NUEV DERECH

ISSN: 2011-4540 julio-diciembre de 2015 Vol. 11, No. 17

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas
Institución Universitaria de Envigado

Revista Nuevo Derecho
Es una Publicación semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado
ISSN 2011-4540
Vol. 11, No.17, julio-diciembre de 2015

Rectora
Blanca Libia Echeverri Londoño

Vicerrector académico
Henry Roncancio González

Editor
Rafael Alejandro Betancourt Durango
Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas

Coordinación de la publicación
Henry Jose Devia Pernia

Traducción de textos
Escuela de Idiomas IUE

Imagen carátula:
Fotografo: Henry Jose Devia Pernia. Lugar: Institución Universitaria de Envigado. Espacios de la IUE. Bloque 7, 2015

Diseño, diagramación e impresión
L. Vieco s.a.s.

Dirección y contactos
Cra. 27 B 39 A Sur 57
Teléfono: + 57 4 3391010 Ext. 417 -227
nuevo.derecho@iue.edu.co

Solicitud de canje
Biblioteca Jorge Franco Vélez, IUE
Teléfono: 339 10 10 ext. 118-119
jf_biblioteca@iue.edu.co

Las opiniones contenidas en los artículos son responsabilidad de sus autores.
Esta revista se encuentra en las bases de datos:
Lexbase y Fuente Académica Premier de EBSCO, PUBLINDEX Categoría C.

La Revista Nuevo Derecho autoriza la reproducción de los artículos siempre y cuando se mencione la fuente.

Comité editorial
Henry Roncancio González. Abogado, candidato a Doctor en Derecho: henry.roncancio@iue.edu.co
Carlos Alberto Palacios G. Ph.D en Filosofía:capalacio@correo.iue.edu.co
David Alberto Londoño. Doctor en Ciencias Sociales Niñez y Juventud: dalondono@iue.edu.co
Juan Diego Restrepo Yépez. Candidato a Magister Derecho administrativo: juan.restrepo@iue.edu.co
Jimmy Collazos Franco. Magister en Educación y Desarrollo: jef_investigacion@iue.edu.co
Henry Jose Devia Pernia. Candidato a Doctor en Ciencias Políticas: hjdevia@correo.iue.edu.co

Comité Científico
Diego German Mejia Lemos. Abogado, Magister en derecho de los negocios.
Pablo Andres Garcés Vásquez, Abogado, Candidato a Doctor en Derecho
Darío Alejandro Rojas Araque, Abogado, Ph.D en Derecho Canónico
Gregorio Iñiguez Romero, Abogado, Ph.D en Cooperación y Bienestar Social
Rafael Rubiano Muñoz, Sociólogo, Candidato a Doctor en Ciencias Sociales
Horacio Cerutti Guldberg, Filosofo, Ph.D en Filosofía
Juan Guillermo Gómez, Abogado, Ph.D en Filosofía
Juan Antonio Zornoza Bonilla, Abogado, Ph.D en Historia
Francisco Luis Giraldo, Filosofo, Ph.D en Filosofía.
Romolo Santoni, Letras Modernas, Doctor en Antropología.

Evaluadores
Víctor Julián Moreno Mosquera. Magister en Estudios Políticos
Hernán Andrés Carmona Garzón. Magister en Psicología y Salud Mental
Juan Diego Restrepo Yépez. Candidato a Magister Derecho
Carlos Andrés Monsalve Roldán. Magister en Gerencia de Empresas Sociales para la Innovación Social y el Desarrollo Local
Jesús David Girado Sierra. Magister en Filosofía
John Fernando Restrepo Tamayo. Magíster en Filosofía Política.
Jairo Gutiérrez Avendaño. Candidato PhD CyS, MSc. Educación
Juan Paulo Vélez Ruiz. Magister en Derecho Privado
Alejandro Villa Gómez. Candidato a Magister en Estudios Políticos
Víctor Hugo Caicedo Moscote. Magister en Filosofía
José Luis Bustamante. Especialista en Derecho Penal

CONTENIDO

EDITORIAL 5

Artículos producto de investigación

La filosofía de la *sospecha* tecnológica y la nanotecnología 9
Gabriel Alexander Solórzano H.

