de los derechos*, es decir, a definir la seguridad como la garantía de las condiciones que hacen posible el ejercicio y efectivo disfrute de los derechos y libertades fundamentales.

Este cambio de paradigma viene siendo alentado por documentos internacionales (PNUD, 2013) y encuentra un reflejo teórico en cuanto a declaración de intenciones —sin su correspondiente correlato práctico— en los Planes Nacionales de Desarrollo colombianos promulgados desde el año 2002. La transformación ha de ser efectivamente realizable en un contexto en el que parte de los esfuerzos aún tienen como objetivo la recuperación de la presencia y el ejercicio del poder público del Estado en sectores territoriales, sociales y productivos del país.

No podemos desconocer que Colombia ya ha dado pasos en el camino de la transición propuesta; algunos pasos tímidos y poco convencidos, que se han limitado a meras declaraciones programáticas sin efecto en la aplicación de políticas prácticas,² y otros más audaces y decididos como los protagonizados por la Policía Nacional de Colombia que ha emprendido un ambicioso proyecto de modernización y transparencia, asumiendo un modelo vinculado a la denominada *policía comunitaria* plasmado en distintos programas como el Plan Nacional por Cuadrantes desarrollado por las metropolitanas de Policía y por las alcaldías de ciudades como Medellín y Bogotá.

Los máximos representantes del poder político y administrativo local han intentado, en distintos momentos y sin que pueda predicarse de todas las administraciones, afrontar el reto de —a través de las aportaciones realizadas por sus respectivos libros blancos de la seguridad ciudadana y la convivencia— contribuir a la gobernabilidad democrática de la seguridad urbana, incorporando a la planificación y gestión a actores significativos de la sociedad civil, y apostando por trascender los tradicionales límites de la acción policial reactiva y sancionadora para atender las amplias exigencias del marco de convivencia y la promoción y ejercicio de los derechos fundamentales (ONU, 2008; 2011).

Debemos advertir que la necesidad de superar la concepción de seguridad que prioriza los intereses estatales sobre la condición humana no es exclusiva de Colombia; el cambio de paradigma se impone también en el ámbito internacional.

Son fenómenos globales el surgimiento de nuevas amenazas caracterizadas por la complejidad de su naturaleza, la superación e ineficacia de los métodos tradicionales de atajarlas por ser realidades multifactoriales, la crisis del Estado-nación y la exigencia de los ciudadanos a sus estados para que garanticen unos determinados niveles de seguridad, entendida esta como una acepción cada vez más amplia.

² Autores como Pablo E. Angarita Cañas (2011) afirman que entre la Seguridad Democrática y la Doctrina de Seguridad Nacional existen rasgos comunes (procedimientos militaristas, identificación de un enemigo social) y se advierte que, a pesar de las justificaciones y declaraciones de intenciones de los preámbulos e introducciones de los Planes de Desarrollo Humano en los que se incorpora y desarrolla (2002-2006 y 2006-2010), la política de Seguridad Democrática no apuesta por la defensa y promoción de los derechos fundamentales, sino que está orientada al fortalecimiento del Estado para obtener una mayor control sobre el territorio con grandes dosis de autoridad y una fuerte militarización de la vida cotidiana (Ríos et al., 2013).

A los retos comunes, que también la afectan, la sociedad colombiana debe añadir el gran desafío que supone la superación y adecuada gestión de los daños sufridos durante tan largo período de contienda, la desmovilización e incorporación socioeconómica de los miembros de los grupos que dejan las armas y el enfrentamiento de graves problemas estructurales como la fuerte desigualdad social, el recurso de la violencia como método de resolución de conflictos o la profunda desconfianza en las instituciones públicas, que están en la base y pueden ser causa o factor coadyuvante del surgimiento de amenazas y riesgos específicos para los derechos fundamentales de las personas que habitan el territorio colombiano.

Una nueva realidad, más cuando es tan compleja, exige reformas estructurales. La tesis de que las estructuras de seguridad tradicionales se encuentran desbordadas ante el surgimiento de amenazas y riesgos en un contexto en el que interactúan tantas variables es cada vez más aceptada (tanto en el ámbito político como en el debate académico). En algunos entornos geopolíticos se está considerando la conveniencia de adoptar efectivamente, con una aplicación práctica que supere la mera discusión teórica, una nueva concepción de la seguridad, inclusiva de realidades nuevas con la amplitud suficiente para generar y abarcar términos que superen los conceptos tradicionales y modifiquen las herramientas a las que se venía recurriendo.

Por lo tanto, al definir la seguridad como “derecho a los derechos” —intentando superar la contraposición entre libertad y seguridad como dos entidades que ocupan un mismo ámbito, como organismos que para su expansión fuerzan al respectivo y necesario retroceso del otro— debemos recordar que la seguridad se procura respecto a amenazas que pueden proceder del cuerpo social y de sociedades exteriores, pero también, y de un modo fundamental, respecto a la amenaza que puede suponer el poder totalitario, invasivo, controlador o arbitrario del propio Estado sobre sus ciudadanos.

Así, mientras al otro lado del Atlántico la Unión Europea decide dotarse de estrategias de seguridad integral que vinculan la concepción de seguridad que las sustenta al concepto de *seguridad humana* promocionado por las Naciones Unidas,³ en Colombia se analiza críticamente la política de seguridad democrática y se evalúan sus resultados, teniendo muy en cuenta los logros en cuanto a objetivos puramente operativos, pero fundamentalmente en cuanto a las consecuencias negativas que esta política ha tenido para la efectiva consecución de un mejor índice de desarrollo humano y en la promoción y defensa de los derechos y las libertades fundamentales de los habitantes de Colombia.

El análisis de sus resultados ha impulsado un apreciable cambio de estrategia, que se refleja en la orientación que del tratamiento del conflicto y de la cuestión de la seguridad, en un sentido más amplio, se da en los sucesivos planes nacionales de desarrollo

³ Ponemos como ejemplo la Estrategia Europea de Seguridad. Una Europa segura en un mundo mejor. Bruselas, 12 de diciembre de 2003, la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad. Marzo de 2010. Documentos que, entre otros, alientan a las Naciones Unidas a poner a la Unión Europea como ejemplo de promoción de la Seguridad Humana en informe del SG 68/685 –de seguimiento de la Resolución 66/290 (onu, 2013).

y en el surgimiento de instituciones promotoras de la asunción de una nueva concepción de seguridad que anteponga la defensa de los derechos humanos a la estabilidad institucional y política del Estado.

La asunción y efectiva implantación de una concepción de seguridad como la descrita exige no solo declaraciones y medidas parciales sino, fundamentalmente, la articulación de una estrategia basada en principios que aporte herramientas capaces de transformar los términos tradicionales de la seguridad y que establezca nuevos protocolos de planificación y gestión.

Aconseja la confección de documentos específicos destinados a analizar situaciones globales, en los que se refleje el mayor abanico posible de puntos de vista con el objeto de realizar diagnósticos certeros capaces de contribuir a una adecuada identificación de las amenazas y de las herramientas más aptas para prevenirlas e intervenir contra ellas, y que sirvan de referentes para la adopción de políticas encaminadas a una eficaz lucha contra la inseguridad a través de una efectiva selección y aplicación de los medios disponibles.

El enfoque integral exige el trabajo compartido de las administraciones públicas, el gobierno y las fuerzas de la oposición, los representantes de distintos ámbitos profesionales, académicos, la iniciativa privada y la sociedad civil. Es un trabajo destinado a la determinación de una directriz básica fundamentada en una concepción de seguridad clara y precisa, que impregne las políticas y las normas jurídicas en las que se plasme, a través de la aplicación consecuente de unos principios informadores tanto en sus exposiciones de motivos como en el desarrollo de sus articulados.

Colombia cuenta con instrumentos interesantes para la elaboración de diagnósticos y la identificación de los factores que determinan su realidad, como son los Planes de Desarrollo Humano. La existencia de estos documentos, que incluyen entre sus apartados el de la seguridad, puede ser considerada suficiente para el cumplimiento del objetivo de servir de base para el diseño de las políticas de seguridad.

Sin embargo, la amplitud y variedad de objetivos provoca un cierto desenfoque que, estimamos, podría ajustarse con la incorporación de un análisis de amenazas —y del riesgo de que estas se materialicen—, realizado en referencia a un concepto integral y con una visión interdisciplinar, en el que se establezcan graduaciones y criterios para la priorización entre dichas amenazas y se definan y cataloguen sistemáticamente las líneas de acción y respuesta con miras a fortalecer la prevención y la reacción. También sería preciso que se determinen con claridad los principios informadores cuya definición y bases para la interpretación y aplicación debería estar contenida en un documento estratégico como el que estimamos necesario.

Enfrentar la elaboración e implantación de una estrategia de seguridad integral sustentada en una concepción de seguridad vinculada al concepto de *seguridad humana* contribuiría a lograr la consolidación institucional efectiva en todo el territorio, la protección prioritaria de los Derechos Humanos y la recuperación del protagonismo para las condiciones económicas y sociales de la población, dejando atrás la segmen-

tación territorial y articulando y consolidando un sistema político que garantice en su funcionamiento la transparencia y adecuación al imperio de la ley.

Asimismo, contar con un instrumento como el descrito supondría una regulación del espacio conceptual que se define para la seguridad en Colombia, que no repita el modelo latinoamericano de servir como región depositaria de aplicaciones concretas de diferentes teorías sobre la seguridad y que propicie el desarrollo de su propia concepción y forma de aplicarla con base en sus peculiaridades históricas.

Serviría de guía y estructura marco para la elaboración coherente y coordinada de las normas jurídicas vinculadas al ámbito de la seguridad, evitando disonancias e incongruencias entre leyes que van a regular una misma política, e informando el criterio gubernamental en la selección de socios y aliados internacionales que acepten aquella colaboración que más se ajuste a su concepción de seguridad.⁴

1.2. El papel de la universidad en la formación en seguridad: los riesgos de no desarrollar una concepción propia de la seguridad

Para confeccionar y definir la estrategia y los documentos que la integrarían es preciso generar un debate social amplio que cuente con apoyo y sustento en el análisis y sistematización de los datos que aporta una realidad tan compleja y de una elaboración doctrinal que sea capaz de alertar respecto de las incongruencias o faltas de coherencia entre las declaraciones, los principios y las medidas destinadas a aplicarse.

Si no contamos con actores y observadores críticos y neutrales o si ignoramos sus reflexiones, podríamos vernos en una paradójica situación en la que los principios y fundamentos de las políticas de seguridad se ajusten a la nueva concepción y al modelo integral que se pretenda adoptar, mientras que el desarrollo de los documentos establecidos para ponerlas en práctica nos remita a los conceptos y sistemas tradicionales, al seguir manejándose las herramientas que aún no sabemos o no queremos sustituir.

Podemos terminar en este desconcertante escenario bien por falta de voluntad o bien por falta de capacidad para traducir los principios orientadores en instrumentos prácticos y medidas efectivamente aplicables a la realidad.

Es posible que haya quienes adviertan los réditos que puede ofrecer una concepción amplia de seguridad —supuestamente basada en la garantía y el efectivo disfrute de los derechos y libertades fundamentales, que abarca prácticamente todas las esferas de la vida social e implica a multitud de actores—, que disolviendo las prevenciones que generaba la concepción tradicional, vinculada al control y ejercicio de la coacción y de la fuerza, suponga en la práctica la priorización del orden y la estabilidad sociopo-

⁴ Pongamos como ejemplo el narcotráfico, considerado uno de los principales problemas de la región. Colombia ha luchado contra esta amenaza con base en la concepción dictada por el enfoque de la seguridad de los Estados Unidos (su principal aliado en esta materia). Si embargo, existen alternativas como la posición europea en la lucha contra las drogas que se vincula más al ámbito de la salud pública y propugna por la colaboración multilateral, los programas de desarrollo alternativo y la cooperación económica más que por la sobredimensión de la acción militar (Rivera Vélez, 2008).

lítica sobre la consecución del bienestar de unos ciudadanos menos críticos y que no advierten que este solo podrá obtenerse a través, precisamente, de la promoción y desarrollo efectivo y real de los derechos y libertades fundamentales.

La aceptación acrítica de cualquier concepto de seguridad (incluida la seguridad humana), sin adaptación a la realidad del país y la región, sin afrontar el reto de la construcción de una respuesta propia para su aplicación práctica en la política de seguridad colombiana, puede dirigirnos a la asunción de una concepción de seguridad demasiado amplia que nos lleve a sobredimensionar la trascendencia de la seguridad y subordinar a esta las políticas sociales, aduciendo que encuentran su fundamento en la protección de la seguridad ciudadana y no en la que debe ser la finalidad precisa que aliente su diseño e implantación: garantizar la cobertura de las necesidades esenciales y mejorar la calidad y condiciones de vida de los habitantes de Colombia.

No debemos desconocer que vincular estrechamente la seguridad al desarrollo solo puede contribuir positivamente a este cuando evitamos una perspectiva integral y expansiva únicamente en lo que respecta a las fuentes de peligro y los puntos de interés y se aplica a las líneas de acción y a las medidas, sin limitarnos a dar preferencia al recurso a la fuerza y al uso de herramientas punitivas y de incremento del control social, sino priorizando el uso de herramientas no habituales en este ámbito y cuyos procedimientos y tiempos de exposición son distintos a los que se utilizan tradicionalmente y desde una perspectiva reactiva.

Al momento actual lo define la transformación. Estamos ante un período de transición que va a ser complejo y a generar disfunciones.

1.3. Cómo los estudios universitarios en seguridad pueden contribuir a minimizar los riesgos

Lo que propone este trabajo es la creación de una herramienta destinada a alentar, desarrollar, encauzar, sistematizar y difundir los esfuerzos para pensar la seguridad teniendo presente el contexto socioeconómico, cultural y político, la evolución de la concepción que de la misma se ha ido adoptando en el territorio y sus resultados, el horizonte que se pretende conquistar y cuál es la finalidad primordial que la sociedad persigue al reclamar seguridad: la estabilidad del orden institucional y político establecido o la garantía del conjunto de condiciones que permiten establecer un marco de protección de aquello que aprecia.

Un instrumento más que se suma a los ya existentes, aportando como novedad una perspectiva integral con una estructura abierta y flexible que, desde un espacio neutro y estrictamente civil, sea capaz de promover la participación de una gran variedad de actores, así como de divulgar sus aportaciones en una sociedad implicada y con capacidad crítica.

Se proponen unos estudios universitarios en seguridad en los que tengan cabida actividades investigadoras, formativas y de carácter divulgativo. Un espacio de reflexión

y diálogo que pueda utilizarse como punto de encuentro para contrastar opiniones, intercambiar propuestas y alcanzar consensos, en el que puedan coincidir actores de diferentes ámbitos y con sensibilidades distintas, generando una sólida base común y un conocimiento mutuo que les permita diseñar y realizar acciones en las que la colaboración y la coordinación sean las notas predominantes y se forjen relaciones en las que la desconfianza y la suspicacia no hallen lugar.

Consideramos que el diseño de títulos con estas características es necesario y positivo puesto que entendemos que la asunción de una nueva concepción de seguridad exige otro modo de enfrentarla, precisa de protocolos y espacios para el adiestramiento en su aplicación efectiva.

Este instrumento académico podría constituirse como referente de la capacitación y formación de los actores de la seguridad en cuanto a la actuación conforme al nuevo paradigma que se adopte.

2. Los objetivos y la metodología de trabajo en los estudios universitarios de la seguridad

2.1. La generación de conocimiento a partir de la investigación, el análisis y el debate

Colombia cuenta con órganos solventes y de amplia trayectoria dedicados a la obtención, análisis y sistematización de la información relativa al ámbito de la seguridad. Hay entidades oficiales, centros académicos y observatorios dependientes de distintas instituciones o entidades privadas que se ocupan de la recopilación y gestión de los datos que afectan a la seguridad entendida, fundamentalmente, como la ausencia de violencia.

La tarea de las formaciones cuyo fomento proponemos estará presidida por una concepción integral de la seguridad y se centrará en desarrollar la labor doctrinal precisa para la elaboración y asentamiento de conceptos.

Generar conocimiento es uno de los principales objetivos de las universidades e instituciones universitarias y a este logro se llegará a través de la planificación de dos líneas de investigación fundamentales. Por un lado, la que se ocuparía del estudio de la evolución teórica y su reflejo en las normas, la jurisprudencia y los documentos oficiales tanto de las administraciones públicas colombianas como de las organizaciones internacionales con actividad en la región. Un trabajo dogmático con una fuerte raíz normativa que se vería completado por la rama de investigación dedicada al análisis de la situación fáctica, empresarial y formativa de los distintos sectores de la seguridad. La otra línea se ocuparía de la realidad de las distintas dimensiones de la seguridad, de cómo la evolución de la concepción de seguridad y su plasmación normativa afecta a cada una de ellas, a su definición, sus competencias, sus actores y la formación que estos reciben.

El proyecto que proponemos entiende que es imprescindible una relación fluida y continua con las entidades, centros educativos y observatorios a los que hemos hecho referencia y, en el desarrollo de la fase previa de implantación de los títulos, sería precisa la negociación y firma de convenios de colaboración con aquellas que se muestren interesadas en participar.

Con el convencimiento de que las enseñanzas extraídas serán tanto más útiles cuanto mayor y diverso haya sido el debate que haya contribuido a su conformación, en el diseño curricular complementario debe preverse la constitución de foros de discusión a los que se invitará a representantes de los diferentes sectores implicados en los temas que se aborden.

2.2. La transferencia de conocimiento a través de la formación y los servicios de asesoría

Las lecciones extraídas de la investigación y el debate tendrán mayor utilidad si diseñamos fórmulas destinadas a la transferencia de los conocimientos que se hayan generado.

La divulgación es adecuada para la contribución a la creación de una cultura de seguridad y para la difusión de ideas y conceptos. La transferencia de conocimiento debe ser aplicable, debe servir para la capacitación de actores en el manejo y uso de las nuevas herramientas.

Por este motivo, el pilar estructural será la formación, la educación y la preparación de distintos actores de la seguridad en las definiciones, las ideas, los retos y en la aplicación y utilización de nuevos instrumentos.

Todo ello presidido por una concepción integral de la seguridad y por la insistencia en la trascendencia que para esta noción tienen la planificación y la gestión basadas en un riguroso análisis de la situación y del riesgo.

La otra fórmula prevista para la transferencia de conocimiento consiste en la generación de un servicio de asesoría con capacidad para acompañar a las instituciones públicas y entidades privadas que así lo deseen en la elaboración de las pautas para los procesos de selección del personal de seguridad y para el diseño y la confección de los programas de formación continua en esta materia que deban impartirse.

2.3. La promoción de la participación e implicación de actores no tradicionales para la contribución a la generación de una cultura de seguridad

Debe definirse bien qué se entiende por tal (por cultura de seguridad), qué se pretende y si consiste únicamente en generar en el ciudadano una conciencia de las amenazas ante las que somos vulnerables.

Hay que ser prudente con base en qué y con qué objetivo se genera o, en lugar de definir una cultura de la seguridad, podemos correr el riesgo de alentar una cultura del miedo.

La generación de temores, la cultura del miedo incapacita y provoca la inhibición. Nos proporciona ciudadanos que reclaman protección de forma acrítica, sumisos a las decisiones de quien pueda ofrecerla y dóciles ante las aparentemente justificadas renuncias que se le exigen a cambio de ella.

La cultura de seguridad capaz de contribuir a la consolidación de una concepción de seguridad semejante a la que defendemos en esta ponencia es aquella que incrementa la capacidad de juicio y análisis del ciudadano respecto de esta materia (capacitación que solo se podrá alcanzar a través de un adecuado acceso al conocimiento proporcionado por la posibilidad de obtener información transparente y responsable), que le hace consciente de su papel en el ámbito de la seguridad, como objeto prioritario de protección integral, pero también como actor del sistema, al que se le proporcionan las herramientas que le permitan participar en el mismo.

La cultura de seguridad, a cuya consecución se quiere contribuir, empodera al ciudadano; no pretende adoctrinarlo ni atemorizarlo, sino ofrecerle la información y conocimiento que lo capacite como elemento activo en el sistema, requiere su participación para la definición de las amenazas y los medios de lucha contra ellas y lo hace consciente de que la seguridad no es sino la garantía de disfrute de unos derechos que solo en circunstancias extraordinarias y muy delimitadas optará por restringir.

Con este objetivo, desde las formaciones en seguridad se alentaría el diseño de una política de comunicación articulada en torno a la gestión de tecnologías de la información y de la comunicación (redes sociales, blogs, foros, webs) y la celebración de campañas temáticas que contribuyan a que las enseñanzas obtenidas sean debidamente difundidas entre la población civil, adaptadas a un nivel de comprensión adecuado a distintos grados formativos y con una prioritaria finalidad pedagógica.

Asimismo, en el marco de la extensión universitaria, se propone el desarrollo de un programa de conferencias y talleres gratuitos para las entidades de la sociedad civil y centros educativos o culturales que así lo soliciten (asociaciones de vecinos, asociaciones profesionales, ONG, centros de acción social, etc.).

Lo que se pretende, de manera directa, a través de realización de estas actividades es contribuir al desarrollo de la capacidad crítica de la población alcanzada, priorizando el conocimiento y articulando espacios y herramientas de participación para lograr la incorporación de la visión de la sociedad civil en el sistema de seguridad.

3. Conclusiones

La efectiva evolución en la concepción de la seguridad no será posible sin una orientación integral en la producción normativa y sin un diseño integral de la formación que

sea compartido al menos por aquellos actores que van a tener la responsabilidad de gestionar la seguridad y adoptar las decisiones de diseño y planificación.

Resulta preciso que la universidad dedique atención y recursos a un ámbito tradicionalmente excluido de su objeto de estudio y al que solo se ha venido acercando tangencialmente a través de las áreas de conocimiento que tienen alguna relación temática.

Una programación docente que se dedique a la concepción integral de la seguridad, con un diseño de pregrado profesional que se centre en ella y en todos los factores que contribuyen a consolidarla o vulnerarla, permitiría contar con especialistas capaces de realizar diagnósticos globales y con la habilidad suficiente para predecir cómo la adopción de un determinado principio, a priori deseable, puede tener consecuencias sobre otros pilares considerados irrenunciables de nuestro modelo de Estado.

De este modo, una formación desarrollada con base en un concepto de seguridad integral puede advertirnos sobre los riesgos de asumir premisas, en apariencia inocuas, como la consideración de la seguridad como un derecho fundamental autónomo que debe ser protegido de forma prioritaria.

Referencias

- Angarita Cañas, P. E. (2011). *Seguridad Democrática. Lo invisible de un régimen político y económico*. Siglo del Hombre Editores.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Libro Blanco de la Seguridad Ciudadana y la Convivencia de Bogotá (2008). Primeros resultados*. ONU HABITAT-Programa Ciudades más Seguras, Bogotá.
- Organización de las Naciones Unidas. (2011). *Libro Blanco de la seguridad y la convivencia de Medellín*. ONU HABITAT-Municipio de Medellín-Universidad EAFIT.
- Organización de las Naciones Unidas. (2013, 23 de diciembre). Resolución 68/685. Seguimiento de la resolución 66/290 de la Asamblea General sobre seguridad humana. Distr. General, Organización de las Naciones Unidas.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (1994). *Informe sobre desarrollo humano 1994: Nuevas dimensiones de la seguridad humana*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)-Fondo de Cultura Económica.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2013). *Informe Regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Nueva York, 2013.
- Ríos Sierra, J., Bula Escolar, G., Brocate Pirón, R. (2013). Estado, Estado de Derecho y violencia armada en Colombia (2000-2011). *Revista Paz y Conflictos*, 6, 6-31. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/427>
- Rivera Vélez, F. (2008). Estudio introductorio. En *Seguridad multidimensional en América Latina* (pp. 11-37). FLACSO Ecuador-Ministerio de Cultura de Ecuador.

Seguridad alimentaria en el aspecto del hambre: un panorama jurídico-político para el cumplimiento de los ODS

*Food security in the aspect of hunger:
A legal-political panorama for the fulfillment of the SDGs*

Francieli lung Izolani¹

Cómo citar: lung, F. (2021). Seguridad alimentaria en el aspecto del hambre: un panorama jurídico-político para el cumplimiento de los ODS. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-15. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1427>

Recibido/15/08/2021 – Aceptado/23/11/2021 – Publicado/10/12/2021

Resumen

Esta investigación tiene como objetivo central comprender la seguridad alimentaria en Brasil ante el desperdicio de alimentos en la cadena productiva, y verificar las perspectivas de mitigación para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente en cuanto al hambre. El desperdicio de alimentos empieza con el manejo, almacenamiento y acondicionamiento, debido a la ineficiencia de las cadenas de abastecimiento y de procesamiento, distribución y consumo. Al desperdicio de alimentos se le añaden los impactos socioambientales por el uso del agua, en el suelo y en la biodiversidad, que impiden la solución del hambre, teniendo en cuenta que la alimentación adecuada y la existencia de una producción suficiente de alimentos constituyen un derecho humano fundamental. En ese contexto, se plantea como problema de investigación el siguiente interrogante: ¿cuáles son las perspectivas de mitigación del desperdicio de alimentos a lo largo de la cadena productiva para el cumplimiento de los ods?

Palabras clave: cadena productiva de alimentos; cumplimiento de los ods; desperdicio de alimentos; hambre; seguridad alimentaria.

¹ Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad Regional Integrada del Alto Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URISAN). Magíster en Derecho de la Universidad Federal de Santa María (2021) - Línea de investigación Sociobiodiversidad y Sostenibilidad Derechos. Postgrado en Derecho Constitucional por la Universidade Anhanguera-Uniderp (2016) y Postgrado en Derecho Civil por la Universidade Anhanguera-Uniderp (2016). Postgrado en Derecho de la Seguridad Social con énfasis en Educación Superior de la Universidade Anhanguera-Uniderp (2011). Licenciada en Derecho por la Universidad Regional del Noroeste del Estado de Rio Grande do Sul (2008). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho de la Sociobiodiversidad (GPDS / UFSM) y del Grupo de Investigación en Derecho Animal (GPDA / UFSM). Miembro del equipo técnico de la Revista Direitos Emergentes em Sociedade Global, Universidad Federal de Santa María (REDESG / UFSM). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1307-7758>

Abstract

The main objective of this research is to understand food security in Brazil in the face of food waste in the production chain, and to verify the mitigation perspectives for the fulfillment of the Sustainable Development Goals, especially regarding hunger. Food waste begins with handling, storage and conditioning, due to inefficiency in supply chains and processing, distribution and consumption. To food waste are added the socio-environmental impacts of the use of water, soil and biodiversity, which prevent the solution of hunger, taking into account that adequate food and the existence of sufficient food production constitute a right fundamental human. In this context, the following question is posed as a research problem: what are the prospects for mitigating food waste throughout the production chain for the fulfillment of the SDGs?

Keywords: Compliance with the SDGs, food production chain, food safety, food waste, hunger.

1. Introducción

Esta investigación deriva de un análisis académico en torno a la seguridad alimentaria en Brasil. Este tema se abordó en el marco del I Simposio Internacional de Derecho Público organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Grupo de Investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado, en el mes de junio de 2021, ante la problemática que existe del desperdicio de alimentos desde la producción hasta llegar al consumidor final, que es muy grave y compromete el derecho a la seguridad alimentaria, especialmente respecto del hambre, de acuerdo con lo estipulado por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Los problemas del desperdicio se dan en los procesos de manejo, almacenamiento y acondicionamiento, cuyo origen está en la ineficiencia de las cadenas de abastecimiento, procesamiento, distribución y consumo. A ese respecto, la infraestructura y la logística son inadecuadas, hace falta la tecnología, sea por no haber habilidad o conocimiento, al tiempo que hay insuficiencia de la capacidad de gestión. Según la FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), este contexto se traduce en un 54 % de desperdicio o pérdida de alimentos en la primera fase de producción, que es el manejo, almacenamiento y acondicionamiento, al paso que los otros 46 % están en la próxima fase, la de procesamiento, distribución y consumo (FAO, 2013).

A ese porcentaje se le agregan no solo las pérdidas económicas sino también los impactos socioambientales, ya que son utilizados más recursos naturales, como el agua, el suelo y la biodiversidad, llegando al monto de us\$ 750 billones anuales (FAO, 2013).

Esa suma de factores tiene como resultado que hay más de 870 millones de personas con hambre, sin contar con los datos postpandemia, aun cuando en el papel el derecho a la alimentación adecuada sea un derecho humano junto con la seguridad alimentaria. Asimismo, la producción suficiente de alimentos es problemática en países del Sur Social, como Brasil, donde el número de personas con hambre llega a 116 millones (FAO, 2013).