Identidad, familia y sociedad (I). Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la ética global 21
Alpidio de Jesús Jaramillo Henao

Identidad, familia y sociedad (II). Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la biofamilia y *Weltethos* 43
Alpidio de Jesús Jaramillo Henao

La cultura y el sistema de normas Wayuu 65
Nicolás Polo Figueroa

Parrhesía* y compromiso discursivo ciudadano: *La paradoja de Sócrates y la diferencia del coraje de la verdad *79*
Rafael Alejandro Betancourt Durango

Iter procesal de la nulidad matrimonial, ante los tribunales de la Iglesia católica 95
Darío Alejandro Rojas Araque

La conformación de la idea de hombre. De Zubiri a Laín: Fundamentos para una antropología integral 109
Jonny Alexander García Echeverri

El panorama de los muros de la infamia:una expresión de populismo penal en Colombia 125
Sotera Catalina Rincón Ramón
Diego Alexander Fonseca Maldonado

Historia del servicio público a la salud 141
Carlos Andrés Echeverri Valencia
Juan Felipe Diez Castaño

Alcances y límites al control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercido por el Consejo de Estado de Colombia 153
Jorge Alberto Botero Díaz
Javier Augusto Marín Vanegas
Julio Enrique Maury Ramírez

La revocatoria directa en el derecho disciplinario y su comparación con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo 175
José Fernando Hoyos García
Henry José Devia Pernia

EDITORIAL

En el reciente número de la revista Nuevo Derecho, la comunidad universitaria y el lector podrán encontrar un gran número de trabajos de la doctrina jurídica, política y filosófica, producto de las investigaciones de los distintos docentes e investigadores.

En este sentido, los artículos que se presentan son:

La filosofía de la sospecha tecnológica y la nanotecnología de Gabriel Alexander Solórzano, es un artículo de gran interés académico para el análisis de la tecnociencia y los retos que enfrenta hoy la nanotecnología. Asimismo el de comprender la *filosofía de la tecnología ingenieril* y *filosofía de la tecnología humanista* desde autores como Ernest Kapp y Friederich Dessauer.

Identidad, familia y sociedad. Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la ética global de Alpidio de Jesús Jaramillo Henao, es un trabajo que recoge una gran profundización sobre la identidad familiar, la identidad social del ser humano, asimismo permite comprender el papel de la relación matrimonio-familia en estos cambios de paradigma y de era global como lo es el derecho de adopción por parte de parejas homosexuales. En ese mismo orden el autor Alpidio de Jesús Jaramillo Henao nos introduce la continuidad de la investigación con el artículo Identidad, familia y sociedad. Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la biofamilia y *Weltethos,* en este trabajo, resalta la importancia del principio de responsabilidad en el contexto de la familia y sociedad y como esta tiene resonancia en la relación matrimonio familia.

La cultura y el sistema de normas wayuu de Nicolás Polo Figueroa, permite visualizar el comportamiento de las normas de los miembros de la etnia wayúu, así como el de entender las prácticas culturales para la relación intercultural de ellos ante la sociedad y el Estado.

Parrhesía y compromiso discursivo ciudadano: La paradoja de Sócrates y la diferencia del coraje de la verdad de Rafael Alejandro Betancourt Durango, en un artículo que explora el carácter discursivo de la *parrhesía* y su veridicción, así mismo el de comprender la dimensión ético-estética y el problema de la formalidad lógica de la verdad.

Iter procesal de la nulidad matrimonial, ante los tribunales de la Iglesia católica de Darío Alejandro Rojas Araque, trabajo que brinda aportes históricos en la relación, jurisdicción y tratados de la Iglesia y el Estado. Asimismo, se encontrara en la investigación los procedimientos más usado en la declaración de nulidad matrimonial, con sus etapas y particularidades.