Teniendo en cuenta ese panorama, la presente investigación se centra en buscar respuestas al siguiente problema: ¿cuáles son las perspectivas de mitigación del desperdicio de alimentos a lo largo de la cadena productiva para el cumplimiento de los ODS?

En cuanto a la estructura, esta investigación se encuentra dividida en tres tópicos. El primer objetivo comprende el derecho a la seguridad alimentaria en Brasil y su relación multidimensional con los ODS, especialmente con el hambre. El segundo objetivo busca identificar el desperdicio en las fases de la cadena de producción de alimentos en Brasil y sus impactos socioambientales. Y finalmente, el tercer objetivo pretende analizar perspectivas de mitigación del desperdicio de alimentos en el contexto brasileño para el cumplimiento de los ODS.

Metodología

Para lograr los objetivos de esta investigación se adopta el trinomio metodológico con abordaje sistémico-complejo, mediante un procedimiento de investigación bibliográfica y de análisis de datos, a partir de las técnicas de resúmenes y ficheros, tablas y gráficos. Se concluye que, para la mitigación del desperdicio de alimentos, son necesarios cambios en el manejo de toda la cadena de producción, incluso en el consumo final. Además, son fundamentales las políticas públicas dirigidas a la promoción de subsidios a los productores de la agricultura familiar, los incentivos en la capacitación del proceso de producción, la disponibilidad de acceso a nuevas tecnologías y la educación ambiental; aspectos todos que se constituyen como una posible solución a la problemática, viabilizando, al fin, la efectividad de los ODS propuestos.

2. El derecho a la seguridad alimentaria en Brasil ante el hambre: imbricaciones multidimensionales sobre los ODS

En Brasil, las discusiones sobre los impactos del modelo de producción agroalimentaria son hegemónicas. La Revolución Verde fue implantada en 1960 y tuvo fuerza solamente a final de los años 1990, más específicamente con la Conferencia Mundial de Alimentación de 1996, y luego con la creación de una ley federal en 2006, la primera en conceptualizar la seguridad alimentaria como un derecho en el país.

A la fecha, el aspecto de la efectividad jurídica y social del derecho a la alimentación, como tema cualitativo-cuantitativo de la seguridad alimentaria respecto del hambre y de su agravamiento por la pandemia, sugiere una visión más sistémica y multidimensional para que se puedan cumplir con los ODS de la Agenda 2030. En ese contexto, este tópico busca comprender el derecho a la seguridad alimentaria en Brasil y su relación multidimensional con los ODS, especialmente ante el hambre.

Como ya se ha mencionado, las discusiones sobre seguridad alimentaria, en Brasil, fueron impulsadas al final de los 1990, periodo de reafirmación del derecho humano a la alimentación adecuada. La seguridad alimentaria solamente se podrá alcanzar en el momento en que todas las personas tengan acceso físico y económico a alimentos

adecuados, lo que significa no solo el acceso a los nutrientes, sino también a condiciones socioeconómicas, culturales, climáticas y ecológicas (Leão, 2013).

A partir de ese concepto, se puede verificar la multidimensionalidad de la seguridad alimentaria, en su perspectiva sistémico-compleja, en la cual el derecho humano a la alimentación adecuada es uno de los microsistemas que la componen (lung Izolani, 2021), pues tiene relación no solo con el ODS que se refiere al hambre, sino con muchos otros de ellos. Lo anterior, porque cuando la inseguridad alimentaria se expresa por el hambre, afecta la condición que genera la vida, la dimensión del propio ser humano y de su identidad sociocultural (Machado de Albuquerque, 2009), con reflejos socioambientales en la sociedad como un todo.

Así, analicemos ahora la evolución político-jurídica de la seguridad alimentaria en Brasil. Para empezar, véase que esa expresión, traducida del inglés *food security*, no se trata de un concepto finalizado, sino en construcción (Burlandy y Da Costa, 2007).

En el escenario mundial, diferente del nacional, su primera definición oficial fue en el año 1974, en la Conferencia Mundial de la Alimentación, cuando definía la “disponibilidad en todos los momentos de suministros mundiales adecuados de alimentos básicos para sostener una expansión constante del consumo de alimentos y compensar las fluctuaciones en la producción y en los precios” (FAO, 2003). El concepto estaba de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Jamil Maluf, 2007).

Ya en 1983 hubo una inclusión referente a la seguridad de acceso físico y económico a la alimentación básica (FAO, 1983). Pero fue solo con la Conferencia Mundial de la Alimentación de 1996 cuando se pasó a dar más complejidad al concepto de seguridad alimentaria, cuyo presupuesto de efectividad se circunscribía a que todas las personas, cual fuera el momento, tuvieran acceso físico y económico a alimentos suficientes, seguros y nutritivos, de acuerdo con sus preferencias y necesidades para una vida activa y saludable (FAO, 1996).

Cinco años después se publica el informe Estado de Inseguridad Alimentaria en el Mundo 2001 (FAO, 2002), retomando el concepto de 1996 y añadiendo el tema del acceso social al lado del acceso económico y físico. Es por el aspecto social que se justifican las preocupaciones del hambre, tanto la que es consecuencia de la subnutrición (aspecto cualitativo), como aquella que aún persiste en la actualidad y que se deriva de escasez de acceso (aspecto cuantitativo).

El concepto de seguridad alimentaria y nutricional envuelve la relación entre el ser humano y el alimento, con la disponibilidad de alimentos saludables, técnicas de preservación del valor nutricional y sanitario, promoción de la salud, higiene y vida saludable, así como, el tema de la producción y de la disponibilidad de alimentos, incluso la cantidad suficiente y adecuada, en aspecto cualitativo y cuantitativo, en oferta permanente, el acceso universal y, principalmente, sostenible, agroecológica, social, económica y culturalmente (Traducción del autor) (lung Izolani, 2021, p. 66).²

² Texto original: “Nesse diapasão, o conceito de segurança alimentar e nutricional envolve a relação entre o ser humano e o alimento, com a disponibilidade de alimentos saudáveis, técnicas de preservação do valor nutricional e

Es importante resaltar que el concepto de seguridad alimentaria tiene aspectos multi-dimensionales, pues está abordado por diferentes sistemas, como el social, el económico y el cultural; asimismo, tiene relación con la cantidad disponible para las personas y con la cualidad de lo que se produce, principalmente a partir de la Revolución Verde con los plaguicidas y con los transgénicos. Es por ello que en Brasil se *llama seguridad alimentaria y nutricional*, ya que el alimento no puede solamente llegar a las personas, sino que debe alimentar, es decir, el alimento debe tener valor nutricional.

Actualmente, en Brasil, la Ley 11 346 de 2006 viene a definir, oficialmente, el concepto de seguridad alimentaria y nutricional (SAN) en su artículo 3:

La seguridad alimentaria y nutricional consiste en la realización del derecho de todos al acceso regular y permanente a alimentos de cualidad, en cantidad suficiente, sin comprometer el acceso a otras necesidades esenciales, teniendo como bases prácticas alimentares promotoras de salud que respeten la diversidad cultural y que sean ambiental, cultural, económica y socialmente sostenibles (Presidência da República, Ley 11 346, 2006).

Para que sea garantizado el derecho a la seguridad alimentaria, el Decreto 7272, publicado el 25 de agosto de 2010, plantea algunas acciones importantes: se establecieron principios para dirigir las acciones del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SISAN); se reguló la Ley 11 346 de 2006; se creó la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PNSAN) (Presidência da República, Decreto 7272, 2010).

De acuerdo con ello, lo que podría ser comprendido como grandes avances en el tema de seguridad alimentaria enfrenta retos, pues Brasil es uno de los países que más desperdicia alimentos en el mundo, creando un panorama de inseguridad alimentaria. De acuerdo con el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), la población brasileña está constituida por más de 212 millones de personas (IBGE, 2021), de las cuales más de 116 millones de personas sufren algún tipo de inseguridad alimentaria. De esos 116 millones, hay 43,4 millones en situación de inseguridad alimentaria moderada o grave; 20,5 % de la población no cuenta con la cantidad de alimentos suficiente (moderada), y 19,1 millones, alrededor de 9 % de la población, tiene hambre. Este es un panorama grave de inseguridad alimentaria, según investigación de la Red Brasileña de Investigación en Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional, realizada en 2020 (rede penssan, 2021).

Entre 2017 y 2018 se realizó una investigación en el ámbito de los hogares, llamada Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), que emitió que 10,3 millones de brasileños tenían en su domicilio una privación severa de alimentos; 36,7 % de los hogares tuvieron algún grado de inseguridad alimentaria; mitad de los niños menores de cinco años viven en hogares con algún grado de inseguridad alimentaria; más de la mitad de los hogares con inseguridad alimentaria grave son administrados por mujeres; 1,3 millón están en el nordeste de Brasil (IBGE, 2019).

sanitário, promoção da saúde, higiene e vida saudável, assim como, a questão da produção e da disponibilidade de alimentos, inclusa a quantidade suficiente e adequada, no aspecto quali e quantitativo, em oferta permanente, o acesso universal e, principalmente, sustentável, agroecológica, social, econômica e culturalmente” (Lung Izolani, 2021).

Esos datos aumentaron su porcentaje por la pandemia, por la crisis socioeconómica que se ha establecido con las medidas de aislamiento y clausura de establecimientos como un intento de frenar la contaminación por el virus covid-19. A este panorama se les suman los altos índices de pérdida (descarte no intencional desde el manejo, el transporte y el acondicionamiento de los alimentos) y de desperdicio (descarte intencional en la distribución, el comercio y por el consumidor) de la producción de alimentos (FAO, 2017).

De acuerdo con ello, Brasil se encuentra entre los diez países que más desperdician alimentos en el mundo, un monto de unos 35 % de toda su producción anualmente (Benítez, 2021), contribuyendo para el 6 % de las pérdidas mundiales de alimentos de Latinoamérica y el Caribe (Benítez, 2021). Eso totaliza 1,3 billones de toneladas de alimentos perdidos o desperdiciados en el mundo, cantidad que podría alimentar alrededor de 2 billones de personas con hambre (FAO, 2017).

Los datos anteriores demuestran que el hambre está conectada directamente con el tema del desperdicio de alimentos y, por lo tanto, esto constituye un bloqueo para que el derecho a la seguridad alimentaria sea efectivo en Brasil, lo que conlleva que se vea comprometido el cumplimiento de la Agenda 2030 y los 17 ODS. En este orden de ideas, la Agenda 2030 es un documento elaborado por jefes de Estado y de Gobiernos entre el 25 y el 27 de septiembre de 2015 en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas, y contiene metas para los 15 años sucesivos. Así, la Agenda es un compromiso que consiste en:

Un plan de acción para las personas, para el planeta y para la prosperidad. Ella también busca fortalecer la paz universal con más libertad. Reconocemos que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluyendo la extrema, es el mayor desafío global y un requisito indispensable al desarrollo sostenible (ONU, 2015).

Teniendo en cuenta una visión multidimensional del derecho a la seguridad alimentaria es posible decir que la pobreza y el hambre caminan juntas y son impedimentos de la realización de ese derecho, lo que constituye un problema humanitario que también fue pensado cuando se establecieron los ODS en la Agenda 2030.

Resaltemos la relación entre los ODS y las siguientes metas de la Agenda 2030:

Acabar con la pobreza y el hambre en todos los lugares; combatir las desigualdades dentro y entre los países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger los derechos humanos y promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas; y asegurar la protección duradora del planeta y sus recursos naturales. Resolvemos también crear condiciones para un crecimiento sostenible, inclusivo y económicamente sostenido, prosperidad compartida y trabajo decente para todos, teniendo en cuenta los diferentes niveles de desarrollo y capacidades nacionales. Esos objetivos y metas son el resultado de más de dos años de consulta pública intensiva y involucramiento junto a la sociedad civil y otras partes interesadas en todo el mundo, prestando una atención especial a las voces de los más pobres y vulnerables. Esta consulta incluyó el valioso trabajo realizado por el Grupo

de Trabajo Abierto sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Asamblea General y por las Naciones Unidas, cuyo secretario-general presentó un informe de síntesis en diciembre de 2014 (onu, 2015).

Conviene también mencionar que los 17 ODS se encuentran al lado de 169 metas que, conjuntamente, componen la Agenda 2030. Aquellos tienen por base los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que no fueron alcanzados, siendo ahora un intento de integración e indivisibilidad de los 17 ODS para que sean factibles.

Es destacable que todos los ODS se encuentran relacionados con el derecho a la seguridad alimentaria, en la visión multidimensional e integrada de la sostenibilidad, llamada sistémico-compleja, tomando como base a Morin (2003) y Capra (2012).

En la tabla 1 se enumeran los 17 ODS y sus relaciones con la seguridad alimentaria:

Tabla 1. Los 17 ODS y la seguridad alimentaria.

ODS	Relación con la seguridad alimentaria
1 Erradicación de la pobreza	No hay cómo erradicar el hambre sin erradicar la pobreza
2 Hambre cero y agricultura sostenible	Es necesaria la creación de estrategias para otras formas de producción no hegemónicas
3 Salud y bienestar	Los plaguicidas afectan la salud y bienestar
4 Educación de calidad	El papel de la educación ambiental es primordial
5 Igualdad de género	Los hogares administrados por mujeres fueron los que más sufrieron con inseguridad alimentaria
6 Agua potable y saneamiento	Es necesario sustituir el uso de los plaguicidas y hacer políticas públicas para erradicar la pobreza
7 Energía limpia y accesible	Desperdiciar menos, contaminar menos el ambiente
8 Trabajo decente y crecimiento económico	Hacen falta incentivos públicos a los agricultores familiares
9 Industria, innovación e infraestructura	Una rama que puede ser direccionada a desarrollar herramientas a favor de la agricultura familiar
10 Reducción de las desigualdades	Con más incentivos, la agricultura familiar puede crecer frente a los grandes propietarios de monocultivos de exportación que no alimentan el mercado interno
11 Ciudades y comunidades sostenibles	La agroecología desarrollada por la agricultura familiar, entre las cuales la producción orgánica promueve ambientes más sostenibles
12 Consumo y producción responsables	Substituir los plaguicidas empieza también por un cambio en las escogencias de aquellos que compran los alimentos, los consumidores, y por desperdiciar menos, comprando solamente lo que necesario
13 Acción contra el cambio climático global	Desperdiciar menos implica producir menos y promover menos impactos en el medio ambiente, como la emisión de gases de efecto invernadero
14 Vida en el agua	Promover menos impactos en el medio ambiente, utilizando menos agua; escoger los alimentos sin uso de plaguicidas ayuda a no contaminar la vida marina

ODS	Relación con la seguridad alimentaria
15 Vida terrestre	Disminuir el daño ambiental derivado de los plaguicidas a los animales, plantas y a la vida terrestre en general
16 Paz, justicia e instituciones eficaces	Las políticas públicas son muy necesarias, y las instituciones preparadas ambientalmente para incentivar la sostenibilidad
17 Parcerías y medios de implementación	Para hacer un cambio en este sistema hegemónico, hay que implementar cooperación y articulación de la sociedad como un todo

Fuente: elaboración propia.

Por lo tanto, los ODS están integrados con las tres dimensiones tradicionales del desarrollo sostenible (Altmann y lung Izolani, 2020), lo social, lo económico y lo ambiental, que deben ser comprendidos de forma interrelacionada también con el tema de la seguridad alimentaria. Además, la seguridad alimentaria es multidimensional y solamente podrá ser garantizada con la implementación de cambios en diversas áreas culturales, sociales, económicas, jurídicas; empezando por un factor que la impide como ya ha sido visto previamente, que es el hambre en su aspecto cuantitativo, lo que pasa por el desperdicio, como adelante se verá.

3. El desperdicio en las fases de la cadena de producción de alimentos en Brasil y sus impactos socioambientales

Aunque el mundo esté pasando por la pandemia de covid-19 con muchos reflejos socioeconómicos, ha crecido la producción de monocultivos en Brasil, el llamado *agro-negocio*. Brasil ha sido reconocido mundialmente por su alta producción en medias y grandes áreas de cultivo como la soya, el maíz, el trigo y la res; aun cuando, paradójicamente, a su vez, es el país con mayores índices de hambre y de inseguridad alimentaria. Varios son los factores que contribuyen para ese panorama grave, y uno de ellos es el desperdicio. En ese contexto, este tópico tiene por objeto identificar el desperdicio en las fases de la cadena de producción de alimentos en Brasil y sus impactos socioambientales.

De acuerdo con lo dicho, Brasil produce muchos alimentos; en ello, la agricultura familiar cumple un gran papel de abastecimiento del mercado interno. No obstante, el desperdicio de alimentos está presente en varias etapas de la producción. Según la Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (embrapa), el Censo Agropecuario 2017-2018, realizado por IBGE, comprueba que la agricultura familiar generó unos 106,5 billones de reales³ (23 % del total de lo que se produce nacionalmente), al lado de los otros 77 %, por la agricultura no familiar, lo que corresponde a 355,9 billones de reales (IBGE y embrapa, 2018). Es muy importante, de esa forma, lo que se produce por la agricultura familiar, ya que la producción de granos por la agricultura no familiar es para exportación, cuyo récord va a ser alcanzado en 2021, con 260,5 millones de toneladas, 2,5 % más que en 2020 (IBGE y embrapa, 2018).

³ Moneda brasilera.

Además, hay datos relevantes en ese Censo Agropecuario 2017-2018, pues 30 % del total de 65 productos agrícolas, como granos, caña de azúcar, hortalizas y frutas, es de origen de la agricultura familiar (IBGE y embrapa, 2018). De la producción frutífera se destacan las fresas (81,2 %) y las uvas (79,3 %) (IBGE y embrapa, 2018). De la pecuaria, 31 % son res, 45,5 % aves, 51,4 % cerdos, y 70,2 % caprinos. En cuanto a la leche, la producción de agricultura familiar llega a 64,2 %. En Brasil, hay larga producción agroalimentaria como se evidencia en la tabla 2, que hace expresivos sus porcentajes en la agricultura familiar.

Tabla 1. Producción agroalimentaria de la Agricultura Familiar en 2017-2018.

Producto	Producción total	Producción familiar	Participación de la agricultura familiar (%)
Arroz em cascara (1.000 t)	11.057	1.208	10,9
Frijol (todos los tipos)(1.000 t)	2.215	512	23,1
Maíz em grano (1.000 t)	88.100	10.972	12,5
Soya (1.000 t)	103.156	9.559	9,3
Trigo (1.000)	4.681	862	18,4
Mandioca (1.000 t)	6.559	4.563	69,6
Café em grano (Verde)(1.000 t)	2.357	892	37,8
Banana (1.000 t)	4.026	1.954	48,5
Piña (1.000 t)	996	668	67,1
Acai (1.000 t)	280	221	78,7
Lechuga (1.000 t)	672	432	64,4
Pimentón (1.000 t)	255	159	70,8
Leche de vaca (millones de litros)	30.156	19.351	64,2
Huevos (millones de docenas)	4.627	579	12,4

FONTE: IBGE, Censo agropecuário 2017 - 2018

Fuente: IBGE y EMBRAPA, 2018.

Por lo tanto, los principales alimentos de la base alimentaria de la población brasileña son producidos en Brasil, y existe producción suficiente desde la agricultura familiar, que es dirigida al mercado interno. Sin embargo, como se ha dicho en varias oportunidades, hay un problema grave de desperdicio.

Es importante recordar que las pérdidas ocurren por el descarte no intencional en la fase de producción, del manejo, transporte y acondicionamiento de los alimentos, y que el desperdicio se da por el descarte intencional en la distribución, comercio y por el consumidor, o sea, el desperdicio ocurre durante la distribución y la comercialización de los alimentos.

Volviendo al desperdicio, según la Convención abras, realizada en 2017, 10 % empieza en la cosecha impropia, sea por desastres climáticos, plagas o enfermedades; 50 % en postcosecha, debido a la maduración del alimento, daños mecánicos, transporte, depredadores; 30 % en el manejo inadecuado de los funcionarios, embalajes impropios, períodos

de validez rigurosos, sistemas de reposición; y 10 % con el consumidor, por la cultura globalizada del hiper consumismo, que prefiere productos de formato y colores específicos, y por el almacenamiento inadecuado y el desinterés por las sobras (FAO, 2017).

Complementando, específicamente sobre el tema del desperdicio ocasionado por el consumidor y sus hábitos, hay una investigación producida entre 2017 y 2018 por Embrapa, con apoyo de la Fundación Getúlio Vargas, en un intercambio entre Brasil y la Unión Europea, cuyo nombre es “Diálogos Setoriais União Europeia-Brasil”, en la cual se comprueba la estrecha relación entre hambre y desperdicio de alimentos en las familias y los consumidores finales (IBGE y Embrapa, 2018).

Hay que anotar que las familias brasileñas desperdician alrededor de 353 gramos de comida al día, lo que corresponde a 128,8 kg al año, y si el cálculo fuera *per cápita*, eso equivale a 114 gramos diarios o 41,6 kg por persona anualmente (IBGE y Embrapa, 2018).

También se destacan los alimentos que son los más desperdiciados en esas familias: el arroz (22 %), la carne de vaca (20 %), los frijoles (16 %), el pollo (15 %), las hortalizas (4 %) y las frutas (4 %) (IBGE y Embrapa, 2018), o sea, los que están en la base alimentaria brasileña.

Además, el modo de pensar del ciudadano brasileño también influye como una de las principales razones para que el desperdicio continúe; es la cultura de tener las despensas llenas como un sinónimo de abundancia lo que, de acuerdo con aquella investigación mencionada, está directamente relacionado con el estatus social, como también “hacer una buena recepción”, a la mesa y al cuidado con la familia (IBGE y Embrapa, 2018). Ese modo de pensar hace que la mayor parte del desperdicio sea en el final de la cadena productiva, del consumidor (IBGE y Embrapa, 2018). Otro factor importante está en el acto de hacer la compra mensual y la falta de planificación, pues eso aumenta la disposición de comprar elementos no necesarios y desperdiciar alimentos.

Un aspecto relevante es el impacto socioambiental que el desperdicio ocasiona. Eso porque la producción de alimentos, incluso la agropecuaria, es una actividad que parte de los recursos naturales: agua, energía, minerales, suelo y, por la lógica hegemónica, de plaguicidas (Altmann y Lung Izolani, 2020). Así, cuanto más se desperdicia, más se incentiva la producción y más son los impactos socioambientales que contribuyen a la inseguridad alimentaria.

En ese sentido, según la World Wildlife Fund (WWF): “la comida es una poderosa herramienta para influir en la sostenibilidad, pues las decisiones que tomamos sobre nuestra alimentación promueven impactos ambientales, sociales y económicos en las cadenas de producción de alimentos” (WWF Brasil, 2017). Eso significa que cuanto más se produce, más se reduce la capacidad de recuperación de los suelos y de la biodiversidad, más se desregula la dinámica hídrica, lo que pone en riesgo la propia producción alimentaria por la escasez de recursos naturales (Nascimento, 2018).

Otra actividad que igualmente causa degradación ambiental es el transporte de cargas, con alrededor de 196,5 millones de toneladas de CO₂ en 2019, ya que —según

el Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (seeg, 2020)— ese es el principal medio de hacer llegar el alimento al consumidor. En cuanto al uso del agua, informa la Agência Nacional de Águas (ana, s. f.) que en Brasil por cada 100 litros, 72 son dirigidos a la agricultura y la pecuaria.

Los ejemplos son parte de la problemática ambiental. El desperdicio de alimentos también repercute socialmente, ya que el alimento llega a la población pobre cada vez menos por la escasez, los precios, la dinámica del mercado, haciendo más grave el problema del hambre en un círculo vicioso.

Hay correlación, entonces, entre la conciencia socioambiental y el impacto del desperdicio, motivo por el cual se han empezado a plantear nuevas estrategias para mitigar dicho daño. Es esto lo que se propone en el último tópico de esta investigación.

4. Posibilidades de mitigación del desperdicio de alimentos en Brasil: perspectivas para el cumplimiento de los ODS

Un paso importante en el tema del hambre es analizar las etapas a lo largo de la cadena de producción y verificar las fallas, añadiendo posibilidades, ya que el desperdicio es la principal razón de la inseguridad alimentaria en su aspecto cuantitativo y de no cumplimiento de los ODS, con una perspectiva multidimensional, como se ha estudiado en esa investigación. En ese contexto, este último tópico tiene por objetivo analizar las perspectivas de mitigación del desperdicio de alimentos en el contexto brasileño para el cumplimiento de los ODS.

Es necesaria una visión multidimensional. Se tiene que el proceso de producción agroalimentaria sostenible es fundamental para garantizar el abastecimiento, el equilibrio ambiental y la sobrevivencia en general tanto del sistema de alimentación como de la naturaleza, incluso del ser humano. Y eso pasa por cambios de la forma de producción como de los hábitos del consumidor y de políticas públicas dirigidas a la mitigación de los impactos socioambientales por la cultura del desperdicio.

Es importante pensar en esos procesos para la mitigación del desperdicio de alimentos consecuentemente como defiende Ulrich Beck en su *Teoría de la Sociedad de Riesgo*, ya que la producción y los impactos socioambientales se encuentran íntimamente conectados; el problema del hambre ha de verse desde una perspectiva socioeconómica y el del agotamiento de la naturaleza como un tema socioambiental. Como se ha dicho previamente, un camino a la mitigación del desperdicio está en hacer inversiones en tecnología, buscando mejorar la productividad, el manejo y transporte, así como con la formación laboral en el trato con los productos. También es importante hacer hincapié en el incentivo de una política del no descarte de alimentos considerados feos y que, en la lógica del mercado, poseen menor valor económico. En conclusión, se requiere invertir en educación ambiental y en políticas públicas.

Comenzando por las inversiones en tecnologías para la productividad, según la Associação Brasileira de Supermercados (abras, 2018), es importante el enfriamiento

en el proceso de respiración, aun poco utilizada en Brasil. Con respecto al transporte, la utilización de camiones cerrados sería una buena opción, ya que evitan las exposiciones al viento y demás intemperies (abras, 2018).

Siguiendo en el manejo, hay que se hacer una mejora o un cambio en la gestión adecuada para el no desperdicio de los productos considerados feos que son tan nutritivos como los considerados bellos. A este respecto, ya existen políticas del no descarte, como la hecha por el Grupo Carrefour Brasil. Algunas prácticas son, por ejemplo, la donación de alimentos a programas de combate al hambre, descuentos al consumidor para frutas y legumbres fuera de la apariencia convencional, bien como la comercialización con 50 % de descuento de alimentos con fecha de validez próxima al vencimiento (abras, 2018).

Ahora, la parte más importante en la cadena de producción es el consumidor, que necesita hacer un cambio en su manera de pensar y actuar frente a su relación con los alimentos, se requiere la conciencia socioambiental mencionada previamente. Para ello, un camino está en la educación ambiental y el desarrollo de un pensamiento crítico, además en una educación ética y sostenible que tienda a una movilización y una participación en la sociedad civil, en la que se enseñe a ser protagonista como un consumidor-ciudadano, teniendo en cuenta que el acto de alimentarse es también un acto político.

La educación para la ciudadanía representa la posibilidad de motivar y sensibilizar las personas para transformar las diversas formas de participación en caminos potenciales de dinamización de la sociedad y de concretización de una propuesta de sociabilidad con bases en la educación para la participación (Jacobi, 2003, p. 199).

Por lo tanto, la educación ambiental genera un aporte transformador, partiendo de la corresponsabilidad de los individuos frente al desarrollo sostenible (Jacobi, 2003), a la mitigación del desperdicio y de los impactos socioambientales. Sin embargo, la educación ambiental también debe buscar una ciudadanía amplia y estar en las prioridades de las políticas públicas, haciendo de la enseñanza y la práctica un camino conjunto. Igualmente, debe fomentar la promoción de subsidios a la agricultura familiar, haciendo disponible el acceso a las tecnologías.

A pesar de las posibilidades, el tema de las políticas públicas es más complejo y es donde están las limitaciones. Un ejemplo viene del *Programa Fome Zero* de Brasil, que fue creado en 2003 y substituyó al *Programa Comunidade Solidária* del año 1995. Eran programas contra el hambre y la pobreza para combatir las causas estructurales, pero dejaron de existir. Aquel fue absorbido por otro programa, el *Bolsa Família*, creado por la Ley 10 836/2004 (Ministério da Cidadania, 2020), único programa existente de política pública contra la exclusión social, para la promoción de la seguridad alimentaria por la erradicación del hambre.

Como no hay muchas políticas públicas, la organización de la sociedad civil ha propuesto algunas salidas a este problema, como la unión entre embrapa y wwf-Brasil, con apoyo de la Unión Europea, para la reducción del desperdicio de alimentos, que

han escrito el “Manual do educador #sem desperdício: transforme pequenos cidadãos em heróis contra o desperdício de alimentos”, conjunto de iniciativas de educación y comunicación para alertar y enseñar sobre el desperdicio de alimentos.

Otra iniciativa desde la sociedad civil es de la Asociación Civil Banco de Alimentos, que realiza una recolecta urbana, en industrias y tiendas, distribuyendo el excedente a instituciones sociales, ayudando más de 20 mil personas, todos los días en San Pablo (Banco de Alimentos, 2018), promoviendo la seguridad alimentaria y dando comida a los que no tienen mientras se disminuye el desperdicio de alimentos.

Esas son algunas iniciativas y limitaciones en el tema de hambre e inseguridad alimentaria por el desperdicio e incumplimiento de los ODS, pero hay que considerar la falta de datos oficiales, lo que podría direccionar e incentivar más acciones y presiones para promover políticas públicas, principalmente en cuanto a la agricultura familiar, primordial para la alimentación del país.

5. Conclusiones

En la actualidad brasileña, la seguridad alimentaria se encuentra inviabilizada y, consecuentemente, perjudicado el cumplimiento de todos los ODS que están relacionados con una visión multidimensional, principalmente por el tema del hambre debido al desperdicio en la cadena de producción agroalimentaria, aspecto cuantitativo del concepto de seguridad.

Hay que resaltar que la ineficiencia de la producción se debe al desperdicio en la cadena, que empieza en el manejo y el transporte, pero que tiene como vector primordial al consumidor. Ese panorama nos lleva a concluir que, si bien se producen alimentos suficientes, la lógica hegemónica los direcciona al exterior y la falta de mejoras y concientización socioambiental ocasiona el desperdicio y un ciclo vicioso de hambre e inseguridad alimentaria.

Partiendo del reconocimiento del desperdicio, esta investigación ha buscado comprender la seguridad alimentaria en Brasil ante la pérdida de alimentos a lo largo de la cadena productiva y verificar las perspectivas de mitigación para el cumplimiento de los ODS, especialmente respecto del hambre para contestar la pregunta de investigación: ¿cuáles son las perspectivas de mitigación del desperdicio de alimentos a lo largo de la cadena productiva para al cumplimiento de los ODS?

De ese modo, la investigación ha demostrado la existencia de algunas perspectivas para mitigar el desperdicio de alimentos y garantizar la promoción del derecho a la seguridad alimentaria.

Para empezar, son necesarios cambios desde el manejo, el transporte y la distribución a lo largo de la cadena de producción, pero principalmente en la última etapa, que es la del consumo final. Para ello, hay que hacer inversiones en la educación ambiental de la población en general y hacer políticas públicas dirigidas a la agricultura familiar, con

incentivos en capacitación del proceso de producción, acceso a nuevas tecnologías y más movilización de la sociedad para aportar y exigir al gobierno que haga su parte.

Existieron algunas políticas públicas en el país, pero aún son inexpresivas, y hoy solo existe una: la *Bolsa Família*. Evidentemente, faltan más políticas públicas encaminadas a la amplia educación ambiental, tanto en las ciudades como en el campo, y a la capacitación del proceso productivo, además de la concientización socioambiental acerca de la importancia de la mitigación del desperdicio como un medio para garantizar la seguridad alimentaria multidimensional y propiciar el cumplimiento de los ODS, para la eliminación del hambre.

6. Referencias

- Agência Nacional de Águas-ANA. (s. f.). *Maior consumidor de água no Brasil, setor agrícola se defende e prega a precificação, educação e investimentos como soluções*. <https://arquivos.ana.gov.br/institucional/sag/CobrancaUso/Noticias/Brasil-Post-MaiorConsumidorDeAguaSetorAgricolaSeDefendeEPregaAPrecificacao,EducaoEInvestimentos.pdf>.
- Altmann, A. y lung Izolani, F. (2020). Covid-19 na realidade brasileira: impactos da falta de saneamento básico na disseminação do novo coronavírus. En C. De Souza Guerra, F. lung Izolani, L. Melez Ruviano y L. Dalla Riva (org.), *Mulheres e meio ambiente: nosso papel fundamental* (pp. 137-162). Dom Modesto.
- Associação Brasileira de Supermercados-ABRAS. (2018). *Desperdício de alimentos traz prejuízos também ao meio ambiente*. <https://www.abras.com.br/clipping/noticias-abras/66002/desperdicio-de-alimentos-traz-prejuizos-tambem-ao-meio-ambiente>
- Banco de Alimentos. (2018). *Banco de Alimentos Associação Civil*. <https://bancodealimentos.org.br/>
- Benítez, R. O. (2021). *Perdas e desperdícios de alimentos na América Latina e no Caribe*. FAO para a América Latina e o Caribe <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/pt/c/239394/#:~:text=O%20desperd%C3%ADcio%20%C3%A9%20um%20dos,-desperdi%C3%A7a%20cerca%20de%2015%25%20dos>
- Brasil, Presidência da República. (2010, 25 de agosto). Decreto 7272 de 2010. Brasília. http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%207.272-2010?OpenDocument
- Brasil, Presidência da República. (2006, 15 de septiembre). Ley 11346 de 2006. *Por la que se crea el Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional—SISAN para asegurar el derecho humano a la alimentación adecuada y da otras providencias*. Brasília. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm
- Brasil, Ministério da Cidadania. (2020). *Ações e Programas. Bolsa Família. 2020*. <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia/o-que-e>
- Burlandy, L. y Da Costa, R. S. (2007). Segurança alimentar e nutricional: concepções e desenhos de investigação. En G. Kac, R. Sichieri, D. P. Gigante (org.), *Epidemiologia nutricional* (pp. 485-502). Fiocruz-Atheneu.
- Capra, F. (2012). *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos* (N. Roberval Eichmberg, trad.). Cultrix.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations—FAO. (1983). *World Food Security: a Reappraisal of the Concepts and Approaches*. Director General's Report, Roma.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations—FAO. (1996). *Rome Declaration on World Food Security and World Food Summit Plan of Action*. Roma: World Food Summit, 13-17 de noviembre de 1996.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations—FAO. (2002). *The State of Food Insecurity in the World 2001*. Rome, 2002. <http://www.fao.org/3/y1500e/y1500e00.htm>
- Food and Agriculture Organization of the United Nations—FAO. (2003). *Trade Reforms and Food Security*. Chapter 2. Food Security: Concepts and Measurement. <http://www.fao.org/docrep/005/y4671e/y4671e06.htm>

- Food and Agriculture Organization of the United Nations–FAO. (2013). *Food wastage footprint: Impacts natural resources*. Rome. <http://www.fao.org/docrep/018/i3347e/i3347e.pdf>
- Food and Agriculture Organization of the United Nations–FAO. (2017). *Convenção ABRAS, 2017. Desperdício de alimentos*. São Paulo, 12 de septiembre. https://www.abras.com.br/pdf/Apresent_FAO.pdf
- Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística (IBGE) y Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária-EMBRAPA. (2018). Relatório final Intercâmbio Brasil-União-Europeia sobre desperdício de alimentos.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. (2019). *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: Primeiros Resultados*. <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. (2021). *População*. <https://www.ibge.gov.br/apps//populacao/projecao/>
- Iung Izolani, F. (2021). Direito à segurança alimentar e acesso à informação ambiental: agrotóxicos e impactos do consumo de hortifrutigranjeiros [dissertação de Maestría no publicada, Universidade Federal de Santa Maria].
- Jacobi, P. (2003). Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cadernos de Pesquisa*, 118, 189-205. <https://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>
- Jamil Maluf, R. S. (2007). *Segurança alimentar e nutricional*. Vozes.
- Leão, M. (2013). *O direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional*. Abrandh.
- Machado de Albuquerque, M. d. F. (2009). A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direito humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista de Nutrição*, 22(6), 895-903. <https://doi.org/10.1590/S1415-52732009000600011>
- Morin, E. (2003). *Introdução ao pensamento complexo* (D. Matos, trad.). 4ª ed. Piaget.
- Nascimento, S. P. (2018). Desperdício de alimentos: fator de insegurança alimentar e nutricional. *Segurança Alimentar e Nutricional*, 25(1), 85-91. <https://doi.org/10.20396/san.v25i1.8649917>
- Organización de Naciones Unidas-ONU. (2015). *Agenda 2030*. <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>
- Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional-REDE PENSSAN. (2021). Insegurança alimentar e Covid-19 no Brasil. http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf
- Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa–SEEG. (2020). *Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas de clima do Brasil 1970-2019*.
- World Wildlife Fund-WWF Brasil. (2017). *Impactos ambientais da alimentação é tema de vídeos do WWF-Brasil. O caminho da comida*. <https://www.wwf.org.br/?59882/Impactos-ambientais-da-alimentao--tema-de-videos-do-WWF-Brasil>

Los derechos de propiedad y la maldición de los recursos en comunidades vulnerables de Colombia

Property rights and the resource curse in vulnerable communities in Colombia

María Camila Franco Vera¹

Cómo citar: Franco, M. C. (2021). Los derechos de propiedad y la maldición de los recursos en comunidades vulnerables de Colombia. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-11. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1431>

Recibido/01/10/2021 – Aceptado/14/11/2021 – Publicado/10/12/2021

Resumen

El artículo tiene como propósito comprender el fenómeno de la maldición de los recursos a partir de la teoría de Leif Wenar y la violación de derechos humanos que trae consigo en las comunidades vulnerables de Colombia. En este contexto son comunidades vulnerables aquellas que por sus recursos naturales están en territorios beneficiosos para los grupos armados, donde han tenido injerencia las empresas multinacionales y sufren a causa de los intereses estatales. Además, se analiza la consulta previa como una posible solución política a la maldición de los recursos que viven las comunidades.

Palabras claves: maldición de recursos, derechos humanos, violencia armada, multinacionales, intereses estatales.

Abstract

The purpose of the article is to understand the phenomenon of the resource curse based on Leif Wenar's theory and the violation of human rights that it brings to vulnerable communities in Colombia. In this context, vulnerable communities are those that, due to their natural resources, are in beneficial territories for armed groups, where multinational companies have had interference and suffer because of state interests. In addition, prior consultation is analyzed as a possible political solution to the curse of the resources that communities live.

Keywords: Curse of resources, human rights, armed violence, multinationals, state interests.

¹ Estudiante de Ciencia Política de la Universidad de Medellín. Auxiliar de investigación del proyecto "Cauca Local Economic Development (CLED) Project: A Triple Helix+Approach towards Inclusive and Conflict Sensitive Development in Cauca. Linking State Institutions, Entrepreneurs, and local Knowledge Eco-System" del grupo de investigación "Conflicto y paz" de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

1. Introducción

Colombia es un país megadiverso que hace parte del sur global,² el cual ha utilizado sus recursos para sostenerse económicamente y participar en el mercado global, en este caso exportando aquello que es abundante en su territorio. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE, 2018), algunas de las materias primas preferidas en la economía extranjera son los productos no renovables como el petróleo o el crudo de petróleo, los combustibles sólidos o minerales, el aceite de petróleo e incluso el oro, en menor medida; sin embargo, los recursos renovables no se quedan de lado, Colombia se ha caracterizado por importar café, aguacate, telas para textiles y frutos.

Sin embargo, detrás de estos productos apetecidos en el extranjero se develan las condiciones sociales adversas que afrontan las personas que se han encargado de la producción de las materias primas. De hecho, si bien Colombia es un país que exporta mercancías y una gran variedad de productos, existen lugares del país como el Pacífico colombiano que, sin tener en cuenta al Valle del Cauca, registraron en el 2018 un porcentaje de pobreza multidimensional³ de 33,3 con respecto al porcentaje total de pobreza multidimensional del país (dane, 2018), pese a que es la segunda región con mayor biodiversidad (solo superada por Amazonas), y su riqueza basada en madera, minería y agua permitiría el aporte de entre 2 y 3 puntos del Producto Interno Bruto (pib) del país (Agencia de Noticias un, 2015).

Además, esta región afronta otras problemáticas como el trabajo informal, el trabajo infantil, el analfabetismo, el bajo acceso a la salud pública e incluso padece condiciones sanitarias deplorables. Estas situaciones afectan el cumplimiento de los derechos humanos y la dignidad de las personas que viven en estos lugares, además se convierten en un obstáculo para obtener garantías sociales.

El siguiente artículo busca denunciar el fenómeno de la maldición de los recursos en Colombia, partiendo de bases filosóficas que permitan comprender el concepto de Leif Wener sobre los derechos de propiedad y las implicaciones que ha tenido sobre determinados lugares en donde se extraen estos recursos, sin desconocer que las comunidades en Colombia que son víctimas de esta violación de los derechos de propiedad han tenido inserción de empresas multinacionales, han sido víctimas del conflicto armado con grupos legales y al margen de la ley y han sufrido de intereses estatales.

En el artículo se trata el concepto de los derechos de propiedad y la maldición de los recursos entendidos a partir de aquellas comunidades vulnerables en Colombia. Para ello, en un primer momento se realizará una reflexión filosófica sobre el concepto que Leif Wener denomina *la maldición de los recursos*. En un segundo momento, se resaltarán aquellas comunidades o lugares de Colombia en donde los recursos naturales están relacionados con la violación de derechos humanos. Y en un tercer momento se diagnosticará por qué estos actos deben ser considerados como una violación a los derechos humanos y cuál debería ser la forma en la que se debe aproximar a este fenómeno.

² Concepto utilizado por Boaventura de Sousa (1988) para denominar a los países del sur (América, África y el sureste asiático).

³ Concepto de Naciones Unidas sobre la pobreza y otros factores que la conforman.

2. La maldición de los recursos: una aproximación desde la teoría de Leif Wenar

La economía de mercado global ha dado paso a un comercio en el que los sistemas de distribución violan los derechos de propiedad de aquellos países menos beneficiados en el orden internacional; es decir, de aquellos países de tercer mundo o subdesarrollados, como es el caso de Colombia, que se ha encargado de vender sus recursos sin tener en cuenta las posibles violaciones al derecho de propiedad de campesinos, comunidades indígenas y afrocolombianos que se generan en los lugares donde se extraen estos recursos.

Es así como Leif Wenar, en su texto sobre los derechos de propiedad y la maldición de los recursos, trata el tema de la violación de los derechos humanos por parte de las empresas y los gobiernos. La tesis de este artículo consiste en que los derechos de propiedad ya existen, pero son utilizados por grandes instituciones, lo que ha llevado a que ciertos países, víctimas del orden internacional, tras tener recursos naturales, sufran la maldición de los recursos y no se les reconozca como una responsabilidad colectiva. En este sentido, el autor utiliza el concepto de la maldición de los recursos para explicar la vulneración de los derechos humanos a partir de los recursos naturales. Parte del hecho de que los países que tienen recursos naturales han sido vulnerados y están lejos de mejorar sus condiciones de vida.

Los países que hacen parte de este fenómeno sufren tres maldiciones comunes: “son más propensos a los gobiernos autoritarios, corren un mayor riesgo de conflictos civiles y presentan tasas de crecimiento más bajas” (Wenar, 2008). Los gobiernos autoritarios utilizan las riquezas para mantenerse en el poder, comprar líderes sociales y comprar movimientos de resistencia civil. En los conflictos civiles los grupos armados y los militares se apropian de los recursos para su propio beneficio. Hay tasas de crecimiento bajas con trabajos domésticos no calificados y un gobierno que controla los ingresos de recursos para la educación, la salud y el propio bienestar de la población.

Leif Wenar deja ver cómo la maldición de los recursos tiene una repercusión directa en los ciudadanos que terminan siendo los más vulnerables de este fenómeno. Es a partir de aquí que se desprende la violación a la propiedad nacional, que no le pertenece únicamente al dirigente sino a toda la ciudadanía en colectivo, ya que los derechos de propiedad “afirman que los recursos naturales de un país pertenecen a los ciudadanos de ese país, y nadie puede vender esta propiedad sin algún tipo de autorización” (Wenar, 2008). Pero Wenar es muy enfático y crítico a la hora de denunciar que la coerción no es en sí misma ninguna autorización legítima; de hecho, para que esto se dé deben existir espacios de autonomía de los ciudadanos, ya que la violencia trastorna los derechos de propiedad.

Wenar construye un marco sólido que permite ver cuándo un régimen puede hacer uso de los recursos que le pertenecen a toda su población; para ello la ciudadanía “debe ser capaz de averiguar acerca de las ventas, ser capaz de detener las ventas sin incurrir en costes severos y no ser objeto de extrema manipulación por parte del vendedor” (Wenar, 2008).

Sin embargo, se hace necesario pensar si esta teoría de la maldición de los recursos tiene sentido en Colombia. En este orden de ideas, para no errar en el concepto, se eligieron comunidades vulnerables del país. Llamamos comunidad vulnerable a aquellas que cumplen con alguno de estos tres aspectos o requisitos fundamentales.

El primer requisito es haber sido víctimas del conflicto y hay tres líneas directas en las cuales se da la violación a los derechos de propiedad: “el saqueo del recurso o de sus beneficios o la extorsión de propietarios y productores” (Leiteritz et al., 2009, p. 219), para prolongar el conflicto armado y mantener un aislamiento con respecto a las fuerzas estatales o el dominio del Estado. El segundo requisito hace referencia a la explotación de recursos a partir de políticas sociales y económicas que han permitido en Colombia la inserción de multinacionales desde hace más de 30 años y que han supuesto la desaparición de la economía agrícola, en cuyo detrimento se generó la explotación minera y de hidrocarburos. El tercer requisito alude a las normas colombianas que han apoyado la extracción de minerales como el coltán⁴ sin tener en cuenta las repercusiones en las comunidades cercanas a la extracción y las violaciones sobre el derecho de propiedad.

3. La maldición de los recursos en comunidades colombianas víctimas del conflicto armado

La teoría de Leif Wenar (2008) sobre los derechos de propiedad y la maldición de los recursos permite resaltar que los países que sufren de la maldición de los recursos son más propensos a las guerras civiles. Los grupos armados y militares aprovechan los recursos y venden los derechos de propiedad para financiar su guerra. Este es el caso de Colombia, país que durante mucho tiempo se ha encontrado inmerso en el conflicto armado, lo que ha significado una auténtica violación a los derechos de propiedad, ya que los recursos son utilizados para el beneficio de la guerra.

El conflicto armado es un fenómeno social, cultural, y económico con mecánicas comportamentales que han causado un significativo número de víctimas. Algunas teorías del conflicto armado colombiano afirman que los intereses de ciertos grupos de apropiarse de los territorios se “relaciona con la riqueza natural y mineral disponible” (Sandoval et al., 2017, p. 209), debido a la búsqueda de cualquier beneficio económico e incluso estratégico que estos recursos les puedan generar. Estas hipótesis son respaldadas por cuatro dimensiones que permiten ver la conflictividad del territorio. Las dimensiones mencionadas son las siguientes: social, ambiental, de conflicto y cultural. Es relevante tener en cuenta los indicadores sobre la explotación aurífera, carbonífera y petrolera (Sandoval et al., 2017), para diferenciar el fenómeno del conflicto armado de las prácticas culturales, del tipo de población que se tiene y de las diferentes actividades económicas.

Por lo anterior, es necesario resaltar que “la mortalidad infantil tiene coeficiente de variación del 46 % en los municipios carboníferos, y la tasa de homicidios tiene un coefi-

⁴ Que ha sido entendido como el mineral maldito en África por las consecuencias sociales y políticas que conlleva su extracción (López Vega, 2014).

ciente de variación del 85 % en 197 municipios” (Sandoval et al., 2017, p. 215). Pero esto por sí solo no significaría que aquellas personas hubieran sido víctimas del conflicto armado. Sin embargo, lo que sí se tiene claro es que el anterior porcentaje sobre la mortalidad infantil y la tasas de homicidio proviene de territorios como La Jagua de Ibirico, Barrancas, Becerril, Chiriguaná, Hatonuevo, El Paso, Tumaco y Cúcuta, municipios que se encuentran cerca de “explotaciones de Drummond y El Cerrejón, a las cuales se señala por atraer conflictos en la zona” (Sandoval et al., 2017, p. 215).

En otro caso, que hace referencia la contribución petrolera, se tuvo en cuenta: la población indígena, las variables del conflicto armado, las variables ambientales y las regalías, en relación con fenómenos como la salud, la educación y las comunidades afro, entre otras. Se encontró que municipios como Puerto Gaitán, Acacias, Castilla la Nueva, Puerto Boyacá, Barrancabermeja, Arauca, Yopal, Aguazul y Orocué tienen un índice en la categoría muy alto y alto de conflicto armado (Sandoval et al., 2017). En este caso, para confirmar que este fenómeno se debe al conflicto armado, hay que tener en cuenta que la problemática social en Puerto Gaitán se relaciona con el rápido crecimiento económico, y Arauca enfrenta problemas de seguridad alrededor de Caño Limón.

Algunos factores relevantes para comprender la relación entre conflicto y recursos naturales son la participación de las comunidades indígenas en la producción minera, los homicidios y los tormentos que esta trae; con tormentos nos referimos a la pésima distribución de las regalías, a los delitos sexuales, las acciones unilaterales y los problemas ambientales (Sandoval et al., 2017). En las comunidades que producen petróleo y oro, 267 municipios se encuentran en la categoría de relación muy baja, pero lo que sí se puede observar es que en este conjunto se encuentra Caucasia, que es un municipio donde “la minería artesanal, informal e industrial ha provocado violencia y afectaciones ambientales” (Sandoval et al., 2017, p.216). En este lugar, las comunidades han tenido mucha relevancia para comprender este conflicto. Además, es adecuado tener en cuenta que “la producción minera contribuye en un 61 % a la construcción de este fenómeno” (Sandoval et al., 2017, p. 216).

Otro estudio de la Universidad de los Andes en Colombia (Leiteritz et al., 2009) permite comprender la relación entre los recursos legales y el conflicto en Colombia, partiendo de tres categorías. La primera alude a la relación directa entre recursos y conflicto, a partir de la cual el saqueo, la extorsión y la producción son tres factores fundamentales para comprender este fenómeno.

Se toma el caso del Urabá antioqueño, donde el banano es el fuerte económico; allí “distintos grupos armados extorsionaron a los propietarios de cultivos y a los comerciantes del producto que migraron de la región central del país para sostener sus actividades en la región” (Leiteritz et al., 2009, p. 219), lo que ha consolidado una competencia por parte de varios grupos armados como las farc, el eln, el epl e incluso de grupos de derechas como los paramilitares, apoyados por los gobiernos. Otro ejemplo es el del caso del oro de Segovia, donde se da de forma frecuente “el control directo de las minas de oro y de la producción por parte de actores ilegales” (p.219).

La segunda categoría se refiere a una relación indirecta entre recursos naturales y conflicto, en la cual, a diferencia de la primera categoría, “los actores ilegales saquean los recursos, pero ésta no es la motivación principal ni inicial de su presencia en una región determinada” (Leiteritz et al., 2009, p. 220). En esta categoría se mencionan los ataques guerrilleros a la actividad minera de Montelíbano, Córdoba, como un esquema de protección; fuerzas armadas de derecha en los Montes de María “desarrollaron una sofisticada red para cooptar las regalías del ferroníquel a través de la infraestructura local y regional de salud pública” (p.220) o el caso de las Esmeraldas, Boyacá, donde la violencia se asocia al nivel de control sobre las minas de esmeraldas.

La última de las categorías hace referencia al aislamiento entre los recursos naturales y su extracción. En este caso se genera una “protección que evita que la extracción de los recursos sea penetrada por actores armados ilegales” (Leiteritz et al., 2009, p. 221). En este grupo se encuentran las esmeraldas, a partir de 1991, el café y las flores. Pero esto significa que la ausencia de fuerza estatal tenga relevancia a la hora de comprender el conflicto armado en ciertas zonas.

A esta altura, es importante mencionar por qué todos estos casos en Colombia pueden encuadrar en la denominada *maldición de los recursos*. Para ello es adecuado retomar las ideas de Leif Wener sobre la maldición de los recursos, partiendo de la idea de que aquellos países que integran este grupo tienen tres características comunes. La primera de ellas es la propensión a las guerras civiles. En el caso colombiano, las riquezas económicas de ciertos lugares como la Orinoquia con su petróleo, los minerales en el Pacífico y el Magdalena medio antioqueño y el banano en el Urabá antioqueño han significado un fortín que afecta a las comunidades que lo habitan, ya que los grupos al margen de la ley de alguna u otra manera utilizan sus recursos para seguirse beneficiando de la guerra.

4. La maldición de los recursos en comunidades colombianas que han tenido inserción de multinacionales

Leif Wener (2008) es muy enfático en su texto sobre los derechos de propiedad y la maldición de los recursos cuando habla del robo por parte de los gobiernos junto con empresas extranjeras. Los gobiernos toman parte de los derechos de propiedad que no les pertenecen a los representantes de un país, sino al pueblo constituido capaz de dar veeduría sobre él para su propio beneficio. En Colombia los grandes empresarios y las empresas internacionales junto con el gobierno han tomado provecho de los recursos del país para su propio beneficio.

La explotación de recursos naturales en Colombia ha tomado una gran aceptación en el sector empresarial, que ve en la explotación minera y del coltán alternativas para mejorar sus riquezas, hasta el punto de firmar acuerdos con multinacionales que permiten la extracción de recursos naturales, pero este fenómeno no se comprende de manera aislada, sino que tiene repercusiones en la manera como viven ciertas comunidades que dependen de estos recursos.

Es así como, según Ruiz Ruiz (2019) en su artículo denominado “El 70 % de la explotación minera está a manos de empresas multinacionales”, las empresas multinacionales han tenido relación con la falta de competitividad de las empresas nacionales, lo que ha llevado a un empobrecimiento de la industria nacional, poniendo en primer lugar los monopolios extranjeros de explotación de recursos.

De hecho, en Colombia “hace más de 30 años las políticas económicas y sociales han estado direccionadas a facilitar el proceso de vaciamiento de los campos con el propósito de generar nuevos espacios para el capital trasnacional” (Ruiz Ruiz, 2019). Sin embargo, este fenómeno trae consigo la destrucción de pequeñas y medianas empresas agrícolas, la destrucción cultural y de pueblos ancestrales, y la pérdida del recurso del agua para las comunidades, que pasan a ser utilizados para el desarrollo minero.

El mencionado estudio de Ruiz Ruiz (2019) publicado por la Universidad Nacional sobre el extractivismo en Colombia se fundamenta en aquellos lugares del país donde existen presencia de bosques y títulos mineros y aquellos emblemáticos lugares de explotación minero-energética y del conflicto armado como los municipios de Arenal, Norosí, Simití, Santa Rosa del Sur y San Pablo; en La Guajira, los municipios de Albania, Barrancas y Hatonuevo; en Tolima, los municipios de Ataco, Cajamarca y Líbano; y el sur de Bolívar, durante 1997 y 2012 (Ruiz Ruiz, 2019).

Los resultados permiten ver que “el 46,35 % (1 982 778,77 hectáreas) de los títulos mineros están en manos de grandes multinacionales, abarcando estos el 1,75 % del territorio nacional” (Ruiz Ruiz, 2019). Por otro lado, un aspecto fundamental en esta investigación radica en que la explotación minera se expresa en pocos monopolios globales, es decir que siempre son las mismas empresas que se han encargado de la explotación de recursos, en este caso las multinacionales. Glencore, Anglo American, AngloGold Ashanti, bhp Billiton, Drummond, Exxon-Mobil, Chevron se han encargado de la explotación de los recursos mineros; de hecho, esta explotación en más del 70 % la hacen compañías trasnacionales (Ruiz Ruiz, 2019).

Sin embargo, el gran interrogante que queda es por qué estos sucesos en los que se favorece a la industria multinacionales representan en Colombia una violación de los derechos humanos y el derecho de la propiedad nacional. En La Guajira, Bolívar y Tolima estos fenómenos no han mejorado las condiciones de vida de las comunidades que habitan el territorio; de hecho, ha habido desplazamiento forzado y toma de terrenos de pequeños campesinos o comunidades indígenas, ya no entendidas a partir del conflicto armado, sino de intereses de la minería apropiada por el capital trasnacional.

El panorama de las comunidades que se encuentran en medio de la minería es muchas veces ignorado, pues son territorios con “realidades invisibilizadas y algunas desconocidas para el conjunto del país” (Ruiz et al., 2018, p. 19). Un ejemplo de esto es el municipio de Atacó en el centro del país, el cual se ha construido a partir de la actividad minera, y de relaciones con empresas trasnacionales. Sin embargo, las relaciones laborales entre la comunidad y las empresas trasnacionales parecen estar más sujetas al concepto de *esclavitud moderna*; de hecho, no hay control de si son niños o mujeres

en embarazo, e incluso son explotados en su máxima expresión, lo que ha generado problemas de salud hasta en un 98 % de los habitantes de esta comunidad en el Tolima (Ruiz et al., 2018).