La conformación de la idea de hombre. De Zubiri a Laín: Fundamentos para una antropología integral de Jonny Alexander García Echeverri, encontramos una propuesta filosófica antropológica bien interesante sobre varios conceptos como el materialismo, sustantividad, no sustancia, monismo entre otros de los autores Laín y Zubiri, para llegar a un feliz término en la creación de una propuesta original de hombre.

El panorama de los muros de la infamia: una expresión de populismo penal en Colombia, de los autores Sotera Catalina Rincón Ramón y Diego Alexander Fonseca Maldonado, aborda los efectos y consecuencias del expansionismo punitivo con relación a los muros de la infamia en Colombia, asimismo hace un devenir histórico de los orígenes del populismo punitivo como tendencia dentro un Estado penal y las implicaciones que este ha traído en Norteamérica, Europa y América Latina.

Historia del servicio público a la salud de Carlos Andrés Echeverri Valencia y Juan Felipe Diez Castaño, observamos en este artículo la importancia del derecho a la salud, como derecho fundamental y premisa esencial en el Estado de Derecho. Del mismo modo, la historia y la humanidad, reclaman y exigen este principio inalienable de la naturaleza humana.

Alcances y límites al control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercido por el Consejo de Estado de Colombia de Jorge Alberto Botero Díaz, Javier Augusto Marín Vanegas y Julio Enrique Maury Ramírez, el siguiente trabajo permitirá conocer como se está abordando el ordenamiento jurídico y el control jurisdiccional de los actos administrativos de carácter disciplinario por parte del Consejo de Estado, a fin de comprender cuál es su alcance.

La revocatoria directa en el derecho disciplinario y su comparación con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo de José Fernando Hoyos García y Henry José Devia Pernia, muestra el procedimiento administrativo de la revocatoria directa que necesariamente termina con la expedición de un acto administrativo y las prerrogativas como la autotutela.

Para terminar, este numero 17 vino cargado de gran variedad y aporte académico, por eso reiteramos los agradecimientos e invitación a toda la comunidad académica e investigativa para que sigan sumando aportes a la revista Nuevo Derecho como órgano de comunicación de nuestra facultad.

RAFAEL ALEJANDRO BETANCOURT DURANGO

Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas

Artículos producto de investigación



La filosofía de la *sospecha* tecnológica y la nanotecnología

Gabriel Alexander Solórzano H.

Resumen: En el artículo se analiza como la tecnología puede ser entendida desde la óptica filosófica desde dos vertientes: *apologética* y de *crítica*, también entendidas como *filosofía de la tecnología ingenieril* y *filosofía de la tecnología humanista* vistas desde autores tan disímiles como Ernest Kapp y Friederich Dessauer así como Heidegger y su concepción de lo *Gestell*. Asimismo, se tienen en cuenta Munford y Anders para poner en cuestión la dilemática postura que separa a humanistas y técnicos en la concepción de la tecnología o tecnologías convergentes como la nanotecnología. Estos autores ponen como cuestión fundamental ¿Cómo hacer una reflexión filosófica acorde con la realidad nanotecnológica actual?

Palabras Clave: filosofía de la tecnología ingenieril, filosofía de la tecnología humanista, nanotecnología

Abstract: The article discusses how technology can be understood from the philosophical perspective from two sides: *apologetics* and *criticism*, also understood as a *philosophy of engineering technology* and *humanistic philosophy* views from authors as diverse as Ernest Kapp and Friedrich Dessauer and Heidegger and his conception of the Gestell, Munford and Anders to question the position that separates dilemmatic humanists and technicians in the design of technology, better yet converging technologies such as nanotechnology and pointing com fundamental question: How to make a philosophical reflection in line with the current nanotechnology reality?

Key Words: Pilosophy of engineering technology, Humanist Philosophy of Technology, Nanotechnology

Introducción de la filosofía humanista y la filosofía de la tecnología humanista

La ***ciencia*** no se mueve en la ***dimensión de la filosofía***.
Pero sin saberlo, ella se liga con esta dimensión.

Martin Heidegger

El progreso tecnológico ha sido un ámbito de discusión desde la óptica de la filosofía contemporánea. El mito del progreso científico-tecnológico o tecnocientífico, prometido en la modernidad como mejora de la condición humana en espacios como la educación, el desarrollo humano, y el crecimiento económico, además de la evolución de la cultura, continúa, desde una de las dos formas de entender la filosofía de la tecnología, como *apologética* y de *crítica* generando desconfianza aún hoy. La apologética se refiere a los teóricos de la filosofía de la tecnología o de la filosofía ingenieril defensores de la técnica y sus adelantos. En Kapp (1998) y Dessauer (1964), la *crítica* corresponde a la filosofía de la tecnología de fundamento humanista desde Munford (1982), Heidegger (1994) y Anders (2011).

* Este artículo surge de la reflexión derivada del proyecto de investigación intitulado Implicaciones de la nanotecnología: una perspectiva multidisciplinar realizado en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia, 2014.

** Magister en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, candidato a Doctor en la misma universidad, investigador Junior COLCIENCIAS, Docente interno del Centro de Humanidades de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín- Colombia.

Desde las ópticas de la apología y de la crítica a la filosofía de la tecnología, también entendidas como filosofía de la tecnología ingenieril y filosofía de la tecnología humanista, respectivamente. En la segunda forma, *la crítica*, o humanista, se elaboran sendos análisis que contribuyen a una visión pesimista y en el más de los casos *demoniaca*, y sus implicaciones se entienden como una eventual *alienación* para el hombre. Esta óptica de la filosofía de la tecnología humanista, también entendida en este artículo como de la *sospecha* tecnológica, se presenta múltiples y disimiles autores, como Heidegger (1994), Anders (2011), Jonas y Lacroix, por nombrar solo algunos, y de los cuales solo se desarrollaran algunas de las principales ideas de los dos primeros, para indagar sobre la *esencia* de la tecnología, y el sometimiento del hombre a las invenciones tecnológicas.

Aunque esta lista está incompleta, obviamente McLuhan y su concepción del *homo protesis* aportan elementos valiosos desde el ámbito de los medios de comunicación (*mass media* en inglés), en los que *el medio es el mensaje*, y en el que el poder de los medios es capaz de transformar los comportamientos y las relaciones humanas. También son imprescindible los análisis históricos de Lewis Munford y su comprensión del *mito de la máquina*.

Este artículo enfatizará en la filosofía de la tecnología desde el ámbito humanista sin dejar de lado los aportes de la filosofía de la tecnología ingenieril en autores como Kapp (1998) y Dessauer (1964), para culminar en una interpretación de la nanotecnología, productos y elementos de análisis.

I. Los antecedentes, filosofía de la tecnología ingenieril y la filosofía de la tecnología humanista

Ante los evidentes problemas planteados por los autores de filosofía de la *sospecha* tecnológica, al hombre contemporáneo le queda revisar, recontextualizar y someter los progresos tecnológicos a instancias tan radicales como la moratoria de la ciencia, y otras en menor grado de radicalidad, pero igualmente inquisitivas del saber tecnocientífico actual, como el principio de precaución y el principio de responsabilidad, así como la propuesta de una *moral planetaria* en esta era tecnocientífica.

En este artículo se desarrollará la visión humanista o *crítica,* denominada de la sospecha. Al respecto, cabe señalar que ante la *neutralidad* de las ciencias y sus aplicaciones tecnológicas, el panorama en la filosofía de la tecnología se vislumbra menos apocalíptico, y más apologético de lo imaginado, aunque se tienen precauciones. Un contemporáneo y crítico de Heidegger (1994), también filósofo y pensador de la técnica, Dessauer (1964), por ejemplo, afirma que:

> Los filósofos de profesión se citaron unos a otros, pero casi nunca a los autores procedentes de la técnica. Tampoco pidieron a los técnicos instrucción, información u opinión. El tema les tuvo que permanecer, por tanto, ajeno y nacieron necesariamente errores y toscas simplificaciones. Pues el auténtico familiarizarse con el objeto pertenece al preguntar que antecede al juicio, es decir, la humildad o, como Heidegger dice muy bien, 'La piedad del pensamiento'" (Dessauer, 1969, p. 379).