5. La maldición de los recursos y los intereses estatales

La maldición de los recursos y la violación de los derechos de propiedad tienen relación con los principios de propiedad y venta, que han sido de gran utilidad para las empresas multinacionales, pero la situación radica en las legislaciones que han permitido tener cierta legalidad en la exportación de materias primas cumpliendo con el sistema de comercio mundial (Wenar, 2008).

El siguiente punto está relacionado con las comunidades que han sido víctimas de la maldición de los recursos, por lo intereses de grupos legales cercanos al gobierno y las legislaciones que apoyan la extracción de recursos por parte de las empresas poderosas. Ambas situaciones han desembocado en la violación de derechos humanos a las personas que hacen parte de las comunidades. Este fenómeno en específico se basa en las legislaciones o actos del gobierno colombiano y las fuerzas estatales colombianas que han dado paso a la maldición de los recursos en Colombia.

Un referente de este fenómeno es el coltán, un conjunto de minerales usados frecuentemente para dispositivos tecnológicos y que ha sido apoyado por los gobiernos, para favorecer los avances de las multinacionales. Pero este recurso ha traído consigo guerras por su extracción, violación de derechos humanos y empobrecimiento de los lugares que son sus poseedores, hasta el punto de ser llamado *el mineral maldito de África*.

En Colombia la situación no es muy distinta. Desde hace poco el gobierno colombiano ha tomado el coltán como un posible mineral para la extracción que favorecerá la exportación del país. Las grandes zonas de coltán se encuentran en Brasil; en Colombia solo se encuentra en el Orinoco y en la frontera con Venezuela (López Vega, 2014). Es así como, “la Ley 1382 forjó el inicio de la construcción social del coltán por parte de los actores gubernamentales en Colombia” (López Vega, 2014, p. 218), lo que en pocas palabras significaría una técnica para controlar políticamente nuevas figuras territoriales, denominadas “*las áreas especiales libres*” (López Vega, 2014, p. 218), donde se adelantan proyectos gubernamentales. A partir del cual, el poder nacional pensando en la extracción de recursos comienza a ordenar nuevas formas de control territorial (López Vega, 2014), tomando partida de los minerales estratégicos del país.

La minería tomó gran relevancia en el país por las ambiciones de las élites participantes en el poder ejecutivo. Las zonas en Colombia donde se encuentra el coltán son Guainía, Vichada y Vaupés, pero el gobierno de Santos tuvo discusiones en cuanto a “zonas de reserva forestal, resguardos indígenas y parques naturales de estos departamentos” (López Vega, 2014, p. 220). Por lo cual, se puede resaltar que más allá del coltán se desplegaba una violencia por los minerales, teniendo en cuenta los pocos registros que existe de la violación de derechos humanos por causa de la extracción de coltán en Colombia.

El gobierno de Juan Manuel Santos definió el desarrollo del país en cinco pilares: “innovación, agropecuario, vivienda, infraestructura y minero-energético” (López Vega, 2014, p.224), que dieron paso a una serie de nuevas legislaciones a favor de las minas y la extracción de materiales. Por este motivo, se crearon áreas especiales libres con condiciones guiadas por el Ministerio de Minas y Energía y se pautaron regalías por lo que se obtuviera de tantalio y reservas mineras estratégicas, pero en ningún momento se tuvo en cuenta la presencia de comunidades étnicas en aquellos lugares libres para la extracción de coltán (López Vega, 2014).

Es relevante saber por qué la legislación colombiana consagra auténticas violaciones a la propiedad nacional que desembocan en la maldición de los recursos en las comunidades denominadas por el gobierno como *libres de extracción*. Esto genera actos de violencia que perjudican la forma de vida de quienes habitan en este territorio. Como lo menciona Leif Wener, los regímenes políticos deben valerse de mecanismos políticos para que el pueblo pueda informarse y decidir sobre la disposición de sus recursos o realizar por lo menos oposición. Evidentemente, en la legislación colombiana hace falta tener en cuenta este referente.

6. La consulta previa en Colombia como posible solución frente a la maldición de los recursos

Como se ha visto anteriormente, ya sea por el conflicto armado, los abusos de empresas multinacionales o las legislaciones que favorecen a algún sector y no protegen a los menos favorecidos, Colombia enfrenta frecuentes violaciones a los derechos humanos, especialmente en aquellos lugares donde los recursos naturales y las materias primas de exportación son abundantes. Es así como se vulneran los derechos de propiedad en aquellas comunidades directamente relacionadas con la extracción de los recursos, por lo que “deben buscarse mecanismos que prevengan la vulneración de los derechos de las comunidades” (Rodríguez, 2010, p. 8).

Un mecanismo interesante es la consulta previa, derecho que tienen las diferentes comunidades étnicas de participar en los proyectos, los acuerdos y en diversas normas, tanto legislativas como administrativas. Está fundamentada en el derecho que los pueblos tienen de decidir acerca de sus prioridades. De esta forma las comunidades se apropian de los planes de desarrollo y los proyectos que los afectan en su fundamentación como pueblo.

Sin embargo, nunca existió una manera adecuada en la aplicación de la consulta previa; “la normatividad al respecto no ha sido suficiente y faltan mecanismos, instrumentos y herramientas que permitan tener claridad sobre la forma como debe realizarse la consulta previa, la manera de validación y concertación” (Rodríguez, 2010, p. 8). Más allá de la voluntad de las naciones, países como Colombia que enfrentan fenómenos como la maldición de los recursos, deben adoptar herramientas jurídico-políticas que permitan que los pueblos o comunidades decidan sus prioridades y puedan defender sus derechos de las arbitrariedades del Estado.

Si bien la consulta previa muestra una forma de aproximarnos a evitar la violación de los derechos humanos por circunstancias económicas, se queda como herramienta legislativa ineficaz, como una mera enunciación de una concepción jurídica de los derechos humanos. Por lo tanto, más allá de la norma escrita deben existir verdaderos mecanismos políticos que no estén a la disposición del gobierno, sino que permitan en realidad que las comunidades que posean recursos decidan lo mejor para ellos, teniendo en cuenta sus costumbres y logrando concebir los derechos humanos de forma política. Es importante que los mecanismos como la consulta previa no se den únicamente de forma jurídica, sino que además se reconozcan como verdaderas acciones colectivas.

7. Conclusiones

La maldición de los recursos es un fenómeno que a diario sufren las comunidades que son ricas en recursos naturales en Colombia. El hecho de poseer materias primas les ha generado contextos de violencia que dificultan su determinación como pueblos libres, los amarra a una serie de fenómenos que generan la violación de los derechos humanos y de los derechos de propiedad.

Este fenómeno se evidencia en el conflicto armado colombiano, en el cual los grupos insurgentes y los grupos cercanos al gobierno se enfrentan por territorios ricos en recursos naturales, teniendo en cuenta relaciones directas en las que el saqueo, la extorsión y la producción son los actos más recurrentes. El punto central no es saquear los recursos, sino apropiarse de la región por otros motivos, como por ser una zona estratégica o por la generación de entramados sociales, en los que es relevante el aislamiento relacionado con el olvido estatal. Además, este fenómeno está emparentado con variables como la mortalidad infantil, la contribución petrolera y el crecimiento económico en las comunidades que están involucradas.

Otro fenómeno es la extracción de minerales por parte de las multinacionales, que se evidencia en el tema de los títulos mineros al cuestionar en manos de quiénes están y a quiénes benefician. Además, se debe tener en cuenta el desplazamiento forzado y la toma de terrenos de pequeños campesinos o comunidades indígenas, actos estos de multinacionales y empresarios que son invisibilizados.

Los intereses estatales también pueden ser perjudiciales, cuando se desvían de los fines constitucionales. Esto se ejemplifica con la legislación sobre el coltán que consagró el concepto de minas libres para la extracción sin el consentimiento de las comunidades, lo que anticipa la violencia y las violaciones de derechos en estas zonas.

Se ha tratado de solucionar el fenómeno de la violación de los derechos de propiedad y la maldición de los recursos a través de la consulta previa, pero para que haya un cambio significativo esta no solo se debe entender como una concepción jurídica de los derechos humanos, sino que se la ha de tomar como una herramienta para concebir los derechos humanos de forma política.

8. Referencias

- Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2018). *Pobreza multidimensional en Colombia*. Gobierno nacional.
- Leiteritz, R., Nasi, C. y Rettberg, A. (2009). Para desvincular los recursos naturales del conflicto armado en Colombia . *Colombia Internacional*, 70, 215-229. <https://doi.org/10.7440/colombiaint70.2009.09>
- López Vega, J. F. (2014). ¿Coltán? ¿La respuesta es Colombia? La construcción social de un nuevo recurso mineral en tiempos de desigualdad neoliberal. En B. Göbel y A. Ulloa (eds.), *Extractivismo minero en Colombia y América Latina* (pp. 197-253). Universidad Nacional-Ibero Amerikanisches Institut.
- Rodríguez, G. A. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Ruiz Ruiz, N. Y. (2019, 30 de abril). *En Colombia el 70 % de la explotación minera está en manos de las multinacionales*. Un periódico digital. <https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/en-colombia-el-70-de-la-explotacion-minera-esta-en-manos-de-las-multinacionales/>
- Ruiz, N. Y., Castillo de Herrera, M. y Forero Niño, K. (2018). *Geopolítica del despojo. Minería y violencia en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Sandoval, L. E., Marín Jaramillo, M. y Almanza, A. M. (2017). Explotación de recursos naturales y el conflicto en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 19(37), 201-225. <https://doi.org/10.18601/01245996.v19n37.11>
- Wenar, L. (2008). Property Rights and the Resource Curse . *Philosophy & public*, 36(1), 2-32.

Discusión jurídico-dogmática acerca del estado de alarma: Respuesta a la pandemia de la Covid-19 en el Estado español

*Legal-dogmatic discussion about the state of alarm:
response to the Covid-19 pandemic in Spain*

Lluís Planchat Calle¹

Cómo citar: Planchat, L. (2021). Discusión jurídico-dogmática acerca del estado de alarma: respuesta a la pandemia de la covid-19 en el Estado español. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-25. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1426>

Recibido/16/09/2021 – Aceptado/18/11/2021 – Publicado/10/12/2021

Resumen

Este trabajo presenta un análisis jurídico-dogmático acerca de la licitud Estado de alarma decretado en España con ocasión del episodio de Covid-19. Se realiza un estudio de las principales figuras jurídicas que doctrinalmente y jurisprudencialmente se han ido construyendo en torno al Derecho de excepción en España, y a la posibilidad de suspensión de derechos fundamentales bajo los estados extraordinarios que en virtud de aquel se declaren – a saber, alarma, excepción y sitio –. Se analiza el papel que el contenido esencial de los derechos fundamentales asume como garantía y límite de límites, en su condición de núcleo indisponible (no mediando habilitación distinta) por parte del poder público. También como manifestación inmediata del haz de facultades o núcleo directamente ejercible de cada uno de ellos, en relación con el potencial de autodeterminación del individuo, su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en los que la Constitución Española se inspira. Estos fundamentan, conforme a ella, el orden político y la paz social, y deben ser tenidos en cuenta, junto con aquel contenido esencial, cuando se limiten y/o suspendan derechos y en los casos excepcionales en que aquel orden o aquella paz puedan quedar en entredicho.

Palabras Clave: contenido esencial, Derecho de Excepción, derechos fundamentales, estado de alarma, estado de excepción, suspensión de derechos

¹ Licenciado en Derecho y Administración de Empresas por ESADE Business and Law School, y en Economía por Universitat de Barcelona.

Abstract

This paper presents a theoretical and legal analysis of the lawfulness of the state of alarm decreed in Spain on the occasion of the Covid-19 episode. This study is carried out based on the main legal figures that doctrinally and jurisprudentially have been built around the states of exception in Spain, and the possibility of suspension of fundamental rights by virtue of them. The so-called core content of fundamental rights is examined, since it plays a major role in determining the limits to public power in cases where there is no explicit authorization to restrict fundamental rights and public liberties. As explored, core content also relates to the potential for self-determination and dignity of the individuals, which, according to the Spanish Constitution, are the basis for political order and social peace. These are the main concepts that have been taken into consideration, from a legal and theoretical standpoint, to analyse the exceptional cases in which the aforementioned order and peace may be in question and to discuss the legality of the measures upon which certain fundamental rights are limited or suspended.

Keywords: fundamental rights, minimum core content, state of alarm, states of exception, suspension of rights

1. Introducción y razón de ser: Derecho de Excepción

Esta investigación deriva de un análisis académico realizado en el marco del episodio mundial de pandemia sufrido a raíz de la Covid-19 y las medidas adoptadas en España para dar respuesta a la misma. Este tema se abordó en el marco del I Simposio Internacional de Derecho Público organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y el Grupo de Investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado, en el mes de junio de 2021.

Con ocasión de la situación pandémica generada por la Covid-19 y la crisis sanitaria consiguiente, el Gobierno Español decretó el Estado de alarma en todo el territorio nacional – con fecha de 14 de marzo de 2020 y mediante el Real Decreto 463/2020 –. Esta era la segunda ocasión en la historia democrática moderna de España, desde la promulgación de la Constitución Española (en adelante, “CE”) en 1978, en la que se recurría a este instrumento o “estado” excepcional. Estos “estados” se prevén, igual que sucede en muchos otros ordenamientos de nuestro entorno, para los casos en que se produce una alteración de la normalidad del Estado o de sus instituciones, que ponga en riesgo su funcionamiento, estabilidad o permanencia o, bajo el tenor literal de la ley que los regula – Ley Orgánica 4/1981 (en adelante, “LOEAES”) – cuando “circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes” (Cortes Generales, 1981).

El Derecho de Excepción, como normalmente se conoce a esta rama, es aquel derecho que pretende regular la organización de los poderes públicos en situaciones de crisis sobrevenidas y excepcionales, en las cuales los mecanismos ordinarios o tradicionales devienen inoperantes a efectos de restablecer la normalidad o dar soluciones efectivas a las mismas. Su sentido o virtualidad, por tanto, en palabras de Cruz Villalón

(1984), es el de operar como “garantía diacrónica del orden público configurado por la Constitución para supuestos de crisis constitucional que superan la capacidad normativa de la Constitución” (p. 13). No es la ausencia de derecho, es el derecho en la anormalidad, pues incluso “el caso excepcional, el supuesto anormal, debe encontrarse también sometido a la correspondiente normatividad” (Álvarez Conde, 2008, p. 496).

Algunos autores han querido ver en estos instrumentos un “estado de necesidad subyacente”, que constituye o representa el “fundamento” de la excepcionalidad (Sieira Mucientes, 2020), o cierta conminación para que los Estados reaccionen políticamente a fin de “protegerse en ejercicio de legítima defensa”, ante agresiones – externas o internas – contra el mismo (Aba Catoira, 2011). La forma de reaccionar es diversa, pero en muchas ocasiones lo que se busca, como sostenía Hariou, es generar o crear una normativa excepcional que, ante situaciones también excepcionales, “prime las fuentes del Derecho inferior que dicte el Poder Ejecutivo antes que arriesgar la subsistencia del Estado constitucional por defender la competencia del Poder legislativo para elaborar las fuentes del Derecho superior” (citado por Lafuente Balle, 1989, p. 26).

Lo anterior presupone, no obstante, la existencia de las garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales debidas, que eviten toda arbitrariedad en su aplicación y aseguren la protección del ordenamiento ante situaciones anómalas y ya de por sí indeseables – en las que, bajo determinados supuestos, como posteriormente se detallará se habilita incluso la suspensión de libertades y derechos –.

Si el Estado de Derecho se construye sobre el pilar fundamental de la separación de poderes, cada uno de ellos, tendrá su participación en el tratamiento de estas situaciones de anormalidad constitucional, lo que se pone de manifiesto en el tratamiento jurídico del procedimiento de su declaración, en la extensión de sus efectos y en el control (Aba Catoira, 2011, p. 319).

2. Estados excepcionales en España

El artículo 116 de la Carta Magna regula en España el ya enunciado Derecho de Excepción, como elenco de instrumentos que el Estado se reserva para aquellas situaciones en las que resulta necesaria e imprescindible la adopción de medidas extraordinarias, a los efectos del mantener la normalidad constitucional e institucional, y cuando los poderes ordinarios quedan superados por el curso de aquellas. En concreto, enumera los tres estados excepcionales que tienen cobijo en nuestro ordenamiento, que son, a saber, el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio.

Pese a que simplistamente podríamos entender que se trata de remedios o instrumentos que han sido concebidos en una escala gradual – como se deduce del propio tenor constitucional al fijar los requisitos para su declaración (artículo 116 de la CE) – el propio constituyente rehúsa delimitar los supuestos materiales o contenido de cada uno de ellos, más allá de prevenir qué derechos pueden ser suspendidos en los estados de

excepción y sitio (artículo 55 de la CE). Es el legislador orgánico (LOEAE S) quien se ha encargado de ello, y ha trasladado al ámbito sustantivo de los supuestos de hecho las diferencias entre estos; lo que Pérez Royo (2005) ha denominado opción *diferenciadora*, en contraposición a la opción puramente *gradualista*.

Así, mientras que el estado de alarma se conceptualiza como un estado excepcional ante situaciones de anomalía social (Aba Cotoira, 2011), cuya naturaleza, a pesar de ser ambigua e imprecisa, es en esencia no política, pues pretende dar respuesta a calamidades, crisis ecológicas y sanitarias y otras situaciones de desabastecimiento (Cortes Generales, art. 4, 1981), los estados de excepción y sitio son propiamente situaciones de anomalía estatal que afectan al normal funcionamiento o incluso a la integridad y permanencia del Estado. En estos dos, dada la naturaleza y la gravedad de la situación, se permite la suspensión de derechos y libertades, como se infiere de la lectura de los artículos 55 y 116 de la CE, anteriormente señalados.

El estado de excepción – nunca declarado en España desde la promulgación de la Constitución – es aquel que corresponde ante emergencias de lo que se entiende como “orden público” – en un sentido amplio – como así establece la normativa reguladora; es decir:

(...) cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo (Cortes Generales, art. 13, 1981).

Por su parte, el estado de sitio – tampoco declarado – es aquel que se reservaría para aquellos casos en los que “se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios” (Cortes Generales, art. 32, 1981).

Debe decirse, no obstante, que dicha sustantividad sí que invita a apreciar cierto cariz de gradualidad en estos estados. De hecho, esta gradualidad, se ve reforzada, no solo en cuanto a la necesidad de proporcionalidad en la determinación de las medidas aplicables – como así conmina la LOEAE S en su artículo 1.2 – sino también en la intervención de los poderes del Estado en su declaración y control, así como en sus efectos y la posible suspensión de derechos.

En este sentido, la declaración del estado de alarma corresponde al Gobierno a través del Decreto que se acuerde en el Consejo de Ministros, en el que se detallará el contenido y alcance – y el ámbito territorial, la duración y los efectos – de dicho estado, que no podrá superar los 15 días, y que no podrá prorrogarse sino mediante aprobación expresa del Congreso de los Diputados (Cortes Generales, art. 6, 1981; art. 116.2, 1978). El estado de excepción lo decreta también el Gobierno, pero con habilitación expresa – también en su contenido – del Congreso (Cortes Generales, art. 13 y art. 14, 1981; art.

116.3, 1978), mientras que el estado de sitio vendrá, en todo caso, declarado por mayoría absoluta del propio Congreso, a propuesta previa del Gobierno (Cortes Generales, art. 32, 1981; art. 116.4, 1978).

El primer control que de estos estados debe hacerse es el parlamentario, como claro ejemplo del contrapeso democrático que ejerce quien, en última instancia, y aun en las situaciones excepcionales, es depositario de la soberanía – ya sea a posteriori, como sucede en el estado de alarma, o a priori, como ocurre en los dos restantes –. Asimismo existe el control jurisdiccional, pues aun bajo un estado excepcional, los tribunales son competentes para conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas, tal y como establece el artículo 3.1 de la LOEAES. También el control constitucional, encargado en nuestro ordenamiento al Tribunal Constitucional.

2.1 En particular: estado de alarma y aplicación bajo la Constitución de 1978

El estado de alarma, como ya se ha puesto de relieve, es aquel estado excepcional, que busca dar respuesta a situaciones anómalas de rango – en principio – menor, relacionadas con situaciones catastróficas desde un punto de vista físico, ecológico o sanitario. Desde la perspectiva de los supuestos de hecho que habilitan su declaración, de la redacción del legislador orgánico se desprende su aplicación en supuestos en cierta forma tasados de catástrofe natural, sanitaria o desabastecimiento, que permiten o facultan ciertas limitaciones o intervenciones con carácter particular, a efectos de dar una respuesta eficiente, y bajo el mando de la autoridad que se declare competente, a la situación física o de paralización sufrida.

Las medidas a adoptar son diversas, permitiéndose, conforme al artículo 11 de la LOEAES: la limitación a la circulación de los vehículos o de las personas en lugares y horas determinados; la práctica de requisas temporales; la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas y talleres; la limitación o racionamiento en el consumo o uso de servicios; y la impartición de órdenes para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los centros de producción afectados (Cortes Generales, 1981).

Con base en lo anterior y en los supuestos de hecho que lo habilitan, se entiende que la doctrina haya señalado que el estado de alarma constituye un *totum revolutum* donde confluyen o se confunden, en corto, “catástrofes naturales y huelgas”, en palabras de Cruz Villalón (citado en García de Enterría, 1981), o haya tachado al mismo de “café descafeinado” (Carro Martínez, 1998), o de un estado “cualitativamente” distinto de los estados de excepción y sitio, hasta el punto de que no debieran haber sido regulados o introducidos por el mismo precepto constitucional (Santaolalla López, 1981).

Es lógico, por tanto, que su inclusión en la Constitución no fuera pacífica, como así se recoge en los debates constituyentes – sobre todo, rivalizada por parte del Partido Comunista –. El constituyente, pese a conseguir la despolitización del estado de alarma, alejándolo desde un punto de vista sustantivo de cualquier connotación de alteración

del orden público, ha generado controversia en torno a la oportunidad de su incorporación y a sus supuestos materiales.

Sí es cierto, y así debe reconocerse, que es un instrumento eficaz y de respuesta ágil ante grandes catástrofes y crisis ecológicas y sanitarias, pues además no exige (sí para sus prórrogas) la autorización previa por parte del Congreso de los Diputados, pero ello no empece que su virtualidad, por cuanto estrictamente no permite la suspensión de derechos, se halle muy restringida en tiempo, espacio y forma. Volviendo a citar a Carro Martínez (1998), “el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en periodo de normalidad” (p. 633).

De hecho, el Tribunal Constitucional ha sido claro en ese sentido, al establecer que:

A diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (Tribunal Constitucional, stc 83, 2016).

La primera ocasión en la que se declaró el estado de alarma en España fue en 2010, y estuvo en vigor desde el día 4 de diciembre hasta el 15 de enero del siguiente año. Este se declaró con ocasión de la huelga de controladores aéreos y la consecuente paralización del tráfico aéreo sufrida durante esas fechas, al dejar estos de acudir y atender a sus obligaciones laborales. El estado de alarma se justificaba en el Preámbulo del Real Decreto 1673/2010 en la medida en que lo anterior suponía “una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados”, y cuya declaración permitiría “recuperar la normalidad en la prestación del citado servicio público y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos, hoy menoscabados” (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto 1673, 2010) – refiriéndose en esencia al derecho a la libre circulación, mencionado también en el Preámbulo –.

Esta medida fue discutida, sobre todo aludiendo a la posible inconstitucionalidad de la militarización sufrida por dichos controladores, como así subrayan Aba Catoira (2011) y Vidal Prado y Delgado Ramos (2011), entre otros – y en relación con la posible vulneración del artículo 117.5 de la CE, que solo permite el ejercicio y la sujeción a la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio –. A pesar de ello, también se daban argumentos en favor de su constitucionalidad, en los que ahora no procede profundizar.

No obstante, el que ha generado más debate y realmente nos ocupa en estas líneas es el declarado en 2020, a raíz de la situación pandémica y la crisis sanitaria derivada de la propagación de la Covid-19 en España. Este estado inicialmente se declaró a través del Real Decreto 463/2020, con el que se daba inicio, con fecha de 14 de marzo de 2020, a una situación que se extendería hasta el 21 de junio del mismo año. Las posteriores prórrogas (hasta 6), para las cuales, como ha quedado señalado, fue necesaria su aprobación por parte del Congreso, se produjeron mediante

los Reales Decretos 476 (2020b), 487 (2020c), 492 (2020d), 514 (2020e), 537 (2020f), 555 (2020g). A pesar de la modificación y en general relajación de las medidas inicialmente decretadas, el Real Decreto 463 (2020a) constituye un buen ejemplo de la naturaleza y amplitud de las mismas².

De acuerdo con lo anterior, resulta muy ilustrativa la comparación que realiza Álvarez García (2020) entre el primer estado de alarma, decretado con ocasión de la huelga de controladores aéreos de 2010, y el segundo y reciente, decretado a raíz de la epidemia de la Covid-19. Es al contraponer la justificación en que se cimentó uno y otro cuando se vislumbra la incoherencia en la fundamentación jurídica que el poder ejecutivo, en uno y otro momento, utiliza.

Como se ha introducido anteriormente, el estado de alarma de 2010 se defendía en su Preámbulo bajo la premisa de que dichos controladores, al abandonar sus obligaciones de vigilancia del tránsito aéreo, impedían “el ejercicio del derecho fundamental mencionado – libre circulación – y determinaban la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como es el servicio de transporte aéreo” (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto 1673, 2010). Sin embargo, en el decretado en 2020, aun obligándose al confinamiento general de todos los ciudadanos, el Real Decreto 463/2020 reputaba dicha medida como de limitación de la libertad de movimiento – no de supresión o privación, lo que hubiera exigido escalar en cuanto a instrumentos se refiere –. Esta cuestión, cuya importancia es máxima, se analizará posteriormente en mayor profundidad.

A fortiori, como señala también Álvarez García (2020), no puede entenderse que el estado de alarma decretado en 2010 perturbase la libre circulación protegida por el artículo 19 de la CE, toda vez que lo que aquel precepto protege es la libre circulación en el territorio nacional, y no la libre circulación en general, que en ningún caso pudo verse

² En base a dicho Real Decreto, las medidas adoptadas fueron principalmente las siguientes: 1) Limitación a la libre circulación de los individuos, quedando permitido únicamente desplazarse para la realización de actividades esenciales como la adquisición de alimentos y fármacos, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo, el retorno al lugar de residencia habitual, la asistencia y cuidado a personas mayores, menores y dependientes, entre otras. 2) Potestad de cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico, así como la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos. 3) Suspensión de la actividad lectiva presencial en todos los centros educativos y en todas etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria; dicha actividad lectiva debía mantenerse, en la medida de lo posible, en formato online. 4) Suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, gasolineras, farmacias, centros sanitarios, veterinarios, ortopédicos, prensa y papelería, estancos, tiendas de equipos tecnológicos y telecomunicaciones, entre otros. 5) Suspensión de las actividades de restauración y hostelería, pudiéndose prestar únicamente servicios de entrega a domicilio. 6) Adopción de medidas en relación con la asistencia a lugares de culto o ceremonias civiles o religiosas, incluidas las fúnebres, a efectos de evitar aglomeraciones y garantizar, en todo caso, una distancia de un metro entre asistentes. 7) Medidas, órdenes e instrucciones para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública. 8) Restricción del transporte público de viajeros por carretera, ferroviario, aéreo y marítimo de carácter estatal en, al menos, un 50%; los servicios de transporte de ámbito autonómico o ferroviarios de cercanías mantenían, en principio su oferta habitual. 9) Adopción de las medidas y prevenciones necesarias para garantizar el abastecimiento alimentario y el suministro de energía eléctrica, de gas natural y de productos derivados del petróleo. 10) Suspensión de los plazos procesales y administrativos, así como de los aquellos relativos a la prescripción y caducidad. 11) Institución de los miembros de las Fuerzas Armadas como agentes de la autoridad.

esencialmente conculcada – pues se podía seguir ejerciendo mediante otros recursos y medios de transporte –.

3. Breve reseña de derecho comparado: el caso colombiano

Para finalizar con la introducción a los estados de excepción, es interesante hacer un breve ejercicio comparativo con la regulación que la Constitución Política (“CP”) de Colombia de 1991 hace de los mismos. De modo análogo a la Constitución Española, aquella recoge o contempla tres estados de excepción: guerra exterior, conmoción interna y emergencia. Lógicamente estos comparten notas comunes: “se definen por contraste, a partir de la normalidad y, en términos teleológicos, como dispositivos institucionales para retornar a ella” (Cifuentes Muñoz, 2002).