En tal línea de trabajo, seguidores de Dessauer (1964) como Raap, Monser y Rophol, entre otros, crearon la comisión que fundó el grupo *Mensch und Technik,* grupo impulsor de la filosofía de la tecnología en Alemania que en 1956 celebraba el centenario de la creación de la Asociación Alemana de Ingenieros (VDI, por sus siglas en Alemán). A partir de este momento, se dio paso para entender la filosofía de la tecnología como filosofía de la Ingeniería o ingenieril. El grupo de análisis denominando *Hombre y Técnica*, buscaba quitar la estigmatización de la tecnología heredada por historiadores de la tecnología como Munford (1982), los filó-

sofos marxistas de la escuela de Frankfurt: Marcuse y Habermas, así como el *racio-vitalista* Ortega y Gasset, el *existencialista* Jaspers y el *fenomenólogo existencialista* Heidegger, quienes entendieron la filosofía de la tecnología o ingenieril como un fuente de *deshumanización*.

Ante tal confrontación de lo que significara la tecnología en el contexto de la discusión filosófica del siglo XX, la postura predominante enfatiza en el cuidado y en la precaución ante el saber científico-técnico[1] sin la excesiva confianza que tuvo la *filosofía mecánica,* derivada de la física mecánica de Newton y la física, con su explicación omnímoda de la realidad bajo el supuesto explicativo de la razón y la demostración empirico-matemática.

Al hacer referencia a la filosofía de la tecnología, son ineludibles los estudios realizados por el filósofo hegeliano de izquierda e ingeniero de formación Ernst Kapp quien acuñara el término *Philosophie der Technik* en su texto *Fundamentos de la una filosofía de la técnica* de 1877. Este autor describe la dialéctica histórica no como a una reducción de la historia y del *espíritu absoluto* en la economía como lo hiciera Marx, sino en la geografía, en especial *una eografía universal comparada* en la que pretendía colonizar y elaborar una síntesis de la geografía y la dialéctica histórica. La influencia de la naturaleza en la sociedad y la cultura es relevante puesto que "Para Kapp, la historia no era el despliegue necesario de la Idea Absoluta, sino el registro de los intentos humanos por enfrentar los desafíos de diferentes ambientes por superar la dependencia de la naturaleza" (Mitcham, 1989, p. 26). Tal idea del cuidado de la naturaleza lo ha posicionado, con sus análisis de los órganos en sentido fisiológico y de proyección en la tecnología[2], como uno de los principales autores que tiene como fundamento la filosofía medio ambiental desde la filosofía de la tecnología.

En la tradición de la filosofía de la ingeniería desestigmatizada por parte de Karp (1998) y la comisión *Hombre y técnica* se ve remitida a un certero análisis crítico por parte de Munford (1982). En este autor, el estudio de la filosofía de la tecnología retoma un carácter humanista, poco ingenieril, en el que la reflexión sobre la naturaleza de la tecnología, desde el conocido *mito de la máquina* análogo al mito del progreso absoluto por parte de los descubrimientos cientifico-técnicos son heredados de la modernidad amparado en las ideas de Francis Bacon.

Para Munford (1982) la tecnología, entendida como *monotécnica,* estaba creando una forma autoritaria en la que la búsqueda de poder, de riqueza económica, y de desarrollo unilateral de tecnología armamentística, así como de transformación de lo humano, en la entonces biofísica, es evitable porque puede traer consigo resultados sin beneficio para la humanidad. Se trata de *desocultar* a través del análisis histórico, la primacía de lo humano sobre la tecnología, por ello "Podríamos decir que fueron las humanidades las que concibieron a la tecnología y no la tecnología la que

1 Es de entenderse aquí la aclaración que Mitcham hace del término *tecnología*, puesto que pare él "La tecnología, o el quehacer de la ciencia moderna y la utilización de artefactos, presupone las técnicas como formas primordiales de la acción humana", y la *técnica* «conjunto de procedimientos puestos en práctica para obtener un resultado determinado. Existe la técnica de la caza, de la pesca, de la danza, de cocinar, de contar cuentos» (Mitchamn, 1989).