Los estados de excepción en Colombia se encuadran bajo un enfoque que podríamos entender como presidencialista o del tipo “dictadura constitucional”, por ejemplo, similar al de la República Francesa – como lo define Sieira Mucientes (2020) y como lo entienden aplicable López Daza y Gómez García (2020) –. Prueba de ello es que los decretos legislativos que dicte el Gobierno incluso podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de guerra exterior o de conmoción interior (Asamblea Nacional Constituyente, arts. 212 y 213, 1991).

El estado de guerra exterior es aquel que busca repeler agresiones siempre externas – como reza su nombre y establece el artículo 22 de la Ley Estatutaria 137/1994 (Congreso de la República, 1994) – para defender la soberanía y atender los requerimientos de la guerra. Por su lado, el estado de conmoción interna es aquel que procede:

En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía [...] (Asamblea Nacional Constituyente, art. 213, 1991).

Por otro lado, el estado de emergencia debe decretarse cuando sobrevengan hechos distintos a los anteriores, “que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública” (Asamblea Nacional Constituyente, art. 215, 1991).

De su tenor, puede apreciarse cierta similitud con los estados de sitio, excepción y alarma, respectivamente. Pero no por ello puede hablarse de una identidad plena, pues existen diferencias: el control político es posterior, por ejemplo, prueba de la forma presidencialista de la excepcionalidad en Colombia; el órgano o Corte Constitucional está en todo caso llamado a actuar; y además, no se pueden suspender derechos fundamentales (Corte Constitucional, C-179, 1994). No obstante, sí es conveniente tenerlo presente por cuanto lo tratado en este trabajo pueda ser de utilidad al caso colombiano; en particular, en lo que al contenido esencial de los derechos se refiere

– que el legislador estatutario colombiano también fija como límite a la limitación de derechos (Congreso de la República, arts. 6 y 7, 1994) – y cuyo sentido va a ser tratado en las siguientes líneas.

4. Constitucionalismo y derechos fundamentales

4.1 Evolución normativa constitucional y reconocimiento de derechos

Desde el surgimiento de las primeras Constituciones, el poder constituyente ha tratado de prever, regular y articular un catálogo de derechos, funciones y límites del poder público – necesariamente a través de su división y control – así como las condiciones para su disfrute y ejercicio. Inicialmente se entendió que estos debían reputarse como meros espacios de libertad personal y autodeterminación, sin más límites que el imperio de la ley, la libertad y el principio de indemnidad. No obstante, una vez emergidos los Estados democráticos y sociales de Derecho y reconocido el papel que todos los poderes públicos tienen como garantes de los derechos que estos promulgan, dicha vinculación y observancia se trasladó de una órbita puramente abstencionista a la promoción de las condiciones más favorables para su efectividad y desarrollo.

En este sentido, el edificio constitucional se construye fortaleciendo la relación de conjunto entre poderes públicos y derechos, cuya configuración jurídica se reputa básica, tanto para un Estado económico y social de Derecho, como en el establecimiento – en favor de este – de una organización institucional que los proteja e imprima en toda actuación pública posible.

Los derechos son fundamentales no solo porque se reconozcan como derechos de máxima relevancia para el individuo, sino también para la articulación del Estado democrático y social de Derecho del que traen causa. Es decir, el Estado es la conclusión organizativa de un conjunto de derechos, que concretan un sistema de valores con base en los cuales el constituyente creyó oportuno inspirar y fundamentar – como luego se verá de forma detallada – la ordenación jurídico-institucional del Estado.

No solo se trata, por tanto, de derechos subjetivos amparados por la Constitución, indisponibles por el legislador y tutelables en la medida en que se invada esa esfera de libertad y protección, sino además de derechos fundamentales que participan o hacen parte de la fuerza normativa de la Constitución, que vinculan a la totalidad de los poderes públicos – eficacia vertical – incluyendo, como no puede ser de otro modo, al legislador, y despliegan su eficacia también en las relaciones horizontales o entre particulares.

Estos derechos gozan, además, de una fuerza expansiva que los convierte en principios y mandatos de optimización, que los poderes públicos no solo no pueden desconocer, sino disciplinar del modo más favorable a su naturaleza y vigencia, y sin comprometer de forma alguna el contenido esencial que una interpretación conforme de la Constitución impone, en el entendido de que estos operan desde luego en el concreto

ámbito en el que son reconocidos, pero siempre dentro del sistema global de derechos promulgados constitucionalmente.

A esta función se la ha conocido como dimensión objetiva de los derechos fundamentales, enunciada originariamente por el Tribunal Constitucional Alemán – BVerfGE 7, 198 – en su tesis o teoría del doble carácter que estos adquieren, y de conformidad con la cual, además de derechos subjetivos, los derechos fundamentales devienen “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de comunidad nacional” (Tribunal Constitucional, STC 25, 1981A). La dimensión objetiva de un derecho no es más que su contextualización como parte estructural de la Constitución, de la que emanan y a la que irradian sus efectos, que los poderes públicos han de tener presentes en su concreción delimitadora e interpretativa – siempre en el sentido favorable a su eficacia – y bajo su vinculación positiva para con los mismos.

4.2 Dimensión objetiva: sentido y función

Es momento de concretar lo enunciado en las líneas precedentes. Así, a diferencia de los individuos o sujetos individuales que, conforme al artículo 9.1 de la CE, solo se ven vinculados negativamente por los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional, STC 101, 1983B), los poderes públicos en general, y el poder legislativo en particular, lo hacen positivamente en cuanto garantes de la eficacia de su contenido (artículo 9.1 en conexión con el artículo 53.1 de la CE), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la intervención del resto de poderes públicos (por ejemplo, la Administración) se encuentra mediatizada por una previa intervención del legislador – intervención que será obligada siempre que esa *interpositio legislatoris* sea sustantivamente o procedimentalmente precisa –. Y ello, sin perjuicio de la eficacia directa o disponibilidad inmediata de la que, aun sin ella, puedan o deban gozar los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional, STC 254, 1993).

Lo anterior tiene como resultado o implicación que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución presente una doble faceta: por un lado, “existe la obligación negativa de no interferir o lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales” (Bastida Frejeido et al., 2004, p. 66); por otro, y como también establece la jurisprudencia (Tribunal Constitucional, stc 18, 1984a), “el deber o mandato positivo, enunciado en el artículo 9.2 de la CE, de dar efectividad a tales derechos removiendo los obstáculos que impidan su ejercicio” (Bastida Frejeido et al., 2004, p. 66).

Además de esta función programática, o de eficacia obligatoria en cuanto a mandatos de optimización, la dimensión objetiva opera en planos distintos y complementarios, como ya ha sido sugerido anteriormente. De ella también se deduce o deriva el efecto irradiante y recíproco de los derechos fundamentales (como sostienen Bastida Frejeido et al., 2004), que asimismo expresarían la necesaria proyección que han de tener estos como normas de principio, a la hora de interpretar y aplicar las normas relativas a derechos fundamentales en su conjunto, bajo un criterio de interpretación conforme, de unidad constitucional, de concordancia práctica u otros que, de cualquier forma, superen la lógica hermenéutica clásica.

Es en relación con esta faceta de norma de principio que los derechos, además, y como se decía antes, constitucionalizan la propia forma del Estado, como “expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (Tribunal Constitucional, stc 53, 1985). Esta organización queda atada indisociablemente a dichos derechos y principios – se irradia – y a la dignidad que se le presupone a todos los individuos. Esta dignidad es la que, en última instancia, fundamenta, como establece el artículo 10 de la Constitución Española y posteriormente se desarrollará, el orden político y la paz social.

Así, y aun cuando el poder público – normalmente, el legislador – no haya actuado, por respeto a la dignidad y a los valores y principios fundantes del orden político y la paz social, y a la idea de que aquella es el núcleo que todo estatuto jurídico debe asegurar, los derechos fundamentales tienen, como se indicaba, un haz de facultades o un contenido directamente ejercitable por virtud de dicho núcleo, un espacio de apoderamiento del que el individuo y sujeto de derechos debe poder disponer en cualquier caso, incluso en situaciones de olvido o negligencia por parte de aquellos poderes.

Además, y bajo lo que se conoce como efecto recíproco, la dimensión objetiva de los derechos también opera entre estos y las leyes que disciplinan su ejercicio o los desarrollan (Bastida Frejeido et al., 2004), donde el Tribunal Constitucional tiene sentada la exigencia de que los límites, por cuanto la “fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo”, hayan de ser interpretados “con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de tales derechos” (Tribunal Constitucional, stc 159, 1986).

Las técnicas o metodologías normalmente utilizadas a este respecto – lo que se resume doctrinalmente en el concepto de límite a los límites – son el archiconocido principio de proporcionalidad y la delimitación, protección y respeto del ya enunciado contenido esencial. Estas técnicas, junto con las garantías normativas – reservas de ley – e institucionales, constituyen el canon de constitucionalidad a partir del cual debe analizarse toda medida limitativa o supresora de derechos. Este es precisamente el objeto de este trabajo, y finalidad de su apartado quinto, en relación con el estado de alarma decretado en España durante el episodio de crisis sanitaria derivado de la Covid-19.

A tal efecto, no se cree necesario reproducir aquí cuál es el sentido del principio de proporcionalidad ni cuál es el alcance del test a través del que se instrumenta, pues se entiende ampliamente conocido. Baste decir que opera en el triple plano de la idoneidad o adecuación de la medida, para cumplir con el fin válido y legítimo para la que ha sido desplegada; de la necesidad o mínima onerosidad, por cuanto no existan otras menos gravosas para conseguir tal fin; y de la proporcionalidad *stricto sensu*, por cuanto de ella se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los demás bienes o valores.

Sí deben desarrollarse, con mayor profundidad, y desde una óptica doctrinal y jurisprudencial, el papel de la dignidad y el respeto al contenido esencial de los derechos, pues son presupuestos necesarios y, de algún modo, el núcleo de este artículo y del

debate dogmático-jurídico que puede construirse en torno a la licitud constitucional del estado de alarma decretado en 2020 y las medidas en las que este se concreta.

4.3 La dignidad como fundamento del orden político y de la paz social

La dignidad es el punto de referencia, el norte constitucional en el cual se amparan todos los derechos fundamentales y se construye el orden político e institucional deseado con la promulgación de la Constitución. Para el profesor Lucas Verdú (1984), su naturaleza es la de un valor de índole constitucional que, junto con aquellos enunciados en el artículo 1 de la CE – a saber, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político – informaría e inspiraría todo el ordenamiento positivo español. El propio Tribunal Constitucional asigna a la dignidad, junto con los valores superiores del artículo 1.1 de la CE, “un valor relevante en la normativa constitucional” (Tribunal Constitucional, STC 150, 1991), que debe ser tenido en consideración toda vez que cimienta y da sentido a la articulación jurídica de expectativas, derechos y libertades emanadas del texto constitucional.

De hecho, por su ubicación formal y bajo una interpretación sistemática, se infiere que no se trata de un auténtico derecho fundamental (Batista, 2006). Inaugura el Título I de la Carta Magna, dedicado al catálogo de derechos y deberes, lo que pone de relieve precisamente su fuerza inspiradora para con los mismos – si se quiere, su efecto recíproco e irradiante – y, ante todo, el origen democrático de su concepción.

No se trataría simplemente, por tanto, de un valor adicional a los contenidos en el Título Preliminar, sino que sería el punto de partida, el valor fundante o fundamento de toda la arquitectura constitucional. Es el reconocimiento jurídico de la igualdad y la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo (Tribunal Constitucional, STC 181, 2000a); es el presupuesto, la garantía, e incluso la base sobre la cual “ha de ser determinado el contenido esencial de los distintos derechos fundamentales” (Batista, 2006, p. 18). Ahí radica la importancia de su análisis para el caso que nos trae causa.

Según Batista (2006), el profesor Von Münch (1982) menciona que “resulta interesante considerar, desde una perspectiva dogmática, que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un “núcleo de existencia humana” derivado precisamente de la noción de dignidad” (p. 5). Es decir, el individuo “no es digno porque su convivencia se configure con arreglo a dicho Estado de derecho, sino justamente lo contrario: el Estado social y democrático de derecho es digno en la medida en que cuadra con la dignidad humana” (Lucas Verdú, 1984, p. 109).

Como afirma Hernández Gil (1982):

Es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada *per se* y no como una derivación de los derechos (...) los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona. (p.422)

Batista (2006), por su parte, señala:

No puede hablarse ni de igualdad, ni de libertad, ni de justicia, ni de pluralismo político, sin hacer referencia a la idea de dignidad de la persona, pues todos estos valores encuentran su justificación primaria precisamente en la dignidad inherente a toda persona humana, reconocida, además, en el ordenamiento jurídico español, como “fundamento del orden político y de la paz social” (p. 16).

Su papel es esencial en la construcción del Estado democrático y social de Derecho, como corolario organizativo y concreción institucional de aquellos. Es el derecho a tener derechos, como sostiene Estévez Araujo (1998) y, por tanto, el presupuesto sobre el que descansa la expresión jurídica del sistema de valores constitucionales y los derechos fundamentales en los que este se materializa.

Por ello, más allá de su concepción y virtualidad como mínimo invariable que toda previsión normativa debe respetar y tomar en consideración, en cuanto a “valor espiritual y moral inherente a la persona” (Tribunal Constitucional, stc 53, 1985) – pese a su inexigibilidad de forma autónoma, como posteriormente se remarca – lo que es realmente significativo es el papel nuclear que asume en la construcción del edificio constitucional. Y ello, en su dimensión objetiva, como principio interpretativo y mandato de optimización, en conexión íntima con el contenido esencial de los derechos – por tanto, también con su exigibilidad, eficacia directa, límites y suspensión – y bajo una relación de conjunto con el sistema de derechos y libertades constitucionalmente establecido.

Este reconocimiento es, en cierta forma, un *prius* lógico y ontológico a la propia ordenación jurídico-política nacida y construida a raíz de la Constitución, que sitúa a la persona como punto de referencia en torno al cual se vertebra el sistema de valores y el catálogo de derechos normado en la Constitución. A pesar del posible resquicio de corte iusnaturalista que hay impreso en su tenor, en absoluto se busca, como se ha encargado de enfatizar la doctrina (Bastida Frejeido et al., 2004), construir un sistema jurídico heterorreferencial y suprapositivo.

De hecho, y desde una perspectiva de derecho comparado, a diferencia de otros sistemas constitucionales como el alemán, que instauran una auténtica cláusula de intangibilidad en torno a la dignidad, el sistema constitucional español intenta evitar toda fundamentalidad extrínseca – permitiendo, por cierto, sin necesidad de procedimiento agravado o freno material alguno, su reforma por parte del poder constituido –.

En estrecha conexión con el concepto de la dignidad, debemos destacar asimismo el papel del postulado acerca del *libre desarrollo de la personalidad*, como esfera de autonomía individual en la cual el sujeto puede desenvolverse conforme a sus propias convicciones y ambiciones, con pleno respeto, eso sí, a la ley y a la libertad de los demás – como así enfatiza el texto que seguidamente le acompaña en el artículo 10 de la Constitución –.

Este principio “supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores” (Tribunal Constitucional, stc 60, 2010). Es, de algún modo, la facultad de elegir “ser” y actuar conforme a las expectativas de vida formuladas y al entendimiento, en palabras del Tribunal Constitucional, de que “corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital” (Tribunal Constitucional, stc 139, 2008).

Algunos autores, como Lorca Martín de Villodres (2013), han querido ver en el “libre desarrollo de la personalidad” el equivalente constitucional español al famoso postulado, introducido por Thomas Jefferson, relativo a la búsqueda de la felicidad – *pursuit of happiness* – en la Declaración de Independencia Americana. Este concepto, filosófico y teleológico en naturaleza, implica reconocer al individuo como dueño de su existencia y rumbo vital y, en conexión con el reconocimiento de su dignidad, reconocer que tiene capacidad y derecho a ello por el mero hecho de ser persona.

Si bien estos valores carecen de contenido subjetivo (Batista, 2006), no gozan de tutela preferente y no pueden ser alegados ni tomados “en consideración de modo autónomo para estimar o desestimar pretensiones de amparo” (Tribunal Constitucional, stc 120, 1990), sí afectan e irradian sus efectos sobre el resto de los derechos fundamentales, derivado del principio de libertad al que refuerzan y del orden político al que fundamentan.

En relación con lo anterior, se han querido señalar (Castellà Andreu et al., 2018) distintas manifestaciones o planos donde estos valores operarían: en primer lugar, y como consecuencia de esa autodeterminación y precisamente ese ámbito o espacio de libertad erigida en valor, operarían como norma de clausura del ordenamiento jurídico – *permissum videtur id omne quod non prohibetur* (como así afirma el Tribunal Constitucional en no pocas sentencias; por todas: stc 83, 1984b; stc 120, 1990; stc 142, 1999a) – y, en segundo término, actuarían como expresión de la autonomía de la voluntad, con especial traslación al ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Que este tipo de valores refuercen el valor de la libertad no es casualidad. Como estos mismos autores señalan (Castellà Andreu et al., 2018), las cinco referencias que pueden desgranarse del artículo 10 de la Constitución Española, que el mismo reputa de “fundamento del orden político y la paz social”, pueden reconducirse en esencia a la idea de libertad – no sería casualidad tampoco que el primer valor proclamado en el artículo 1.1 de la CE fuera el de libertad –.

La idea de “dignidad” se entiende como respeto a la autonomía personal del individuo; el concepto de “derechos inviolables” es, ante todo y bajo una concepción tradicional, el respeto a las libertades públicas y negativas; el concepto de “libre desarrollo de la personalidad” acoge en su propia literalidad el término “libre”; el respeto a la ley puede y debe entenderse quizá en su acepción clásica y liberal – imperio de la ley – de garantía; y finalmente, la alusión a los “derechos de los demás” no es más que la formalización del principio liberal de indemnidad – en un sentido milliano y sartriano: mi libertad termina donde empieza la de los demás –.

Con ello no quiere significarse en absoluto que exista jerarquía o escala dentro de los propios valores superiores recogidos en la Carta Magna. Como la doctrina destaca de forma prácticamente unánime, todos deben informar e inspirar en su conjunto a la concreción institucional y jurídica de la Constitución y de los derechos en ella consagrados. Es decir, no cabe aplicar a los valores calificaciones cualitativas ni cuantitativas afirmando que unos son más que otros o que valen más que otros.

No obstante, sí debe inferirse la especial relevancia que cobra la libertad, en su conexión con la dignidad del individuo y, por tanto, con la fundamentación del Estado. El efecto irradiante y la relación recíproca que mantienen los derechos fundamentales con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la CE (Bastida Frejeido et al., 2004), precepto que además opera como pórtico de su regulación constitucional, sugieren la especial vigencia y fuerza jurídica irresistible de la que se le dota, en su función de garantía del contenido esencial de aquellos. El respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad adquiere, por tanto, un especial valor en toda limitación, restricción o suspensión en el disfrute de aquellos, como sucede en los estados de excepción.

4.4 El contenido esencial de un derecho fundamental

El contenido esencial de un derecho fundamental es, en corto, la expresión del núcleo indisponible del mismo. Si se quiere dotar de significado propio al precepto que lo introduce (artículo 53.1 de la CE), y que no sea una mera repetición de la obligatoriedad de respeto hacia la Constitución, instaurada en el artículo 9.1 del mismo texto y que igual sujeta a particulares y poderes públicos, el contenido esencial debe ser caracterizado en un sentido absoluto – entendido bajo la así llamada teoría absoluta del contenido esencial –. De este modo, se restringiría toda actuación limitativa de los poderes públicos, salvo previsión en sentido contrario, al límite que el propio derecho fundamental impone. Este límite de límites es el contenido esencial, que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado de diversos pero complementarios modos.

No obstante, a efectos de determinar con mayor detalle qué se entiende por contenido esencial de un derecho, debe distinguirse primeramente entre límites externos – indirectos – y límites internos – directos –. Estos últimos son aquellos en los que se excluye ya de entrada una garantía constitucional – se delimita el derecho – por opción del constituyente, y cuya acción es, por tanto, previa y anterior a la limitación en sentido propio o externo – cláusula de habilitación mediante – que el legislador puede hacer de los mismos en su actuación normativa.

La determinación de los límites internos constituye, más que un acto de creación de derecho, un acto de interpretación de este, con el fin de entender qué es lo que constituye ese derecho con base en lo que la propia Carta Magna expone; ya sea porque explícitamente lo disponga, como expresión de expectativas de derecho que la Constitución ya excluye de plano de su ámbito de reconocimiento y protección – límites positivos – o porque dicha limitación deba emanar de la coexistencia, en igualdad de rango, con otros derechos fundamentales u otras normas de ámbito constitucional – límites

lógicos o inmanentes –. En otros términos, los límites internos no son otra cosa que los criterios de delimitación del objeto del derecho fundamental en cuestión (Bastida Frejeido et al., 2004).

Los límites externos, por el contrario, son aquellos que limitan propiamente el derecho y que crea el poder público constituido – normalmente, el legislador – al que la Carta Magna faculta (por ejemplo, en los artículos 17.1 y 28 de la CE, relativos a la libertad deambulatoria y derecho de sindicación y a la huelga, respectivamente). Demandan una expresa habilitación constitucional, pues, en el ordenamiento jurídico español no cabe ni existen cláusulas generales de limitación, como tiene señalado el Alto Tribunal (Tribunal Constitucional, STC 58, 1998); es decir, solo tiene lugar la creación de límites externos si así expresamente lo autoriza la propia Constitución, sin que quepa deducir o inferir cláusulas implícitas de limitación externa – a diferencia de lo que ocurre en la Constitución Alemana (artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn) –.

Más allá de que no existan esas cláusulas generales de limitación, sí existen – y ese es precisamente el tenor del artículo 53 de la CE – reservas de ley, que necesariamente preceptúan que todo desarrollo de un derecho fundamental deba hacerse por ley orgánica; ello es solo aplicable, no obstante, a los derechos comprendidos entre el artículo 15 y 29 de la CE, conforme a repetida jurisprudencia constitucional (Tribunal Constitucional, stc 70, 1983a; 116, 1999b). Para la regulación del ejercicio de estos – ya no su desarrollo – se habilita a la ley estatal o autonómica.

Estas son, respectivamente, las reservas de ley orgánica y ordinaria que se deducen de los artículos 81 y 53 del texto constitucional, y a las que posteriormente se volverá, pues tienen su importancia en cuanto al alcance de la regulación o limitación de los derechos y su ejercicio acaecidos con ocasión del estado de alarma que nos ocupa. En cualquiera de los dos casos, y aunque pueda parecer paradójico el olvido del constituyente en la redacción del artículo 81 de la CE, debe respetarse el contenido esencial del derecho en cuestión.

Este contenido esencial ha sido definido mediante vías distintas, o como señala el propio Tribunal, mediante caminos no alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino complementarios. Un primer camino es, en sus palabras, “establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho” (Tribunal Constitucional, stc 11, 1981b), que lleve a encontrar “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así” (Tribunal Constitucional, stc 11, 1981b).

Otra vía posible consiste en encontrar los intereses jurídicamente protegidos que se reconocen como núcleo de los derechos subjetivos. De esta forma, como indica el Tribunal Constitucional, por contenido esencial de los derechos se entendería:

Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que dichos intereses que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Tribunal Constitucional, stc 11, 1981b).

Volviendo a la cuestión que se suscita en relación con los estados de excepción en el ordenamiento jurídico español, y una vez determinado el concepto de contenido esencial, es preciso señalar que la importancia de dicho elemento es máxima, por cuanto, y como más tarde se analiza, la adecuación de uno u otro instrumento del así llamado Derecho de Excepción estriba precisamente en la necesidad de conformidad o no con dicho contenido esencial.

En este mismo sentido y con igual relevancia, no debe olvidarse que la Constitución, como fuente constitucional directa de apoderamiento, hace de este contenido esencial un haz de disponibilidad inmediata, cuyo núcleo es ejercible en su mínimo por su titular, como manifestación de la fuerza jurídica irresistible emanada de la Carta Magna (Frejeido et al., 2004). Por tanto, esta faceta – como fuente máxima de eficacia directa o de apoderamiento – no debe ser, en ningún caso, ignorada, pues igual refuerza la idea según la cual una clara afectación o desconocimiento de aquel contenido, más si cabe cuando tiene repercusiones directas sobre la vigencia de los derechos para el individuo, entraña necesariamente una privación de los mismos.

5. Conclusiones: hacia un análisis dogmático-jurídico de la constitucionalidad del estado de alarma

Sentado todo lo anterior, y poniendo en valor el sentido de los derechos fundamentales enunciados en la Constitución Española de 1978 en su dimensión objetiva, como normas de principio, que irradian sus efectos al resto del ordenamiento y vinculan al poder público, pero también en su condición de espacios de potencial autodeterminación de los individuos, quienes pueden ejercerlos y disponerlos inmediatamente – como se acaba de señalar – es cuando mejor se comprende la operatividad y la relevancia del contenido esencial de los derechos fundamentales como garantía de los mismos.

Esta garantía es particularmente importante no solo cuando estos entran en colisión con otros derechos, o cuando no hay nada dicho o regulado sobre un derecho, sino además, cuando determinadas situaciones, incluso previstas constitucionalmente, pueden poner en jaque la vigencia y fuerza jurídica irresistible – como normas constitucionales que también son – de los derechos fundamentales. Este es perfectamente el caso de los estados excepcionales o de crisis que nuestra Carta Magna prevé y para los cuales la suspensión de los derechos se reduce a la mínima indispensable.

Ante estos estados, cobra especial fuerza la determinación del contenido esencial, pues en gran medida fija si cierta política o restricción adoptada con ocasión de dichos estados, meramente limita el ejercicio de un derecho – con pleno respeto, por tanto, a

la delimitación de su contenido esencial o núcleo reconocible – o directamente priva al individuo del mismo. Privar o suspender un derecho equivale a vaciar a este de su contenido, hasta el punto de desnaturalizarlo, de hacerlo irreconocible o impracticable – retomando los términos reproducidos anteriormente –.

Teniendo en cuenta que el constituyente ha querido que, en el ordenamiento español, solo el estado de excepción y el estado de sitio puedan entrañar privación o suspensión de derechos fundamentales en virtud del artículo 55 de la CE, la tarea reside, por tanto, en fijar si las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia – por ejemplo, las decretadas a raíz del Real Decreto 463/2020 – desconocen o atentan directamente contra el contenido esencial.

¿Son las medidas detalladas en el apartado 1.2 de este trabajo respetuosas con el contenido esencial del derecho a la libre circulación (artículo 19 de la CE)? ¿Son asimismo respetuosas con el derecho de reunión y el derecho de manifestación de los artículos 21.1 y 21.2 de la Constitución, respectivamente?

A juicio de gran parte de la doctrina que ha escrito hasta el momento, no. Se está desconociendo o ignorando el contenido esencial de muchos derechos fundamentales; en especial, del derecho a la libre circulación, pues lo preceptuado en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 – fundamentalmente el primer guion de medidas enunciadas – no es más que una privación casi absoluta de este derecho fundamental. Prohibir la circulación, a excepción de ciertos casos tasados, es desconocer materialmente su contenido esencial.

Álvarez García (2020) irónicamente afirma:

Es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le ha limitado o restringido su ejercicio... cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional, ¿qué contenido tendrá la suspensión del derecho? (p.13).

Si bien materialmente hemos visto que la situación actual parece encajar en los supuestos de hecho del estado de alarma – que ya sabemos sucintamente relacionados con situaciones catastróficas, epidémicas y de paralización – en absoluto puede obviarse lo relacionado con el contenido esencial y el alcance limitativo de las medidas que pueden adoptarse.

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (Tribunal Constitucional, STC 83, 2016).

Es lo que años atrás Cruz Villalón (1984) denominaba tercer estado de los derechos fundamentales, entendido como un régimen particularmente restrictivo de los derechos fundamentales que, no obstante, no puede llegar a afectar el contenido esencial de los mismos.

No en pocas ocasiones resulta sutil la distinción entre suspensión y limitación de derechos, por lo que la jurisprudencia la ha circunscrito a la diferencia entre “restricciones directas del derecho fundamental mismo” y “restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio – circunstanciales, si se quiere – del derecho fundamental” (Tribunal Constitucional, stc 292, 2000b). Alternativamente, se puede entender que en el primer caso estaríamos frente a una forma de desarrollo del derecho fundamental, que se reserva, como ya quedó indicado, a la ley orgánica, y que en el segundo:

(...) los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE (Tribunal Constitucional, stc 292, 2000b).

Por ello, el estado de alarma no es en ningún caso el instrumento jurídico adecuado ni aquel que puede dar cobertura jurídica a la privación o suspensión de derechos. “El estado de alarma, en su regulación en la Ley Orgánica 4/1981, se refiere siempre en cuanto a residencia y circulación, a restricciones temporales localizadas, en el espacio y en el tiempo” (Fernández-Fontecha Torres, 2020).

Como se comentaba anteriormente, ese no parece haber sido el caso de la adopción de medidas con ocasión de la pandemia. Mientras que el Real Decreto 463/2020, en su artículo 7, prohíbe de forma general circular por las vías públicas con una serie de excepciones tasadas como la adquisición de víveres, el tenor literal de la ley (LOEAES) precisamente parece indicar todo lo contrario; es decir, que como parte de las medidas adoptadas a raíz de un estado de alarma, se permite “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos” (Cortes Generales, art. 11, 1981).

En palabras de Presno Linera (2020), existe una discordancia entre lo previsto por la legislación orgánica, “que parte de que el estado de alarma justifica la aprobación de restricciones y condicionamientos a una libertad general de circulación, y lo incluido en el Real Decreto 463/2020 que lo declaró, que únicamente contempla una serie de excepciones a una limitación general de dicha libertad de circulación” (p. 59).

No puede ni debe convertirse la excepción en la regla general, pues, de lo contrario se desvirtúa por completo el significado y alcance, en cuanto a su contenido esencial, de la libertad de circulación (artículo 19 de la CE). Además, si se ha privado o se ha suspendido el derecho a la libre circulación, en consecuencia, se han desconocido también todos que los que le toman como presupuesto, como pueden ser, el derecho de reunión y el derecho de manifestación (artículos 21.1 y 21.2. de la CE, respectivamente).

De hecho, parece evidente que con ocasión de la crisis sufrida a raíz de la Covid-19, más allá de adoptarse medidas sanitarias que limitaban circunstancialmente el disfrute de ciertas libertades, se desdibujó su contenido esencial de forma casi entera. Como así defiende Sieira Mucientes (2020), “la crisis desbordaba el marco de una simple crisis sanitaria y tenía connotaciones de quiebra grave del orden público en los términos señalados por la LOEAES – pues tocaba de lleno a la participación ciudadana” (p. 296). Es interesante ver como se relaciona ello con eventuales alteraciones del orden público, entendido en un sentido amplio, que como ya ha quedado indicado, no es sino el supuesto habilitante para la declaración del estado de excepción.

Dicho concepto debe alejarse de “concepciones añejas, que algunos siguen manteniendo, como equiparable a la mera paz y quietud” (Álvarez García, 2020, p.14). En este sentido, su contenido material o sustantivo debe superar la sola visión – si se quiere, reactiva – del orden público entendido como “seguridad”, “mantenimiento de la tranquilidad ciudadana” o “tranquilidad en las calles”, para admitir que dicho orden también se ve comprometido cuando la participación de los ciudadanos en el orden político se ve ignorada o desconocida.

El ejercicio de los derechos fundamentales no es que pueda ser contrario al orden público, sino que forma parte de la noción misma, como asimismo se desprende de una lectura atenta del artículo 13 de la LOEAES, al establecer como supuestos de hecho para el estado de excepción la alteración anómala en “el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público” (Cortes Generales, 1981); remarquemos aquí el énfasis de *cualquier otro*.

Como bien sintetiza Álvarez García (2020), “el ejercicio público de derechos constitucionales como los de libre circulación, reunión, manifestación, expresión, etc., no puede verse como un supuesto de compromiso para el orden público, sino como plena realización de éste” (p. 16). Toma parte, en consecuencia, de su contenido esencial, participa de la concreción jurídica del concepto mismo de orden público, como así da a entender la propia redacción orgánica.

El propio contenido material del orden público actualmente vigente y defendido por la doctrina y la jurisprudencia, así como la suspensión de derechos en principio orquestada a razón de las medidas adoptadas, parece entrever que, pese a su mayor gravedad, el remedio adecuado hubiera sido el estado de excepción. Solo este estado ofrecería la cobertura jurídica necesaria, dada la limitación o supresión intensa de libertades de estos Decretos, para no incurrir en una suerte de “vía de hecho extrajurídica”, que se extralimite en la adopción de medidas y que resulte más perjudicial que la propia “racionalización constitucional de dicha emergencia”, acogiendo los términos utilizados por Sieira Mucientes (2020).

Si bien se ha manifestado que existirían otros posibles instrumentos legales – en particular, la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP) y la Ley General de Sanidad (LGS) – que, en relación con la salud pública, permitirían y

justificarían las medidas adoptadas por el Real Decreto 463/2020, a veces rayanas con la privación de derechos fundamentales, Alegre Ávila y Sánchez Lamelas (2020) vedan esta posibilidad justamente por entender que “no son cobertura suficiente ex artículo 55.1 del texto constitucional para permitir la adopción de medidas o actuaciones que supongan la suspensión del ejercicio de derechos fundamentales” (p. 3).

Otra vía sin duda, relacionada con lo anterior, es acudir – como lo han hecho otros países de nuestro entorno – a la legislación de urgencia, entendiendo, en particular, que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”, la técnica del decreto-ley es perfectamente plausible y permite adoptar medidas. Sin tener que acudir a la figura del estado de alarma, pero con incidencia ciertamente limitada sobre los derechos fundamentales cuyo ejercicio se quiere regular, pueden adoptarse medidas urgentes por parte del propio brazo ejecutivo del Estado – con posterior convalidación, eso sí, del Congreso de los Diputados –.

Lo anterior precisamente genera que el espacio del estado de alarma, como instrumento jurídico pensado para casos anómalos y extraordinarios, cuya incorporación al texto constitucional ya resultó discutida en el debate constituyente – de ahí, su carácter garantista – quede diezmado o quede en un simple “café descafeinado”, como se subrayaba anteriormente. En este sentido, la doctrina ha señalado que “el estado de alarma se revela como innecesario, puesto que las medidas características del mismo están ya contenidas en una extensa legislación ordinaria y, además, el Gobierno cuenta con el instrumento del Decreto-ley” (Mateu-Ros Cerezo, 1988, p. 202).

Sin ignorar lo anterior, debemos estar de acuerdo con el parecer según el cual el estado de alarma no ofreció cobertura bastante a los efectos de justificar las medidas restrictivas tomadas, ni tampoco, como pide Tajadura Tejada (2020), de garantizar la preservación de la seguridad jurídica mediante la determinación del alcance de las restricciones de los derechos fundamentales afectados. No se trata meramente de limitaciones más o menos intensas, agradables o justificadas al ejercicio de ciertas libertades, sino de una afectación clara y rotunda del contenido esencial de derechos fundamentales, lo que, por tanto, constituye suspensión o privación de los mismos (estos derechos pueden ser, a su vez, presupuesto de muchos otros derechos fundamentales y subjetivos).

En este sentido, no puede ignorarse además que la libertad de circulación, tal y como ha establecido el Comité de Derechos Humanos, es condición necesaria e indispensable para el libre desarrollo de la persona. Así ha sido señalado en los Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Comentario general No. 27 (67). Libertad de circulación (artículo 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 – (Castillo Daudí, 2016, p. 2).

La norma de clausura del ordenamiento, propugnada e inspirada precisamente, como ya se ha puesto previamente de relieve, en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE), en conjunción con la obligación constitucional – a sensu contrario – según la cual el estado de alarma no puede en ningún caso entrañar suspensión de

derechos fundamentales ni, por tanto, afectar a su contenido esencial, debe llevar paralelamente a la misma conclusión: las medidas restrictivas adoptadas con ocasión del estado de alarma – que sí puede suponer limitaciones a su ejercicio, conforme al parecer del Tribunal Constitucional – deben ser la excepción y no la regla general.

Además, si precisamente se argumenta que la dignidad opera como fundamento del orden político y de la paz social, con mayor rigor y vigencia se debe tener presente aquella, cuando lo que está en juego o amenazado, ya sea por razones internas o externas al Estado, es precisamente dicha paz u orden. Quizá esta sea la misma conclusión a la que se llegaba anteriormente al señalar, bajo una línea argumental análoga, que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede observarse como una situación de compromiso del orden público, sino de realización plena del mismo.

En palabras de Fernández-Fontecha Torres (2020), “la continuidad de los poderes públicos es la base de la paz social y de la democracia”; por ello, toda medida excepcional debe tener siempre la vista puesta en que la excepcionalidad es, en última instancia, un recurso y un instrumento en favor de dicha paz social. Esta funda e inspira todo el ordenamiento y justifica precisamente la excepcionalidad – con el menor sacrificio y suspensión de derechos posible – para su conservación.

Aun cuando podríamos abordar la licitud de las medidas desde el punto de vista de su proporcionalidad, este no ha sido en ningún caso el objeto de un trabajo que, por el contrario, quería abordar e incidir en la virtualidad de la teoría de la dimensión objetiva y, en concreto, en el contenido esencial de los derechos fundamentales. Al seguir este enfoque y no el de la proporcionalidad, se busca analizar la cuestión desde un plano general, que supere o vaya más allá del caso concreto y de las medidas específicamente adoptadas en este estado de alarma – Real Decreto 463/2020 y posteriores – y fundamentar el canon de licitud o constitucionalidad en dicha dimensión y contenido.

Todo lo anterior se infiere de los derechos fundamentales en su condición de normas de principio, reconocibles en su dimensión objetiva, que irradian sus efectos más allá del propio derecho subjetivo, que sujetan a todos los poderes públicos – al legislador claramente, pero con más razón al poder ejecutivo, que en ciertas ocasiones adopta medidas o incluso decreta estados de excepcionalidad (precisamente, en el estado de alarma) – y que, por supuesto, tienen un núcleo o contenido – el contenido esencial – directamente ejercible e indisponible por aquellos poderes.

Con ello se entiende que se debe ser muy vigilante, cuando no existe tal previsión constitucional, en toda limitación de derechos y libertades, a los efectos de no privar a los titulares de su disfrute real y efectivo y atentar contra aquel contenido. En particular, en el caso del estado de alarma, estarían permitidas solo las limitaciones entendidas en un sentido muy restrictivo y, por tanto, favorable a la vigencia del derecho (*favor libertatis*), y en cuanto se refiriesen a intervenciones particulares, pues cualquier otra respuesta implicaría retorcer la finalidad de este instrumento excepcional y la teoría jurídica construida en torno a él, como así ha sido expuesto por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, y con quienes coincidimos en la defensa del estado de excepción como remedio jurídico idóneo para el caso que nos incumbe.

6. Referencias

- Aba Catoira, A. (2011). El Estado de Alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 313-341. <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6961>
- Alegre Ávila, J. M., y Sánchez Lamelas, A. (2020, 16 de marzo). Nota en relación con la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica. *Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*. <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>
- Álvarez Conde, E. (2008). *Curso de Derecho Constitucional, Vol. I*. Editorial Tecnos.
- Álvarez García, F. J. (2020). Estado de Alarma o de Excepción. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 1-20. <https://doi.org/10.15304/epc.40.6706>
- Bastida Frejeido F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. A., Aláez Corral, B. y Fernández Sarasola, I. (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Editorial Tecnos.
- Batista J., F. (2006). La dignidad de la persona en la Constitución Española: Naturaleza Jurídica y Funciones. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(14), 1-20. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2006.14.5750>
- Carro Martínez, A. (1998). Art. 116. Situaciones de anormalidad constitucional. En O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IX*. (pp. 250 y ss.). Cortes Generales y Edersa.
- Castillo Daudí, M. (2016). Libertad de circulación y soberanía del Estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (31), 1-44. Doi: 10.17103/reei.31.10
- Castellà Andreu, J. M. (2018). *Derecho Constitucional Básico*. Editorial Huygens.
- Cifuentes Muñoz, E. (2002). Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. *Ius Et Praxis*, 8(1). <https://vlex.cl/vid/excepcion-constitucional-colombia-43461024>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 116.
- Colombia. Congreso de la República. (1994, 3 de junio). *Ley Estatutaria 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia*. Diario Oficial No. 41 379.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-179 de 1994* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Editorial Tecnos.
- España. Ministerio de la Presidencia. (2010). *Real Decreto 1673/2010*. Boletín Oficial del Estado núm. 295 de 4 de diciembre de 2010.
- España. Ministerio de la Presidencia. (2020a, 14 de marzo). *Real Decreto 463/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 67 de 14 de marzo de 2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020b, 28 de marzo). *Real Decreto 476/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 86 de 28/03/2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020c). *Real Decreto 487/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 101 de 11 de abril de 2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020d). *Real Decreto 492/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 115 de 25 de abril de 2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020e). *Real Decreto 514/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 129 de 9 de mayo de 2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020f). *Real Decreto 537/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 145 de 23 de junio de 2020.
- España. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. (2020g). *Real Decreto 555/2020*. Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 06 de julio de 2020.

España. Congreso de los Diputados. (2012). *Boletín Oficial de las Cortes Generales. 12 de abril 2012*. https://documentop.com/boletin-oficial-de-las-cortes-generales-congreso-de-los-diputados_59fa9c081723dd69b26e002a.html

España. Cortes Generales. (1978). *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

España. Cortes Generales. (1981, 1 de junio). *Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio*. Boletín Oficial del Estado núm. 134 de 5 de julio de 1981.

España. Tribunal Constitucional. (1981a, 14 de julio). *Sentencia 25/1981*. Boletín Oficial del Estado núm. 193 de 13 de agosto de 1981.

España. Tribunal Constitucional. (1981b, 8 de abril). *Sentencia 11/1981*. Boletín Oficial del Estado núm. 99 de 25 de abril de 1981.

España. Tribunal Constitucional. (1983a, 26 de julio). *Sentencia 70/1983*. Boletín Oficial del Estado núm. 197 de 18 de agosto de 1983.

España. Tribunal Constitucional. (1983b, 17 de noviembre). *Sentencia 101/1983*. Boletín Oficial del Estado núm. 298 de 14 de diciembre de 1983.

España. Tribunal Constitucional. (1984a, 7 de febrero). *Sentencia 18/1984*. Boletín Oficial del Estado núm. 59 de 9 de marzo de 1984.

España. Tribunal Constitucional. (1984b, 24 de julio). *Sentencia 83/1984*. Boletín Oficial del Estado núm. 203 de 24 de agosto de 1984).

España. Tribunal Constitucional. (1985, 11 de abril). *Sentencia 53/1985*. Boletín Oficial del Estado núm. 119 de 18 de mayo de 1985.

España. Tribunal Constitucional. (1986, 16 de diciembre). *Sentencia 159/1986*. Boletín Oficial del Estado núm. 313 de 31 de diciembre de 1986.

España. Tribunal Constitucional. (1990, 27 de junio). *Sentencia 120/1990*. Boletín Oficial del Estado núm. 181 de 30 de julio de 1990.

España. Tribunal Constitucional. (1991, 4 de julio). *Sentencia 150/1991*. Boletín Oficial del Estado núm. 180 de 29 de julio de 1991).

España. Tribunal Constitucional. (1993, 20 de julio). *Sentencia 254/1993*. Boletín Oficial del Estado núm. 298 de 18 de agosto de 1993.

España. Tribunal Constitucional. (1998, 16 de marzo). *Sentencia 58/1998*. Boletín Oficial del Estado núm. 96 de 22 de abril de 1998.

España. Tribunal Constitucional. (1999a, 22 de julio). *Sentencia 142/1999*. Boletín Oficial del Estado núm. 204 de 26 de agosto de 1999.

España. Tribunal Constitucional. (1999b, 17 de junio). *Sentencia 116/1999*. Boletín Oficial del Estado núm. 162 de 8 de julio de 1999.

España. Tribunal Constitucional. (2000a, 29 de junio). *Sentencia 181/2000*. Boletín Oficial del Estado núm. 180 de 28 de julio de 2000).

España. Tribunal Constitucional. (2000b, 30 de noviembre). *Sentencia 292/2000*. Boletín Oficial del Estado núm. 4 de 4 de enero de 2001.

España. Tribunal Constitucional. (2003, 28 de enero). *Sentencia 14/2003*. Boletín Oficial del Estado núm. 43 de 19 de febrero de 2003.

España. Tribunal Constitucional. (2008, 28 de octubre). *Sentencia 139/2008*. Boletín Oficial del Estado núm. 281 de 21 de noviembre de 2008.

España. Tribunal Constitucional. (2010, 7 de octubre). *Sentencia 60/2010*. Boletín Oficial del Estado núm. 262 de 29 de octubre de 2010.

España. Tribunal Constitucional. (2016, 28 de abril). *Sentencia 83/2016*. Boletín Oficial del Estado núm. 131 de 31 de mayo de 2016.

- Estévez Araujo, J. A. (1998). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Editorial Icaria.
- Fernández-Fontecha Torres, M. (2020, 31 de marzo). Supremacía de la Constitución. La excepción y el Derecho. *El Derecho.com. Lefebvre*. <https://elderecho.com/la-excepcion-derecho>
- García de Enterría, E. (1981). *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Editorial Civitas.
- Hernández Gil, A. (1982). *El cambio político español y la Constitución*. Editorial Grupo Planeta.
- Lafuente Balle, J. M. (1989). Los estados de alarma, excepción y sitio. *Revista de Derecho Político*, (30), 23-54. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8427/8063>
- López Daza, G. A. y Gómez García, C. F. (2020). Estado de excepción y restricción al derecho a la educación en Colombia por la Covid-19. *Opinión Jurídica*, 19(40), 163-186. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a8>
- Lorca Martín de Villodres, M. I. (2013). Felicidad y constitucionalismo. *Revista de Derecho Político*, (88), 123-336. <https://doi.org/10.5944/rdp.88.2013.12788>
- Lucas Verdú, P. (1984). *Estimativa y política constitucionales*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones.
- Mateu-Ros Cerezo, R., (1988). Estados de alarma, excepción y sitio. En *Gobierno y Administración en la Constitución. Vol. I* (pp. 165-205). Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales.
- Pérez Royo, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional*. Editorial Marcial Pons.
- Presno Linera, M. A. (2020). Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (86-87), 54-65.
- Santaolalla López, F. (1981). Crónica Parlamentaria. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (18), 249-281.
- Sieira Mucientes, S. (2020). Estado de Alarma. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (19), 275-305. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5712>
- Tajadura Tejada, J. (2020, 19 de marzo). Derecho de crisis y Constitución. *El País*. https://elpais.com/elpais/2020/03/16/opinion/1584364474_350250.html
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declaración del Estado de Alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31(92), 243-265. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3723257>

Análisis estático de la Sentencia T-366 de 2019: De la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes ante la perspectiva hegemónica de estereotipos discriminatorios¹

Static analysis of Judgment T 366 of 2019: On the protection of the fundamental rights of children and adolescents in the face of the hegemonic perspective of discriminatory stereotypes

*John Fernando Restrepo Tamayo²
Yelitza Marisela Sucre Velásquez³*

Cómo citar: Restrepo, J. F.; Sucre, Y. M. (2021). Análisis estático de la Sentencia T-366 de 2019: De la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes ante la perspectiva hegemónica de estereotipos discriminatorios. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-10. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1411>

Recibido/03/06/2021 – Aceptado/03/12/2021 – Publicado/10/12/2021

Una sociedad democrática solo tiene posibilidad de existencia si su cimiento más trascendente cual es la educación y fundamentalmente, en la primera infancia, tiene génesis y desarrollo en un alto grado de respeto por la diferencia, la autoestima, la diversidad, la tolerancia, el pluralismo de valores y principios. Y ello por supuesto exige ambientes educativos dispuestos a forjar tan claros ideales.

Corte Constitucional, T-731 de 2017

Resumen

El presente artículo plantea el análisis hermenéutico de una sentencia de tutela de la Corte Constitucional de Colombia que trata el problema de los actos discriminatorios derivados de la exclusión de género que conllevan vulneración de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes. El texto parte de una metodología de investigación que busca hacer un análisis estático de la sentencia en cuestión, y propone un estudio de una problemática desarrollada por el órgano competente con diferentes enfoques de reflexión.

Palabras clave: derechos fundamentales, Corte Constitucional, Estado social de derecho, supremacía constitucional.

¹ La redacción de este artículo es resultado del trabajo académico que se adelanta en la Línea de *Estado, Democracia y Constitución* del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz (Categoría A1/ Colciencias) de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

Abstract

This article presents the hermeneutical analysis of a judgment of protection of the Constitutional Court of Colombia that deals with the problem of discriminatory acts derived from gender exclusion that entail violation of the fundamental rights of children and adolescents. The text starts from a research methodology that seeks to make a static analysis of the sentence in question, and proposes a study of a problem developed by the competent body with different reflection approaches.

Keywords: Fundamental Rights, Constitutional Court, Rule of Law, Constitutional Supremacy.

1. Introducción

El Estado colombiano es un Estado social de derecho, garante de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes (población vulnerable y especialmente protegida). La Corte Constitucional, órgano que guarda la integridad y supremacía de la Constitución, está encargada de velar por el fiable cumplimiento y la garantía de la norma constitucional con prevalencia sobre las demás normas. Cuando los derechos, valores o principios se ven afectados ya no solo por el pasivo de la acción de tutela, sino además por un juez, que en primera instancia no protege a quien se encuentra en una posición vulnerable, y que por enunciación de la Constitución y por disposiciones internacionales está obligado a amparar en su demanda, se abre paso la Corte Constitucional para revisar y corregir la acción judicial, de tal manera que sea posible asegurar la debida correspondencia entre enunciado constitucional vinculante de igualdad y el mundo real.

2. Encuadramiento fáctico de la Sentencia T-366 de 2019

La Corte Constitucional relata los hechos en los que el señor Álvaro Mora Ríos, padre y representante legal de la niña María Paz Mora Silva, eleva escrito ante la Sala de Selección de la Corporación, mediante el cual solicita la revisión de la acción constitucional de tutela impetrada en favor de su hija contra Liga Pony Fútbol 2018 (la Liga de Fútbol de Bogotá y la empresa CREARE Ltda), para reclamar la protección de los derechos fundamentales a:

La igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad, a la recreación y al acceso a la cultura de los menores de edad, a la familia, a “los derechos adquiridos” y, según se desprende del libelo, al debido proceso y a la confianza legítima de la niña (Corte Constitucional, T 366, 2019a).

En este sentido, la vulneración de los derechos fundamentales se presenta debido a que el equipo de fútbol de la categoría infantil en el que la menor jugaba como arquera

titular, y con el cual ya había ganado tres partidos, fue sancionado con la exclusión del torneo Liga Pony Fútbol 2018, bajo el criterio de los entes organizadores de la competencia argumentado en la decisión del Comité Disciplinario que “la presencia de la niña en un equipo integrado mayoritariamente por niños es una actuación irregular y contraviene la prohibición de conformación de equipos mixtos” (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

Las organizaciones accionadas fundaron sus respuestas en tres argumentos- El primero corresponde a que el Reglamento de la Liga Pony Fútbol 2018 indica claramente la diferencia entre masculino y femenino, por lo que se entiende que está prohibida la conformación de equipos mixtos. Segundo, el Reglamento Oficial de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) prohíbe explícitamente los campeonatos de fútbol mixtos. Y tercero, que la sanción al club Dinhos se derivó de una actuación irregular vinculada específicamente con la jugadora María Paz Mora Silva (jugadora inscrita con el número COMET 3657270).

De acuerdo con ello, en primera instancia, el Juzgado Noveno (9º) Civil Municipal de Bogotá negó la protección de los derechos constitucionales deprecados. El juez encargado, en la sentencia sustentó su fallo en que la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) prohíbe la realización de campeonatos de fútbol de categoría mixta e instó a las accionadas a dar claridad a su reglamento interno para evitar controversias futuras.

3. Encuadramiento normativo de la Sentencia

En el caso concreto a discernir, la Corte Constitucional considera como criterio objetivo que el asunto es novedoso por cuanto, hasta la fecha, no había abordado un expediente en el cual se ventile como asunto central la conjugación de dos variables: (i) identificación de actos y acciones de discriminación por razones de sexo en el **ámbito** deportivo por parte de una organización de carácter privado y (ii) que el afectado resulte ser un sujeto de especial protección constitucional; a saber, la niña María Paz Mora Silva y el grupo de niños que conforman el equipo de **fútbol Dinhos**. Como criterio subjetivo asume la necesidad de materializar un enfoque diferencial. Estima necesaria la urgencia de visibilizar criterios que apelen al desarrollo progresivo de todas las personas; ordenar acciones para suprimir del contexto social estigmas por razones **biológicas** (género) y asegurar los principios universales de igualdad y no discriminación por razón alguna (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

Un aspecto importante a señalar es el alcance jurídico que ha de tener la Sentencia T-366 de 2019, toda vez que se acepta que si bien la sentencia de tutela, inicialmente, tiene efectos solo entre las partes involucradas en la tensión de derechos sujetos a debatir; la decisión que se derive de la presente no solo abrigará a la niña María Paz Mora Silva, sino que también causará efectos jurídicos al grupo de niños que conforman el equipo de fútbol Dinhos; lo que quiere decir que tendrá efectos *intercomunis*⁴ frente al sujeto pasivo.

⁴“los efectos *inter comunis* cobijarían a todas las personas que se encontraban en la misma situación analizada en el caso en revisión, sin importar si previamente presentaron acciones de tutela” (Corte Constitucional, SU- 037, 2019b).

La Corte Constitucional definió a dicho grupo de niños que conforman el equipo de fútbol así: (i) coadyuvantes de la acción; (ii) sujetos de especial protección constitucional; (iii) se encuentran bajo la misma afectación por las acciones desplegadas por las entidades accionadas; (iv) están en la misma posición de indefensión y vulnerabilidad ante la exclusión de su equipo Dinhos del torneo Liga Pony Fútbol 2018; (v) todos son titulares de garantía y protección reforzada y (vi) el juez constitucional tiene facultades *ultra y extra petita* cuando de proteger derechos fundamentales se trata (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

El problema jurídico en la Sentencia T-366 de 2019 es determinar si las instituciones accionadas vulneran los derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, la no discriminación en este caso por razón de sexo, el debido proceso, el principio de buena fe en su dimensión de confianza legítima de la niña María Paz Mora Silva y el derecho a la recreación y al deporte del que son titulares la niña y sus compañeros, al sancionar y excluir al equipo Dinhos del torneo Liga Pony Fútbol 2018, con base a la presunta prohibición de conformación de equipos mixtos expresada en el reglamento interno de la organización y en la FFA; o si por el contrario, no se satisfacen los presupuestos reglamentarios o, existiendo estos, van en contra del orden jurídico constitucionalizado.

4. Confección y estructura de la *ratio decidendi*

Para resolver el problema en cuestión, se hace una abstracción paradigmática del caso concreto con base en la Constitución y los instrumentos internacionales referentes a los siguientes temas:

Discriminación por razón de género en el deporte; derecho a la recreación y al deporte; derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo; principio de legalidad en el marco del derecho al debido proceso y, principio de buena fe en su dimensión de confianza legítima (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

De acuerdo con ello, el análisis no se queda ahí: se decretan pruebas de oficio, que más tarde se allegan al proceso, y se apoyan en conceptos emitidos por invitados expertos en calidad de *amicus curiae*,⁵ por cuanto la Corte Constitucional no tiene los elementos necesarios para hacer el análisis, no tiene el contexto, necesita de esos expertos que le permitan enriquecer el debate y el contenido de los temas para adoptar la decisión.

Acerca de los temas a partir de los cuales la Corte Constitucional trata la problemática, se sintetiza lo siguiente. Sobre los estereotipos de género en la formación de niñas y niños., Marta Lamas (1996) define el género como distinción anatómica de la persona frente a la cual la sociedad y el entorno cultural van fijando una posición respecto a

⁵ “El *amicus curiae* (amigo de la Corte) permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final” (Defensoría del Pueblo de Perú, 2009, p. 18).

su sexo; y que, en ese proceso de desarrollo del ser humano se hace introspectiva la diferencia cultural de ser masculino o femenino. Por otro lado, Monserrat Moreno (1986) sostiene que el género lo definen fuerzas externas; no es innato; no es una decisión espontánea del ser humano; no se le permite razonar y actuar de acuerdo con su libre voluntad de ser lo que quiera ser; pues en el contexto ya existen los patrones de conducta para diferenciar femenino o masculino, no importa el ser sino el modelo existente.