2 "Así nos vemos llevados a la inevitable conclusión (...) de que todo lo que procede del hombre no es sino la propia naturaleza humana que se auto disemina y que de este modo alcanza su verdadera conciencia, que la dispersión expuesta como sistema de las necesidades humanas, encuentra de nuevo su punto de partida unificador en el ser corporal" (Kapp, 1998).

concibió a las humanidades". (Mitcham, 1982, p. 49). En tal sentido la tecnología no es el fundamento sino que es fruto del pensamiento, de la creatividad humana y por ello no se constituye, siguiendo un término platónico, en el εἶδος, *aspecto*, modelo o forma que debe regir el mundo.

Esta orientación del conocimiento tecnológico supeditado a lo humano ya estaba presente en autores tan distintos como Aristóteles (1988) y Rousseau (2015), quienes desde la aproximación naturalista de la tecnología, la entendieron como una de las formas de cohesionar la realidad y, consecuentemente, el devenir de la sociedad. Aristóteles (1988) refiriéndose a la técnica afirma que "los ciudadanos no deben de llevar a una vida de artesanos ni de comerciantes (pues tal género de vida carece de nobleza y es contrario a la virtud)" (Aristóteles, 1988, p. 1227b), pues su carácter de subordinación les impide ser buenos ciudadanos. Rousseau (2015) en el *Discurso sobre las ciencias y las artes* de 1750, plantea la cuestión del papel de las artes y las ciencias en la sociedad y buscaba saber, libre de prejuicios, sin embargo, ¿El restablecimiento de las ciencias y de las artes ha contribuido a modificar o a corromper las costumbres? Para Rousseau (2015), el ideal del progreso cientifico-tecnológico es solo eso, una ficción, puesto que la ciencia y su aplicación tecnológica es *de suyo* poco favorable para el aumento de la riqueza y mucho menos la virtud. Esto se debe a que "Nuestras almas se han corrompido, a medida que nuestras ciencias y nuestras artes han avanzado hacia la perfección" (Rousseau, 2015, p. 11) y añade:

> La astronomía nació de la superstición; la elocuencia, de la ambición, del odio, de la lisonja, de la mentira; la geometría de la avaricia; la física de una vana curiosidad; todas, aun la moral misma, fue hija del orgullo humano. Las ciencias y las artes han sido, pues engendradas por nuestros vicios (Rousseau, 2015, p. 11).

Estos antecedentes sirven de referencia para la aproximación humanística de la filosofía de la tecnología propuesta por Munford (1982). Una de las cuestiones fundamentales propuesta en su estudio consistía en debatir cómo el poder de la máquina se había apoderado de las relaciones humanas y sociales de los europeos "¿Cómo pudo la máquina, de hecho apoderarse de la sociedad europea hasta que esta sociedad, por una acomodación interna, se rindiera a la máquina?" (Munford, 1982, p. 54). Sobre esto responde desde su análisis histórico, que tal avance tecnológico se logró en tres momentos distintos, que el mismo denominó *olas*. El primero aparece en el siglo X, "…su éxito se debió en parte al hecho que eludía muchos de los problemas auténticos de la vida y se alejaba de las graves dificultades sociales y morales que no había ni afrontado ni resuelto" (Munford, 1982, p. 22); el segundo en el siglo XVIII, época de análisis de la desigualdad en la visión de las artes y las ciencias que Rousseau (2015) entendió como el declive del progreso moral y social, idea que Munford (1982) igualmente constata al afirmar "la misma eficiencia de la máquina fue radicalmente disminuida por el fracaso de alcanzar en la sociedad un conjunto de fines armoniosos e integrados" (Munford, 1982, p.87); y el tercero de los momentos, se refiere a la época actual, desde los años 30 del siglo pasado hasta hoy, en el que

> La máquina deja de ser un sustitutivo de Dios o de una sociedad ordenada; y en vez de que su éxito se mida por la mecanización de la vida, su valor se hace cada vez más mensurable en términos de su propia aproximación a lo orgánico y lo vivo (Munford, 1982, p. 23).