Así mismo, con respecto a la discriminación por razón de género en el deporte, Élica Alfaro (2010) hace un recuento histórico para advertir cómo, desde Grecia hasta nuestros tiempos, la práctica deportiva ha discriminado a la persona por su género sin considerar la naturaleza del ser; las prácticas deportivas en general se han determinado por el sexo, por características corporales, personalidad y conductas; de hecho, son prácticas doctrinarias diferenciales que se incorporan a la educación desde el período escolar que es donde inicia la etapa del desarrollo personal en sociedad; el efecto inequívoco es crear hábitos de conducta y moldear la personalidad.

En este sentido, Alfaro (2010) afirma que a partir del siglo xx las mujeres participan en actividades deportivas tras superar barreras económicas y sociales, derivadas de la creación hegemónica consuetudinaria que ha permeado la libertad del ser; y sostiene que actualmente, gracias a la lucha de los movimientos de mujeres y con la universalización de los derechos humanos, se ha logrado la reivindicación de derechos universales como la libertad y la igualdad. Alfaro (2010) añade que el deporte se erige como expresión cultural sobre las bases de construcción de valores y diferenciador de identidad (ser humano vs cosa); sin embargo, se ha entendido y aplicado el estereotipo de mujeres y hombres para excluir y eliminar la igualdad de condiciones en competencias físicas humanas.

Finalmente, sobre el derecho a la recreación y al deporte, en la Sentencia T-366 de 2019 la Corte Constitucional expresa la obligación que tiene el Estado social de derecho de incentivar actividades que promuevan, organicen y estimulen las prácticas que materialicen tales derechos fundamentales; igualmente, observa que las organizaciones deportivas públicas o privadas, aunque gozan de autonomía para establecer y orientar las normas de una práctica deportiva, están sujetas a la inspección, vigilancia y control por parte del Estado; lo anterior, con el fin de garantizar que sus bases estén enmarcadas dentro de la estructura del ordenamiento jurídico constitucionalizado; evitar cualquier abuso dominante por parte de esas organizaciones y la vulneración de estos derechos que son valores esenciales para el desarrollo y la convivencia humana.

El deporte es un juego que propone un conjunto de reglas que determinan un orden desde el cual se puede participar como espectador o como jugador: es un juego que impone límites y reglas. Por su parte, la recreación y el ocio cumplen “un papel definitivo en el aprendizaje del individuo como miembro de una sociedad” (Corte Constitucional, T-366, 2019a); así, se consideran necesidades fundamentales de la persona. De acuerdo con ello, la Corte Constitucional se había pronunciado anteriormente diciendo que:

En esta medida, puede afirmarse también, que la recreación constituye un derecho fundamental conexo con el libre desarrollo de la personalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias (Corte Constitucional, C-005, 1993).

En suma, estos derechos son preventivos en términos de salud física, mental y social; así lo establece la Constitución y lo ha desarrollado la jurisprudencia a lo largo del tiempo la Corte Constitucional (T-466 de 1992; C-449 de 2003).

La Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (ONU, 1978) reconoce el deporte y la actividad física como un derecho innato del ser humano que contribuye en su desarrollo físico e intelectual; por consiguiente, debe ser garantizado bajo el principio universal de igualdad; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 1989) prescribe como derechos el descanso, el esparcimiento, la recreación, la vida cultural y las artes, cimentado en los principios de igualdad y participación.

Se puede afirmar que el deporte, la recreación y el ocio son derechos fundamentales y principios universales de los que son titulares todas las personas. En el caso de los niños y los adolescentes, sus derechos tienen especial prevalencia sobre el derecho de los demás; tienen la protección constitucional que se analiza de entrada, pues existe una discriminación en su favor. Esto porque no hay duda de que ellos son el futuro de la sociedad, sus derechos prevalecen “como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren dada sus condiciones de vulnerabilidad; indefensión y especial atención con que se salvaguarda su proceso de desarrollo” (Corte Constitucional, T-177, 2017) y formación social, educativa, cultural, deportiva y recreativa.

Por ello podemos concluir que sus derechos prevalecen sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica. La tutela resulta ser el mecanismo por excelencia para resolver los casos en que la acción u omisión de autoridades, organizaciones o instituciones privadas ponen en riesgo la exigibilidad de sus derechos. El interés superior que los ampara es incondicional (Corte Constitucional, Sentencia T-029, 1994; Sentencia T-215, 1996).

Por otro lado, el principio de legalidad en el marco del derecho al debido proceso es un derecho constitucional y universal cuya garantía está basada en el principio de legalidad. A ninguna persona se le puede atribuir cargo alguno si no se encuentra prescrito en el ordenamiento jurídico democrático, pues la ley tiene que preexistir al acto; este principio concuerda con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia constitucional, que ha decantado ampliamente el alcance del derecho fundamental al debido proceso como un sistema de inmunidad que tienen las personas para protegerse de cualquier acto o actuación arbitraria por parte de quienes ostentan el poder público o frente a particulares.

La Corte Constitucional ha expresado que con la garantía del derecho al debido proceso administrativo o judicial se materializan a su vez otras prerrogativas constitucionales, tales como: (i) el principio de legalidad; (ii) el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva

de los derechos humanos; (iii) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; (iv) a que no se presenten dilaciones injustificadas; (v) el derecho de defensa y contradicción; (vi) el derecho de impugnación y, (vii) la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en los procedimientos, entre otras. Estas garantías se interrelacionan, de tal forma que no pueden ser aplicadas de manera aislada en ningún acto, pues cada una constituye una condición para el ejercicio válido y efectivo de la otra (Corte Constitucional, T-404, 2014).

De acuerdo con lo anterior, en la Sentencia T-366 de 2019 la Corte Constitucional procede a examinar las normas de competencia que regulaban el torneo Liga Pony Fútbol 2018, las normas invocadas por el Comité Disciplinario para sancionar al equipo debido a la presencia de una niña entre sus jugadores y la supuesta prohibición de realización de campeonatos de fútbol de categoría o rama mixta derivaba directamente de la FIFA, de lo cual se desprende según los documentos aportados por las partes al expediente que: (i) las reglas de competencia se determinan por la edad y de acuerdo al año de nacimiento de los niños y niñas; (ii) no existe disposición alguna que haga referencia al sexo ni a la prohibición de la conformación de equipos mixtos; pues en todo momento se refiere a niños y niñas tal como lo reconoce uno de los accionados; (iii) la supuesta prohibición de realización de campeonatos de fútbol de categoría o rama mixta por parte de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) no se encuentra en las políticas ni en las directrices de la organización internacional a la cual aseguran apegarse tan estrictamente; por el contrario, los documentos aportados apuntan al compromiso que tiene dicha organización para promover la igualdad y la inclusión, la tolerancia y el respeto mutuo.

Así las cosas, queda sin soporte la decisión tomada por parte de las organizaciones deportivas contra el equipo Dinhos por la supuesta prohibición de conformación de equipos mixtos expresa en el reglamento interno de la organización y en la FIFA que acarrió la sanción y exclusión del torneo; por lo anterior, la Corte Constitucional afirma que se configura la vulneración del principio de legalidad que se presenta como garantía básica para el cumplimiento del derecho fundamental al debido proceso en desfavor de la niña María Paz Mora Silva y de los otros niños que hacían parte del equipo infantil de fútbol Dinhos en la categoría 2008.

Ahora bien, en cuanto a la supuesta actuación irregular por parte del club Dinhos, y que tiene que ver con el reglamento relativo a la inscripción de los jugadores, queda descartada en su totalidad; pues en la resolución sancionatoria se identifica a la niña María Paz Mora Silva con su número como competidora; ni ella ni su equipo ocultaron en ningún momento su identidad ni su presencia activa como integrante del equipo Dinhos; en la planilla de inscripción se encuentran sus datos personales y su fotografía; está el carnet emitido por la organización del torneo y las planillas de los partidos; además de su evidente y triunfante participación en los tres juegos que se llevaron a cabo; razones en las que se afianza la Sala para expresar que los entes organizadores tenían conocimiento de su presencia en el equipo y aun así la aceptaron pues no se demostró oposición alguna en cuanto a la participación de la niña María Paz Mora Silva en la competencia, para después imponer la sanción y excluir al equipo Dinhos

de la competencia; actuar que de entrada soslaya los principios constitucionales de buena fe en su dimensión de confianza legítima a la niña María Paz Mora Silva, pues como lo dice la Corte Constitucional (T-366, 2019a) existía pleno conocimiento de su participación en el torneo.

La Corte Constitucional esgrime que se imposibilitó que la niña y los niños practicaran el fútbol en un contexto de sana competencia, en igualdad de condiciones y bajo el compañerismo con el cual habían ganado los partidos que previamente disputaron y en los que salieron triunfantes; se cercenó la participación en ese medio que impulsa desde la infancia el desarrollo y la formación integral de las personas como miembros de una sociedad. Se privó de manera arbitraria a un grupo de personas que gozan de especial protección constitucional de los derechos fundamentales a la recreación y al deporte.

Así, la Corte Constitucional indica que con observancia al ordenamiento jurídico y atendiendo a los instrumentos internacionales, los aportes presentados por los expertos invitados y los hechos se evidencia claramente que la decisión contra del club Dinhos tiene el trasfondo de la presencia de la niña María Paz Mora Silva entre los jugadores, por el hecho de ser mujer y encontrarse participando en igualdad de condiciones con los niños y con esto se configura la discriminación en razón del sexo frente a la práctica del deporte contra la niña María Paz Mora Silva; discriminación que acrecienta los “estereotipos culturales presentes a nivel estructural en la sociedad que presuponen la segregación fundada en el sexo y que resulta contrario a la dignidad humana y al derecho a la igualdad” (Corte Constitucional, T-366, 2019a) del ser humano; derechos fundamentales y universales.

Entre sus consideraciones, la Corte Constitucional afirma que es imposible negar que existe una discriminación estructural en contra de las mujeres y niñas que sobrepasa la esfera de lo interno, el exterior lo normaliza y se instala en la sociedad como una conducta natural; tal como pasa en este caso particular cuando a pesar de no existir ninguna norma expresa que indique o le niegue la inscripción y participación a la niña María Paz Mora Silva en el equipo Dinhos, los organizadores conscientes de su inscripción y participación coartan y cercenan sus derechos por el hecho de ser mujer.

Poco o nada vale que sea una niña, que tenga habilidades y destrezas, que es tan capaz que es la arquera titular del equipo; quedó demostrado que la sanción impuesta al equipo Dinhos no fue por falta alguna que haya cometido la niña María Paz Mora Silva; falta que pudo haberse generado por ejemplo por una conducta reprochable o violatoria de las normas establecidas en el reglamento como para atribuirle la responsabilidad objetiva; en este caso, no fueron esos los móviles de tal decisión por parte de la organización. La Corte Constitucional advierte que:

En este, como en otros casos, en que las mujeres se sobreponen a las adversidades del entorno y consiguen destacarse en campos distintos a los que culturalmente les han sido asignados, persisten sectores de la sociedad que se resisten a reconocer el valor del mérito en sí mismo, para observar sus triunfos como algo exótico o indeseable (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

De conformidad con ello, cabe mencionar que la actuación de los organizadores deportivos de la Liga Pony Fútbol 2018, específicamente de la Difútbol, la Liga de Fútbol de Bogotá y la empresa CREARE Ltda., promueven la hegemonía de estereotipos discriminatorios basados en género en el ambiente deportivo para que se propague entre los niños que están en plena etapa de desarrollo y crecimiento emocional, físico, cultural y social y haga parte de la cultura deportiva que ningún beneficio trae a la sociedad.

Al sancionar y excluir al equipo Dinhos de la competencia, se cercenó el derecho fundamental a la recreación y al deporte no solo de la niña María Paz Mora Silva sino de todos los niños que conformaban dicho conjunto, pues se les imposibilitó continuar con las fases restantes del torneo. En este sentido, la Corte Constitucional menciona que dicha acción coartó arbitrariamente aquellas posibilidades de seguir reforzando las habilidades de los menores a través de la motivación del reconocimiento en un ambiente de deporte; finalmente:

se restringe a la niña María Paz Mora Silva y a sus compañeros de practicar el fútbol en un contexto de sana competencia, como medio para impulsar desde la infancia, su desarrollo y formación integral como personas y como miembros de una sociedad que valora la convivencia pacífica, la participación, la solidaridad, la igualdad y la paz (Corte Constitucional, T-366, 2019a).

De la mano con lo desarrollado en la sentencia T-366 de 2019, el interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes prevalece y el respeto por las garantías constitucionales aplica para todas las personas que se encuentran en el territorio colombiano y, además, se tiene el bloque de constitucionalidad que emana de los principios universales de todos los seres humanos. Se concede, entonces, el amparo deprecado por el señor Álvaro Mora Ríos en favor de la niña María Paz Mora Silva, que a su vez produce efectos para los niños que conformaban el equipo Dinhos, por lo cual se adoptan medidas para restablecer los derechos conculcados por el proceder abiertamente contrario a la Constitución de las instituciones accionadas.

5. Conclusión

Una vez más la Corte Constitucional actúa como órgano de corrección institucional, para asegurar que situaciones normativamente excluyentes se usen como criterios justificadores y razonables que perpetúen relaciones de exclusión en atención al sexo. En esta Sentencia T-366 de 2019, la Corte analiza el caso a la luz de la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales. En cada uno de ellos logra advertir que no existen motivos proporcionales, razonables o necesarios para permitir que una persona, con especial protección constitucional reforzada, sea excluida por su sola condición sexual, al igual que al resto de sus compañeros de equipo, en sana competencia, de la posibilidad de tomar parte activa en un evento social, recreativo y deportivo que se inspira en la gestación y el uso de valores como la solidaridad, el respeto por el otro y la tolerancia.

Encuentra y denuncia la Corte Constitucional que existe una discriminación indirecta en las instituciones accionadas porque esconden un sesgo ideológico que debe erradicarse para asegurar una sociedad más incluyente, plural y justa. La Sentencia T 366 de 2019 representa en sí misma un paso significativo para declarar públicamente como inaceptable una actuación que contradice los valores deportivos, esconde una condición excluyente hacia la niña y restringe, indefectiblemente, los derechos de todo un equipo de niños a quienes, por expreso mandato constitucional, se les debe asegurar siempre el acceso a la recreación y al deporte.

Referencias

- Alfaro, Élide. (2010). *Las mujeres y el deporte: Evolución y situación actual. Seminario Permanente Mujer y Deporte*. Universidad Politécnica de Madrid. <https://www.munideporte.com/imagenes/documentacion/ficheros/20100805132024Elida%20Alfaro.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1992, 17 de julio). *Sentencia T-466* (Ciro Angarita Barón, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-466-92.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (1993, 14 de enero). *Sentencia C-005* (Ciro Angarita Barón, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-005-93.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (1994, 28 de enero). *Sentencia T-029* (Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-029-94.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (1996, 15 de mayo). *Sentencia T-215* (Fabio Morón Díaz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-215-96.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2003, 3 de junio). *Sentencia C-449* (Álvaro Tafur Galvis, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-449-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2014, 26 de junio). *Sentencia T-404* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-404-14.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2017, 23 de febrero). *Sentencia T-117* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-117-17.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2019a, 13 de agosto). *Sentencia T-366* (José Fernando Reyes Cuartas, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-366-19.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2019b, 31 de enero). *Sentencia SU-037* (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU037-19.htm>
- Lamas, Marta. (1996). La antropología feminista y la categoría género. En *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, (pp. 97-125). Programa Universitario de Estudios de Género-Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Moreno, Monserrat. (1986). *Cómo se enseña a ser niña. EL sexismo en la escuela*. Editorial Icaria.
- Organización de las Naciones Unidas. (1978). *Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte*. París, Francia.
- Perú. Defensoría del Pueblo. (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Serie Documentos Defensoriales- Documento N° 8. Lima, Perú. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-15028. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>
- Unicef. (1989). *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Jürgen Habermas.

Una reconstrucción filosófica y social del Estado de derecho y la esfera pública

Jürgen Habermas.

A Philosophical and Social Reconstruction of the Rule of Law and the Public-Sphere

Pedro Alejandro Jurado Castaño¹

Cómo citar: Jurado, P. (2021). Jürgen Habermas. Una reconstrucción filosófica y social del Estado de derecho y la esfera pública. *Nuevo Derecho*; 17(29): 1-14. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1432>

Recibido/03/06/2021 – Aceptado/08/12/2021 – Publicado/10/12/2021

Resumen

El texto expone los presupuestos sobre los que se soporta la teoría política y jurídica de Jürgen Habermas, con el objetivo de resaltar la importancia de sus fundamentos filosóficos y su diagnóstico histórico de las sociedades modernas para el análisis político-normativo. En este sentido, las ideas del Estado democrático de derecho y de la esfera pública que han sido difundidas como los principales aportes de Habermas en términos de filosofía práctica logran ponerse en conexión con toda su compleja construcción teórica y, en específico, pueden evidenciar las diferencias que tiene el autor con otras perspectivas respecto de este asunto.

Palabras clave: Estado democrático de derecho, esfera pública, Habermas, teoría crítica.

Abstract

The text exposes the assumptions on which the political and legal theory of Jürgen Habermas is based, with the aim of highlighting the importance of the philosophical foundations and the historical diagnosis of modern societies for the political-normative analysis offered by the same author. In this sense, the ideas of the democratic rule of law and the public sphere, which have been disseminated as Habermas' main contributions in terms of practical philosophy, can be connected with the whole complex theoretical construction and, specifically, the differences that the author has with other perspectives with respect to those ideas can be evidenced.

Keywords: Constitutional and Democratic State, Public sphere, Habermas, Critical theory.

¹ Magister en Filosofía, Universidad de Antioquia. Abogado, Universidad de Medellín. Profesor e investigador de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

1. Introducción: presentación del autor

Jürgen Habermas (Düsseldorf, 1929) es un filósofo y sociólogo alemán considerado como uno de los más importantes de la segunda mitad del siglo xx, gracias a la elaboración de una teoría social que ha permitido tratar muchos problemas de la época moderna, el capitalismo tardío y la reacomodación ideológica y política del mundo después de la Segunda Guerra Mundial, la caída del muro de Berlín y sus consecuencias durante las primeras dos décadas del siglo xxi.

Parte del valor que su obra ha adquirido se debe a una reformulación de un paradigma o escuela de pensamiento conocido como la *teoría crítica de la sociedad*, fundada y desarrollada en la primera mitad del siglo xx por autores como Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Leo Löwenthal, Erich Fromm, Herbert Marcuse y otros destacados exiliados intelectuales alemanes. Esta escuela de pensamiento denominada también *Escuela de Fráncfort* fue crucial para entender fenómenos que marcaron profundamente la vida individual y social del siglo pasado, y de lo cual todavía quedan consecuencias en el plano psicológico, político y moral. A sus investigaciones, orientadas a un análisis amplio y marcadamente interdisciplinar, debemos en gran parte nuestra comprensión crítica actual de los movimientos totalitarios, la racionalidad tecnocrática, la ideología, la mercantilización de la cultura y la barbarie generalizada consolidada en el siglo pasado. Por medio de la explicación del proceso de racionalización moderno y del descubrimiento del lado oscuro de su despliegue —pero nunca renunciando al presupuesto de la razón—, su programa intelectual alcanzó a consolidar un marco teórico con bases fuertes, alimentado por la reapropiación del legado y la potencia filosófica de Hegel, los elementos críticos de la filosofía de Marx y las herramientas del diagnóstico de las patologías individuales de Freud, entre otros presupuestos de autores que nutrieron su paradigma.²

Como has sido mencionado, algo relevante e innovador que marcó el programa teórico de la *Escuela de Fráncfort* fue que siempre estuvo nutrido por la convicción de que fuera una teoría interdisciplinar, retomando el papel positivo de las ciencias empíricas. El papel de la teoría crítica, al hacer ese reconocimiento, es someter a un modo reflexivo los datos que las distintas disciplinas especializadas aportan como datos, concibiendo al teórico crítico como agente de reflexión que se mueve siempre por la necesidad de resaltar, como objetivo del conocimiento, el principio de hacer libre al ser humano, alcanzar un estado de cosas a la altura de sus necesidades humanas o, al menos, no ilusionarse ni conformarse con tan poco que la sociedad mercantil le ofrece. Por esta vía, la teoría crítica se convirtió en un cuerpo teórico capaz de revelar los elementos que causan sufrimiento en los hombres y mantienen suspendida la promesa de felicidad que es un problema central de la filosofía desde Aristóteles.

Considerando el legado intelectual de sus maestros, hacia la década de 1970 Habermas se propuso refundar los presupuestos del paradigma crítico asociado a su tradición, dado que, por razones históricas, consideró que aquel marco de pensamiento

² Para una comprensión del desarrollo e importancia de la teoría crítica de la sociedad véase Wiggershaus (2010), *La Escuela de Fráncfort*.

de la “primera generación” se encontraba desgastado, había perdido su orientación práctica de transformar el mundo y, en cierto modo, había devenido incapaz de llevar a cabo el análisis social de algunos de los problemas claves en la época del capitalismo tardío.³ Más importante aún, Habermas consideró aquel marco conceptual imposibilitado para formar criterios normativos claros que estuvieran comprometidos con la orientación de la praxis transformadora, sabiendo que dichos elementos se habían puesto como imprescindibles desde el comienzo de la fundación de aquel paradigma intelectual.⁴

El esfuerzo por refundar el paradigma crítico de la *Escuela de Fráncfort* y mantener vivo su espíritu crítico frente al sistema de relaciones de la modernidad y el capitalismo llevó a Habermas al planteamiento de un fundamento epistemológico completamente nuevo que cambió en aspectos sustanciales lo que hasta entonces eran elementos epistemológicos fundamentales de la primera teoría crítica: el concepto de totalidad social y de razón como conciencia subjetiva.⁵

Habermas emprendió dicha reformulación con el fin de encontrar nuevos caminos para pensar la posibilidad de transformar el mundo de finales del siglo xx; caminos donde los individuos puedan hallar los mecanismos más adecuados para coordinar sus acciones y mantener prevenido a su mundo (el mundo de la vida) de los peligros de un uso con efectos negativos de la razón, tal y como lo hemos conocido con los horrores de la guerra, y como conocemos que pasa por cuenta de la producción de miseria y pobreza en el sistema económico capitalista sin control.

El problema político del paradigma racionalista o, como Habermas lo denomina, del paradigma de la *filosofía de la conciencia*, tiene la implicación práctica de pensar la transformación social de las condiciones de vida pensando directamente en la formación de una nueva conciencia en los hombres. Para que se dé la transformación social, con el condicionamiento que implica el modelo de la razón subjetiva, dependemos siempre de la formación de una conciencia de un *macrosujeto colectivo* que pueda alinearse en pro de una misma causa y con las mismas razones, para que la causa sea exitosa. Ante la realidad que imposibilita la situación, por las experiencias históricas del socialismo y la desventurada suerte que el concepto de comunismo tomó en la historia, y por la capacidad misma del capitalismo para readaptarse y absorber todo lo que se le opone en la forma de vanguardias de consumo que explotan la necesidad

³ Uno de los mejores estudios biográficos para entender el complejo contexto que llevó a Habermas a dar lo que se conoce como el giro pragmático-lingüístico a sus investigaciones, que lo separan de la tradición intelectual de sus maestros, se encuentra en Mathew Specter (2010), *Habermas. An Intellectual Biography*.

⁴ Para conocer sobre este punto y el concreto reproche que hace Habermas sobre el rumbo que tomaron las investigaciones de Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, véase Habermas (1989), “Horkheimer y Adorno. El entrelazamiento entre mito e Ilustración” en *El Discurso Filosófico de la Modernidad*.

⁵ Con este simple contraste de las dos generaciones de la teoría crítica de la sociedad no se hace aquí una posición valorativa en cuanto a que una sea mejor que la otra. El punto es que por los presupuestos a los que se atiene cada una de ellas, sus desarrollos y los objetivos que mantuvieron, y que aún hoy se mantienen vivos a cada lado en su impulso por analizar la sociedad, son marcadamente distintas. Lo que se tiene en un lado no se encuentran en el otro (i. e., el imprescindible concepto de *totalidad* de la primera generación no se encuentra en el de la segunda de Habermas, que, a su vez, sí cuenta con presupuestos detallados para analizar lo político; este es un presupuesto que se ha echado de menos allí con excepción de Herbert Marcuse). No obstante, el rigor de cada una como teoría crítica es incuestionable. La estrecha exposición que aquí se hace no tiene, pues, en modo alguno, la intención de juzgar como mejor una u otra generación de la teoría crítica.

de los hombres, Habermas plantea la evaluación de la razón subjetiva moderna y sus presupuestos que condicionan la existencia de la sociedad y la posibilidad de la acción política. La reinterpretación tomó fuerza en el camino de la formulación de un concepto comunicativo de la razón que consideraremos más adelante.

En contraste con una presentación de las condiciones más personales del autor y de su propia obra, hemos querido presentarlo de esta manera con el fin de defender la relevancia de su trabajo, pues, en muchas ocasiones, se tiende a ser injusto con su trayectoria intelectual. El lector se encontrará a lo largo de su carrera con el prejuicio común que hace de Jürgen Habermas un filósofo liberal de la política a secas, cuyo nombre apenas puede pronunciarse sin que se anteponga el de John Rawls (Habermas y Rawls, 1998). En muchos escenarios académicos gobierna la conciencia de que este autor americano y el alemán forman una especie de movimiento intelectual en una época gobernada por el ánimo desesperado de hallar fundamentos normativos para la política, incluso yendo en contravía de todo principio de realidad que la sociedad tardo-capitalista imponía después de la segunda parte del siglo xx. Pues bien, consideramos que, en cuanto a la teoría de Habermas, esto no es cierto y esperamos que este artículo sirva en algún modo para prevenir contra dicho prejuicio.

2. El paradigma de la racionalidad comunicativa

El concepto *razón comunicativa* es el presupuesto básico que soporta toda la construcción teórica de Jürgen Habermas. Mediante este presupuesto filosófico es que el autor logra una refundación epistemológica de la teoría crítica, una teoría de la acción humana y del desarrollo de la sociedad de moderna, y el diagnóstico crítico del capitalismo contemporáneo. La concepción comunicativa de la razón soporta aquellos presupuestos en una compleja teoría social que responde a una amplia variedad de los problemas sociales relativos a las instituciones, las relaciones, los discursos y las prácticas.

La racionalidad comunicativa se aparta de ser entendida como un atributo antropológico y pasa a ser un concepto filosófico descentrado del sujeto y puesto en el mundo, que permite la existencia de todas las cosas por el simple hecho de adquirir una representación simbólica en el lenguaje que los seres humanos comparten. Esto significa que lo que existe es solo aquello que es intersubjetivamente compartido, no existen esencias o entes ocultos a los cuales los seres humanos no pudieran acceder por ese modo intersubjetivo y el medio que representa el lenguaje. Por lo tanto, esta concepción intersubjetiva del mundo deja de lado la relación de sujeto-objeto que pauta la *filosofía de la conciencia*, y en la cual implícitamente existe una preeminencia de este sujeto sobre el mundo.⁶

⁶ “La teoría social de Habermas no presenta el mundo social como un objeto (o colección de objetos) situados al frente de una pluralidad de sujetos con los cuales estos casualmente interactúan. El mundo social no es un objeto o una colección de objetos, y no es estrictamente hablando algo fuera de nosotros. En cambio, es un medio en el que habitamos. Está en “nosotros”, en el modo en que pensamos, sentimos y actuamos, tanto como nosotros “en” él [...] La teoría social de Habermas da primacía a la dimensión intersubjetiva de la realidad social. La sociedad no es un agregado de sujetos individuales diferenciados, ni una unidad orgánica, en la que las partes están al servicio del fin como el todo. Lo social no solo no es, como él dice, un “macrosujeto”, sino que tampoco es unitario o uniforme. [...]”

La racionalidad comunicativa queda desligada de la omnipotencia de un sujeto trascendental. El paradigma del sujeto comunicativo implica, entonces, el reconocimiento de que no hay más perspectivas y posibilidades que las que el lenguaje permite, limitando o ampliando por esto la posibilidad de cambio. Todo está condicionado por lo compartido intersubjetivamente y, en igual medida, no hay nada que pudiera valer absolutamente para siempre, a pesar de que resulte difícil cambiar lo tradicionalmente compartido.

El paradigma comunicativo de la razón entiende que el mundo existente está compuesto por una relación de hablantes que se refieren a algo en el mundo, que su desarrollo se da en ese mismo medio que representan las convenciones del lenguaje y que todo está construido a partir de allí. Contra lo que podría pensarse desde una perspectiva posmoderna, el paradigma de Habermas no es una visión relativista del mundo. Por el contrario, al adoptar esas fundamentaciones de la filosofía del lenguaje y del pragmatismo, Habermas busca nuevos cimientos para una arquitectura teórica capaz de diagnosticar problemas de integración social, de coordinación de la acción entre los individuos y, sobre todo, hallar presupuestos normativos capaces de aguantar los problemas de integración en las sociedades modernas.