Obviamente, se trata de una especulación histórica porque la búsqueda de la comprensión de la naturaleza, y a falta de respuestas físicas concluyentes, sigue teniendo hoy un carácter de explicación cuasi teológica. Así, al Gran Colisionado de Hadrones, CERN le han denominado popularmente *la*

máquina de Dios[3] y al grafeno, una sustancia de carbón puro de forma hexagonal, por su maleabilidad y eficiencia, también suele llamársele *el material de Dios*.

Todo esto significa que el anhelo de la filosofía platónica y de la filosofía moderna de corte platónico, en sentido de la explicación matemática de la realidad y los elementos de la realidad geométrica antes del demiurgo[4] y sin el demiurgo[5], sigue amparada en la noción de un orden mecánico del mundo, que desde la cosmología de Kepler y Galileo continúan teniendo amplia vigencia explicativa del orden instaurado por Dios. Aunque para la explicación de la particularidad de la tecno-ciencia contemporánea, desde la filosofía de la tecnología, se recurra a las explicaciones cosmológicas como la aportada por Platón y las de Galileo, Kepler, Newton y Descartes y quienes asumieron el mecanicismo como característica exploratoria de un fin anterior al mecanicismo moderno, el demiurgo presentado como una suprema inteligencia ordenadora de la realidad, la caracterización no se aleja incluso de autores como Leibniz, para quien hay un origen que incluso está fuera del análisis moral y se aproxima a un carácter matemático y metafísico, una explicación suficiente pues el orden del mundo está preestablecido por Dios como armonía. Por ello, este mundo es el mejor de los mundos posibles (Platón, 1992, p. 29a–30b), idea que toma Leibniz (1982) de Platón (1992), aunque hay que comprender que Timeo representa una teogonía del origen del mundo que en esencia es Dios, es decir, el mundo entendido como deidad.

En Leibniz (1982) la formulación del mejor de los mundos posibles carece de tal significado teogónico y lo aproxima al discurso metafísico pues:

> De donde se sigue que Dios, que posee la sabiduría suprema e infinita, obra del modo más perfecto no sólo en sentido metafísico, sino también moralmente hablando y que puede decirse, desde nuestro punto de vista, que cuanto más informado y en claro se esté acerca de las obras de Dios, más dispuesto se estará a encontrarlas excelentes y enteramente conformes a cuanto se hubiera podido desear (Leibniz, 1982, p. 58).

Es por esto, que la idea de Munford (1982) de explicar la tercera *ola* de la máquina como substitutivo de Dios carece del sentido filosofico-tecnológico que desde su análisis histórico quiso darle. El mundo actual no ha prescindido de la idea de que los descubrimientos más significativos y sorprendentes remiten necesariamente a la ideal de un Dios ordenador, demiurgo o mente creadora que, parafraseando a Leibniz (1982), hace que de salga algo de la nada, pues *de la nada nada sale,* es decir que Dios es la causa de razón suficiente. Así sea que esta idea se utilice simplemente de manera llamativa en un título de un texto, o en los aportes significativos que ofrezcan los novísimos meta-materiales como los plasmones.

3 En realidad la búsqueda es a la denominada *Goddamn Particle*, que en sus sentido literal poco se refiere a un asunto de Dios, al contrario tiene el carácter de maldición, por ello se refiere a la partícula maldita de Dios, que ha dejado sin una pregunta suficiente a la respuesta de lo que es el universo. Por un asunto meramente editorial Leon Lederman se cambió el sentido negativo de maldición y se dio por título al texto referido al bosón de Higgs, como *The God Particle: If the Universe Is the Answer, What Is the Question? Cfr.* Lederman & Teresi, *The God Particle: If the Universe Is the Answer, What Is the Question?*

4 *Cfr.* Platón, *Timeo,* p. 53b, "(…) Entonces fue cuando todos los géneros constituidos de esta manera recibieron de él su figura, por la acción de las Ideas y los Números. Pues, en la medida en que era posible, de estos géneros (…) El Demiurgo ha hecho un conjunto, el más bello y el mejor".