A la adopción de estos presupuestos filosóficos mediante los cuales defiende una composición intersubjetiva del mundo, y por lo cual se le atribuye un “giro pragmático-lingüístico” a su filosofía,⁷ se le conoce como *teoría pragmática del significado*. En sentido estricto, el concepto regulativo, para toda la teoría social y política de la razón comunicativa está soportado en esa teoría descriptiva de la pragmática del significado que plantea la disputa con el paradigma de la filosofía de la conciencia. Y la racionalidad comunicativa que surge a partir de allí tiene la función de replantear concretamente una teoría de la acción humana y una teoría del desarrollo de la modernidad.

En el primero de esos sentidos, el concepto de *razón comunicativa* constituye un paradigma de la filosofía contemporánea porque explica el modo mediante el cual los sujetos coordinan las acciones que la vida diaria impone a todos los individuos (trabajar, estudiar, etc.). La coordinación de la acción en las esferas corrientes de la vida diaria no implica siempre formas legítimas o no distorsionadas de coordinación sobre lo que hay que hacer. El empleo de la razón para interactuar en la vida en comunidad, y que es trasladada a las instituciones que median en esa interacción, puede ser de un tipo instrumental o estratégico —que se considera patológico—; y, otro comunicativo o de discusión racional —que se considera legítimo—. Así, tratar a otros como medios para alcanzar fines propios o que representan ventaja en un sistema como el económico o en un ámbito laboral, y que podría significar hacer uso de coacciones morales o físicas, es un uso instrumental patológico de la razón. En contraste, cuando los individuos se

Es una compleja y diversa estructura intersubjetiva que se compone de esferas superpuestas dentro de las cuales agentes individuales interactúan” (Finlayson, 2005, pp. 30-31).

⁷ Este “giro” implica que no siempre fue así. En sus años de juventud, bajo la tutoría de Theodor W. Adorno, Habermas trabajaba con las herramientas metodológicas y conceptuales de la primera generación de la teoría crítica. Solo después de la muerte de su maestro, de la desilusión y confrontación con el movimiento estudiantil alemán de finales de la década de 1960, entre otras razones que el autor ha dicho que eran objetivas de la investigación y el ambiente político de su país, incorporó y reformuló el presupuesto de la filosofía del lenguaje y el pragmatismo que produjeron como resultado lo que se conoce como su obra más importante denominada *Teoría de la Acción Comunicativa* (en adelante TAC).

ponen a discutir por medio de argumentos y contrargumentos, buscando implícitamente lograr un consenso⁸ sin fuerza ni violencia, se está dando sentido a un uso comunicativo de la razón. Estos presupuestos forman la teoría de la acción que explica la manera en que se desarrollan las relaciones y las instituciones en un modo legítimo o ilegítimo.

Del otro lado, el criterio fundamental de la razón comunicativa le permite a Habermas reevaluar la forma en que se concibió el desarrollo de la historia moderna, a partir del concepto del renombrado presupuesto de la *racionalidad instrumental*.⁹ La tradición de la cual se nutre Habermas, en una interpretación de los postulados fundamentales de la filosofía de la conciencia y en la comprensión del desenvolvimiento de la modernidad dada por Max Weber (1993), entiende que ese tipo de racionalidad, siguiendo la premisa de cálculo y simple evaluación de medios y fines, ha terminado por gobernar totalmente en todas las esferas de nuestra vida humana, sin que los individuos puedan hacer algo en contra de fenómenos de cosificación, enajenación y alienación que produce.

Pues bien, gracias a la reinterpretación de la razón subjetiva, Habermas alcanza una versión menos negativa de la racionalización moderna en la cual es posible distinguir fenómenos de cosificación, y, además, esferas de reconocimiento intersubjetivo que no tienen por qué considerarse completamente gobernados por el uso particular de la racionalidad instrumental. De hecho, Habermas presupone que para entender los fenómenos de cosificación debe necesariamente considerarse una esfera donde se encuentran los orígenes de dicha cosificación. En su compleja argumentación el nombre que se le da a esta esfera de las instituciones y fenómenos humanos que se van cosificando por la influencia de otros factores externos provenientes de ámbitos como el económico o el poder es *mundo de la vida*. Esta teoría de la modernidad abre paso a la teoría social de Jürgen Habermas.

3. La teoría social

Habermas describe a la sociedad como un campo complejo y dinámico compuesto por el *mundo de la vida* y los *sistemas*. En esta ontología social, el primero de estos

⁸ La idea del consenso ha presentado muchos problemas para los intérpretes y estudiosos de la obra de Habermas. Usualmente es malentendida como un simple criterio regulativo ideal que el autor contrasta con la realidad para decir algo de ella. Una importante aclaración se encuentra en Finlayson (2005): “Él [Habermas] usa la palabra alemana *Verständigung* para denotar el proceso en el que se alcanza entendimiento o acuerdo, y la frase *rationales Einverständnis* para denotar el resultado de ese proceso, el entendimiento racional o consenso que es alcanzado. Estas palabras provienen del verbo *sich verständigen*, que puede significar hacer entender a alguien de lo que uno dice, pero también puede significar alcanzar un acuerdo con alguien. Esta es una importante ambigüedad, dado que el término es central para una explicación del orden social. [...] deberíamos tener cuidado de no perder de vista esta ambigüedad” (p. 34). Se ha dicho que dados los propósitos de la teoría de Habermas, sobre todo la de la política, el término debe entenderse en su denotación de *proceso* y no de consensos logrados.

⁹ Este concepto es uno de los más importantes en la historia de la filosofía social moderna. Con él se han logrado establecer muchas de las más importantes teorías de lo que ha pasado en la historia reciente de la humanidad y de las razones por las que vivimos como lo hacemos. También se ha podido explicar qué es y cómo funciona el capitalismo, o cómo es que debería funcionar un Estado, y de qué están hechos estos tiempos modernos. Se considera que ha alcanzado una articulación acabada y consistente en la sociología comprensiva de Max Weber, pero puede verse su caracterización en propuestas teóricas como la de Marx o en el diagnóstico de Hobbes que da pie a la justificación del Estado. A una historia del concepto y a un ajuste de cuentas sobre su articulación en la filosofía social se dedica Habermas en el primer tomo de *tac*.

criterios sirve como imagen de una esfera amplia, que no tiene contornos definidos y no puede ser tematizada de un modo completo. El mundo de la vida es el trasfondo que soporta el lenguaje y las formas de vida que conforman el medio natural e inmediato de los seres humanos. En él pueden ser identificadas unas estructuras simbólicas que expresan su contenido, como se desarrolla y el estado en que se encuentra. Estas estructuras de reproducción del mundo simbólico son la *personalidad*, la *cultura* y la *sociedad*. Para su reproducción, dado su modo “natural” de configuración, le es esencial la forma de coordinación de la acción comunicativa, pues, es solo a través del entendimiento y la interacción simple que los individuos se forman a sí mismos en el ámbito familiar, aprehenden los valores culturales de su comunidad y se hacen a la idea de los imperativos que deberían seguir si es que quieren vivir en esa misma comunidad de individuos y merecer reconocimiento.

De otro lado, el concepto de *sistema* retoma el complejo despliegue de la modernidad que, como hemos planteado, no ha dejado indemne a esa esfera del mundo de la vida. El desarrollo de esa historia ha producido unos ámbitos autónomos, alejados de la determinación natural con que operan los organismos del mundo de la vida y han cobrado una vida propia. En específico, las esferas que han cobrado tal grado de complejidad y autonomía respecto a los individuos mismos son el sistema económico y el burocrático de poder. Lo más importante que hay que tener en cuenta es que estos subsistemas funcionales de todo el orden social, a pesar del grado de autonomía con que operan al interior de su campo, no se deslindan completamente del mundo de la vida para operar al margen de él. Los subsistemas funcionales, en tanto que se han desarrollado a partir del mundo de la vida en la historia moderna, están volviéndose en contra de ese mundo de la vida constantemente, colonizando los contenidos y las formas espontáneas que se generan allí, teniendo esto como consecuencia el empobrecimiento del modo racional de interacción que es natural en el mundo de la vida y en sus estructuras simbólicas.¹⁰ Se entiende entonces que la colonización del mundo de la vida causa constantes alteraciones en la forma en que vivimos. Pueden causar directas alteraciones en cuanto a las determinaciones racionales y autónomas de nuestra personalidad, en la expresión de formas de cultura y en las instituciones sociales y políticas.¹¹ Son los problemas en estas últimas los que más nos interesan para tratar aquí.

4. Los presupuestos normativos de la teoría política

La teoría social de Jürgen Habermas sirve para diagnosticar los problemas que aquejan a las sociedades. Este arsenal de herramientas sociológicas encontró desarrollo en lo que se considera como su obra más cumbre: *Teoría de la Acción Comunicativa* (1999a).

¹⁰ Con este concepto de *colonización* del mundo de la vida que termina por distorsionar el modo racional en que podríamos actuar es que Habermas reformula la teoría de la cosificación que resulta tan importante en los diagnósticos críticos del marxismo sobre la modernidad capitalista.

¹¹ Las patologías o fenómenos de crisis que afectan a esas estructuras del mundo de la vida son clasificadas del siguiente modo: (i) *Anomia*. Decrecimiento de los significados compartidos y entendimiento mutuo. (ii) *Desintegración*. Erosión de los vínculos sociales. (iii) *Alienación*. Incremento de la sensación de impotencia y falta de identificación de las personas. (iv) *Desmoralización*. Consecuente desinterés para tomar responsabilidades de sus acciones y de los fenómenos sociales. (v) *Inestabilidad social*. Desestabilización y ruptura del orden social (Habermas 1999b, p. 203.; Finalyson, 2005).

A partir de esta compleja y sólida teoría surge la preocupación por tratar el ámbito concreto de la política.¹²

Habermas ofrece toda una dimensión fáctica del mundo en el que vivimos y que condiciona nuestro modo de actuar con las herramientas de la teoría social. En este nivel la teoría de Habermas no tiene menos capacidad de diagnóstico que las perspectivas posmodernas de la política. Su teoría de la facticidad social tiene todo el potencial crítico de las más acabadas teorías que son críticas de la modernidad y, además, cuenta con el valor de no haberse quedado en el plano descriptivo de aquellas.

La forma en que Habermas concibe la razón, como hemos dicho, también lo aleja de cualquier valoración determinista o condenatoria de ella. Además de lo mencionado, sus fundamentos filosófico-comunicativos le permiten pensar en que pueden producirse cambios que hagan más humana la sociedad, pues en la forma de nuestro discurso y nuestras experiencias siempre hay inscritas pretensiones de valor subjetivo que podrían imprimir el riesgo suficiente en las dinámicas sociales y producir eventualmente su cambio. El meollo de la teoría estaría entonces en tratar de encontrar cuales son los mejores presupuestos objetivos disponibles para dar impulso a las iniciativas emancipatorias de los movimientos sociales, de tal manera que sus reclamos puedan llegar a impactar suficientemente las instituciones sociales que producen las injusticias en el mundo y crear saltos cualitativos en la historia. Este es el objetivo de la teoría política habermasiana que se encuentra en su libro *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*” (Habermas, 2010).¹³

Allí se estima que la tarea difícil para nuestros tiempos no estaría en el simple diagnóstico descriptivo de los procesos sociales o la resignación melancólica frente al estado de cosas existentes. La tarea de la teoría política sería el compromiso por mantener vivo el horizonte de realización de una forma de vida democrática con los elementos racionales que esto requiere. En tal sentido, la reflexión sobre el campo político de Habermas implicaría el señalamiento normativo de criterios de cualificación de los reclamos políticos y el lugar en el que pueden tanto buscarse como asegurarse, aun sabiendo lo difícil que esto es en las condiciones actuales en las que el sistema económico capitalista ha colonizado profundamente el mundo de la vida.

Muchos proyectos políticos que prometían la emancipación han fracasado y la filosofía de vanguardia ha renunciado al gran proyecto de la modernidad y la introducción de la razón en el mundo. Contra todo esto, Habermas cree que los fundamentos normativos, que con objetividad podrían servir a los propósitos de la teoría crítica, están puestos en el Estado de derecho y en el modelo democrático de deliberación que este promueve por la vía de fundamentación de los derechos como principios universales de iguales libertades.

¹² Después del desarrollo de su teoría social, Habermas se ha ocupado de desarrollar y reformular todo lo que puede considerarse como su filosofía práctica. Tiene una teoría moral denominada *Ética del discurso*; una teoría política, usualmente trabajada con el rótulo de *política deliberativa* y una teoría de las instituciones del Estado y el derecho que no se puede pensar al margen de la anterior —muchas veces es tratada así y genera confusiones— que se conoce como la *teoría discursiva-procedimental de Estado democrático de derecho*.

¹³ En adelante *FyV*.

En los primeros capítulos de *FyV* se encuentra todo el complejo esfuerzo argumentativo por hacer una *reconstrucción* de los fundamentos históricos y filosóficos del derecho que permita: (i) ver cuál es su naturaleza y su posición en las dinámicas sociales modernas y contemporáneas, y (ii) cuál es su esencia democrática, incluyendo la aclaración de por qué puede proveer los presupuestos normativos para la política. De tal manera que lo primero sirva a la explicación de por qué el derecho sería capaz de sostener una integración social racional y lo segundo permita e ilustre la acción política.

Aunque el sistema jurídico ha ganado cierta autonomía respecto al mundo de la vida —pues se constituye gracias a un código funcional propio y, por tanto, es capaz de la definición de lo que es legal o ilegal—, no se terminó de desligar completamente del mundo de la vida en el proceso de desarrollo histórico de la modernidad porque su naturaleza es esencialmente formal. El derecho opera con contenidos que son prestados de la economía —i. e. planes de presupuesto de la nación—, de la burocracia —procedimientos para acceder a cargos públicos—, de la moral —los derechos humanos que protegen la dignidad y otros presupuestos esenciales al hombre—. Lo que el derecho ofrece es un recubrimiento que en su forma abstracta —con el poder coactivo que da razón a una administración estatal— garantiza, protege y promueve su cumplimiento.

A partir de sí mismo, el sistema jurídico no define nada en cuanto a contenido; por esta razón tiene un pie adentro del mundo de la vida, dando respaldo a los reclamos de validez de las personas, y tiene otro del lado del sistema, porque para que los subsistemas funcionales de la economía y el poder puedan llegar hasta las conciencias de los hombres todavía necesitan aparentar esa legitimación que otorga el recubrimiento de las normas.

En este sentido, el derecho tiene una función racional de mediación entre el mundo de la vida y el sistema, y, por lo tanto, por su funcionamiento corren todas las posibilidades de la integración social. Habermas insiste de un modo optimista en que el derecho tiene la posibilidad de garantizar los reclamos de validez legítimos que provienen de un lado y de restringir los imperativos sistémicos funcionales que vienen del otro. ¿Cómo es esto posible?

La reconstrucción normativa del derecho en la modernidad que emprende Habermas permite descubrir que el derecho surge como un sistema de referencia externa para la acción humana —a diferencia de la moral, que parte del fuero interno— y que en su versión moderna ha perdido el soporte metafísico que operaba de plano y venía dado por el carácter tradicional de otras épocas anteriores a la modernidad (Habermas, 1998). En la modernidad dicha precariedad es llenada por dos principios fundamentales que le dan sentido a su existencia: Los derechos humanos o libertades individuales que protegen el carácter moral del sujeto moderno y la soberanía popular que impulsa el relacionamiento ético-político entre los sujetos como condición para realizar su propia autonomía. Estos dos principios configuran el impulso moderno que Habermas reformula y sintetiza en otro principio de mayor alcance normativo denominado *principio democrático*.

Los presupuestos contenidos en el principio democrático expresan el impulso moderno de organización política de las sociedades después de intensas luchas por la emancipación de las que la Revolución francesa es su máxima expresión y cuyo resul-

tado es el establecimiento de derechos abstractos como punto de referencia irrevocable. La argumentación de Habermas sobre este punto termina por resolver, entonces, que el derecho moderno no constituye más que el reverso del principio democrático que soportó toda la época de progreso y el idealismo universalista de las revoluciones burguesas,¹⁴ y cuyo potencial hay que rescatar para la política democrática.

Para Habermas, el proceso de modernización social genera la imposibilidad de defender un ideal, esencia o fin particular en relación con la vida. Por esta razón, solo resultan válidos aquellos principios racionales que expresan la necesidad de ratificar lo dado por válido normativamente en la práctica de la interacción social. La condición moderna que impone dicha necesidad en la actual época histórica es denominada por el autor *postmetafísica*. En el débil e inestable piso postmetafísico en el que se asientan las creencias, los valores y las tradiciones se perfila también la posibilidad de una apertura constante del mundo político que incluya procesos frecuentes de interacción, discusión y transformación social.

En ese sentido, Habermas considera que solo puede ser válido un principio universal que ilustre la vida práctica moderna (moral, ética y política): *el principio de discurso (D)*.

“D: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (Habermas, 2010, p. 172).

Con todo lo que tenemos, se entiende entonces que el derecho moderno solo cumple con su propia condición y lleva a cabo su función mediadora de la integración social en tanto incorpore este principio D. Con una fundamentación teórica distinta o una producción de normas con criterios diferentes en la realidad, el derecho estaría cumpliendo otros fines ideológicos o irracionales, que no son los que van con su propia historia institucional y contravienen su carácter esencialmente democrático.

El principio D, que expresa en un nivel filosófico más fundamental el principio democrático, garantiza para Habermas una reconstrucción racional del Estado de derecho y la función que debe tener de generar espacios públicos que sirvan al mantenimiento, al reaseguramiento y a la reinterpretación de los derechos humanos y la soberanía popular. De esta manera, la estructura institucional que constituye el Estado democrático de derecho solo tiene por fin proporcionar el impulso necesario para la formación y ejercicio de la voluntad política democrática.

Entre otras cosas, este es uno de los elementos más importantes de la teoría del derecho y la política anclada en un paradigma filosófico-social que indaga por los presupuestos centrales de una forma de vida democrática. Además de considerar

¹⁴ Contra lo que podría decirse, según Habermas, esta unión en un principio democrático de las libertades individuales (que el liberalismo clásico siempre defendió) y de la soberanía popular (que fue desarrollado por la teorías republicanas de la política) nunca fue vista tan claramente en las teorías de la modernidad política que recogen la conciencia democrática de la era de las revoluciones burguesas. Es más, añade el autor, estos dos principios siempre estuvieron en disputa y su ulterior reformulación como principio democrático, que termina por unirse como esencia del derecho moderno, solo se evidencia hasta que la teoría discursiva de Habermas logra captar las tendencias de esta época en su teoría de la modernidad.

saldados y acentuar la co-originalidad de los principios modernos de las libertades individuales y la soberanía popular, radicaliza la unidad de la autonomía de los sujetos. Hasta en sus versiones contemporáneas con John Rawls, el liberalismo había considerado el postulado moderno de la autonomía como algo escindido entre lo privado y lo público. En contraste, el sentido radical del principio D es para Habermas la postulación de su unidad, indicando que solo puede hablarse de autonomía si el sujeto puede ejercerla; de tal manera, lo que hay que perseguir no es el diseño institucional perfecto, sino el modelo institucional que soporte una férrea deliberación y lucha por la realización de la naturaleza igualitaria de la libertad humana.

Habermas enfatiza en que la aplicación del principio de discurso D en el derecho — para que este pueda existir de acuerdo con su propio principio histórico-normativo y, en consecuencia, pueda ser legítimo—¹⁵ debe proteger consecuentemente la autonomía en su unidad. Por esta razón, los derechos básicos o fundamentales no pueden ser aquellos que la tradición liberal demanda proteger como garantías negativas mínimas, los derechos fundamentales deben cubrir tanto las libertades subjetivas o morales del sujeto como las libertades de participación o ejercicio (político) de la autonomía.¹⁶

5. La política deliberativa

Al asegurar el principio normativo de la modernidad en el derecho, tanto por la vía teórica de fundamentación como por la histórico-objetiva, Habermas asegura también una particular teoría de la democracia. Toda su argumentación sobre las instituciones jurídico-políticas y la modernidad apunta a que esas instituciones sean entendidas como simples mecanismos que posibilitan la formación de una voluntad política democrática en una esfera pública.

Por la anterior razón resulta tan importante tener clara la naturaleza del Estado de derecho que hemos mencionado y el condicionamiento del principio de discurso D. En tanto el derecho sea válido en la forma que inspira este principio objetivo de la modernidad, es posible plantear formas en que los subsistemas funcionales, que causan los problemas de integración social racional, se mantengan controlados.

Hasta aquí, según la argumentación que hemos seguido, Habermas no entiende su teoría como unilateralmente normativa o ideal. Él cree que estos presupuestos que aquí hemos mencionado han sido objeto de una simple clarificación histórica y teórica; cree que no constituyen propiamente una propuesta en el registro filosófico del deber ser y que, por el contrario, lo que se ha hecho es una reconstrucción de la historia que han

¹⁵ Habermas entiende por legítima una institución que es y se desarrolla a partir de lo que ha prometido ser desde su historia, y no lo que los sistemas lo obligan a ser.

¹⁶ En este sentido se entiende el sistema de derechos que Habermas presenta en *FyV*. Vale la pena mencionar que ese llamado *sistema de derechos* no es un catálogo explícito de lo que las constituciones democráticas deberían incluir. El autor todavía entiende esos principios como presupuestos abstractos que resultan afines al sentido normativo del Estado de derecho que reflejan la unidad de la autonomía y la co-originalidad de los principios de las libertades individuales y la soberanía popular. Véase Habermas (2010), *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (pp. 188-189).

tenido durante la época moderna, acentuando el carácter racional de las contradicciones propias del contexto en el que se han originado.

Lo que viene ahora, después de dejar claro el carácter normativo de la modernidad y sus instituciones jurídico-políticas, es la propuesta normativa propiamente, que consiste en encontrar maneras para mantener limitados los poderes distorsionantes de los sistemas funcionales y favorecer la acción política (deliberación) en un espacio público de producción de voluntades políticas. Habermas entiende que, en tanto se potencie la versión procedimental de las instituciones con su principio de discurso, se verá igualmente fortalecido el espacio público para la deliberación política. Debería ser así porque la versión procedimental del Estado democrático de derecho no hace más que ofrecer las mismas oportunidades de participación política y el ejercicio de la autonomía a todos los ciudadanos.

Hay que tener claro que en el modelo de democracia de Habermas resultan imprescindibles las instituciones jurídico-políticas modernas según el modo en que son entendidas por la teoría misma y que, además, se tiene el presupuesto por el cual están existen: una esfera pública en la que se lleva cabo la formación de la voluntad política por medio de negociaciones, deliberaciones u otro tipo de acción política que sea consciente del valor del Estado de derecho al cual debe apuntar.

La existencia de una esfera pública política es, pues, el verdadero presupuesto normativo en la teoría habermasiana. Crear las condiciones para su existencia es lo que ha guiado el esfuerzo intelectual de Habermas desde el comienzo de sus trabajos.¹⁷ La esfera pública es entendida como un espacio abierto a todo tipo de manifestaciones que posibilita toda clase de negociaciones y que puede dar lugar a la formación y expresión de una voluntad política que tiene, a su vez, como fin el *input* de estos contenidos generados de forma “libre” en las instituciones para que —con su apoyo— sea posible contrarrestar el poder de los sistemas funcionales que constantemente amenazan con empobrecer el fundamento democrático de la igualdad.

Esto último es muy importante. Habermas considera que toda iniciativa, coordinación o acción política que se origine en la esfera pública abierta a la deliberación, para que pueda ser considerada exitosa o legítima —incluso al margen de cómo se dé la formación de esa iniciativa política— debe apuntar hacia el marco de instituciones jurídico-políticas existentes, pues solo allí se aseguran los nuevos o renovados contextos éticos que pueden llegar a producirse con la deliberación. Habermas cree que los resultados democráticos de una política producida por una sociedad civil activa solo son asegurables con la consciencia de haber conseguido un consenso legítimo que resulte respaldado por los principios racionales del Estado de derecho moderno.

¹⁷ Consideramos, quizás en un sentido polémico, que este presupuesto, además de ser el de más carga normativa en la argumentación del autor, es el ideal que ha guiado y da cohesión a toda su carrera intelectual. Un ejercicio hermenéutico que no puede llevarse a cabo aquí evidencia que desde los inicios de su carrera intelectual, en 1961, se mantiene una gran cohesión, si nos atenemos a ese presupuesto de la esfera pública y la posibilidad de unir en ella la teoría y la praxis. Entendemos, pues, que este proyecto, que tomó desvíos y se ha desarrollado extensamente durante todos los años de su carrera intelectual guarda una sorprendente armonía con sus dos primeros escritos: *Historia y Crítica de la Opinión Pública* (1962), que fue su escrito de habilitación profesoral, y *Teoría y Praxis: Estudios de Filosofía Social* (1963).

Con lo anterior, Habermas cree ofrecer un modelo de circulación del poder en las sociedades contemporáneas que cuentan con una constitución política democrática y movimientos sociales activos. Y, aunque resulta difícil creer que el proceso de producción de voluntad política-democrática pueda llegar a imprimir algún riesgo en la estructura de las instituciones democráticas, este proceso sí se ve amenazado constantemente por los imperativos funcionales de la economía capitalista y el poder que persigue el interés particular de los lobbies, intermediarios financieros y agentes privados en la actualidad; en este sentido, la argumentación con que Habermas termina su obra sobre el derecho y la política¹⁸ conserva una gran coherencia argumentativa con sus complejos diagnósticos filosófico-sociales presentados en *Teoría de la Acción Comunicativa*.

La interacción comunicativa —que no implica tanto los procesos sincrónicos de disenso o consenso, sino la manera en que se logran producir nuevos discursos y prácticas sociales de igualdad, reconocimiento e inclusión— es un presupuesto intrínseco a la posibilidad de organizar la vida social por medios institucionales. Solo así las formas de vida patológicas o distorsionadas que han sido institucionalizadas y practicadas pueden encontrar un seguro después de pasar por el proceso terapéutico de la acción comunicativa que alienta la obra de Habermas.

6. A modo de conclusión

La teoría política de Habermas representa una de las más laboriosas construcciones intelectuales de las últimas épocas. Amparada por un fundamento que va más allá de las dinámicas institucionales o informales del campo político, tiene el objetivo de proporcionar a dichas dinámicas un claro horizonte democrático a partir de los problemas de la integración en el mundo moderno. En contraste con muchas otras teorías políticas contemporáneas, mantiene viva la necesidad de recurrir a planteamientos normativos que permitan al trabajo teórico mantener su anclaje en el plano del funcionamiento problemático de las instituciones y prácticas sociales.

Lo más importante es que es un autor de esta época y toda su construcción permanece actual. A sus 87 años, esto se demuestra con su actividad como intelectual que le habla constantemente a la esfera pública de los ciudadanos, y no a expertos o políticos,¹⁹ a través de artículos, entrevistas y libros en los que trata los más importantes problemas de nuestra sociedad occidental y en los que constantemente está poniendo a prueba toda su construcción teórica de un modo autocrítico y en discusión con los más importantes intelectuales de ambos lados del Atlántico.

Su obra, como él mismo la ha definido, tiene una palabra clave que se mantiene viva en sus trabajos, a pesar de saber que el sentido pleno de emancipación humana que guarda en sí nunca se haya realizado completamente: “‘Democracia’ era para mí la palabra mágica, no el liberalismo anglosajón.” (Habermas, 2006, p. 26).

¹⁸ Véanse los capítulos VI–IX de *FyV*.

¹⁹ Así se ha definido a sí mismo en una de las últimas entrevistas que ha concedido para la última biografía que se ha elaborado sobre él. Ver Müller-Doom (2016), *Habermas: A Biography*.

7. Referencias

- Finlayson, J. G. (2005). *Habermas. A very short Introduction*. Oxford.
- Habermas, J. (1989). *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Taurus.
- Habermas, J. (1998). *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Paidós.
- Habermas, J. (1999a). *Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Taurus.
- Habermas, J. (1999b). *Teoría de la Acción Comunicativa II. Crítica de la Razón funcionalista*. Taurus.
- Habermas, J. (2006). *The Divided West*. Polity Press.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Habermas, J. y Rawls, J. (1998). *Debate sobre El Liberalismo Político*. Paidós.
- Müller-Doom, S. (2016). *Habermas: A Biography*. Polity Press.
- Specter, M. G. (2010). *Habermas. An Intellectual Biography*. Cambridge.
- Weber, M. (1993). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica.
- Wiggershaus, R. (2010). *La Escuela de Fráncfort*. Fondo de Cultura Económica.