5 *Cfr.* Platón, *Político* 269e "Girar por sí mismo no le es posible casi a ninguno, excepción hecha de aquel que conduce a todo cuanto se mueve. A éste no le ha sido dado el mover ora de un modo e inmediatamente del modo opuesto. Por todo ello, entonces, no debe afirmarse que el mundo gire por sí mismo, ni tampoco que a todo él un dios lo haga girar en dos direcciones opuestas (…)".

En la perspectiva de la física contemporánea, diversa en sus vertientes, la idea de una mecánica de origen divino desaparece en sus características clásicas. En su lugar proclama que una inteligencia divina es la ordenadora de una realidad que escapa a los fenómenos descritos desde las matemáticas. Cabe solo recordar, por ejemplo, las implicaciones lógicas desde la filosofía de la ciencia de la teoría de cuerdas para denotar tal carácter de pseudociencia como lo anota escépticamente Bunge (2006):

"La física de partículas está inflada con sofisticadas teorías matemáticas que postulan la existencia de entidades extrañas que no interactúan de forma apreciable, o para nada en absoluto, con la materia ordinaria, y como consecuencia, quedan a salvo al ser indetectables. Puesto que estas teorías se encuentran en discrepancia con el conjunto de la Física, y violan el requerimiento de falsacionismo, pueden calificarse de pseudocientíficas, incluso aunque lleven pululando un cuarto de siglo y se sigan publicando en las revistas científicas más prestigiosas (Bunge, 2006, p. 115)

No obstante, esta es solo una perspectiva en la interpretación de la filosofía de la ciencia, y más aún en la filosofía de la tecnología.

II. Dos filósofos de la *sospecha* tecnológica Heidegger y Anders

En todas partes estamos encadenados a la técnica

> sin que nos podamos librar de ella,
> tanto si la afirmamos apasionadamente
> como si la negamos.
>
> Martin Heidegger.

Ante los cambios presentes en la filosofía de la tecnología ingenieril y en la disputa con una filosofía de la tecnología humanizada como la propuesta por Munford (1982), la filosofía contemporánea se ha encargado de hacer revisiones a las múltiples implicaciones que genera la tecnología en el panorama cientifico-técnico actual. Como se ha anunciado con anterioridad, este artículo en torno a las visiones de una filosofía de la tecnología humana en la óptica de Heidegger (1994), Anders (2011), Jonas, Lacroix de los desarrollos científico técnicos presentes en el devenir de la sociedad.

Para Heidegger (1994), la esencia de la tecnología no es la tecnología misma, como se anota en el epígrafe que da inicio a este acápite, Überall *bleiben wir unfrei an die Technik gekettet, ob wir sie leidenschaftlich bejahen oder* verneinen (Heidegger, 1994, p. 9-37). No podemos negarnos a las condiciones que nos impone la vida tecnológica, esta aproximación es importante porque el *Lebens Welt* también tiene como característica el preguntar por la tecnología y mucho más el vivir con ella. Aunque Heidegger (1994) jamás habló en contra de la tecnología y mucho menos de su *demonización* como lo constata la entrevista con Richard Wisser de 1969 con ocasión de sus ochenta años y transmitido por la cadena de televisión Alemana ZDF. Se sabe que al preguntar por la esencia de la tecnología se está indagando y sospechando por sus implicaciones en la humanidad:

> En la técnica, a saber en su esencia, veo que el hombre es emplazado bajo el poder de una potencia que lo lleva a aceptar sus desafíos y con respecto a la cual ya no es libre –veo que algo se anuncia aquí, a sobre una relación entre el Ser y el hombre- y que esta relación, que se disimula en la *esencia* de la técnica, podría un día develarse en otra claridad [y advierte allí mismo que] la esencia de la técnica no puede ser comprendida por el marxismo (Heidegger, 1994, p.).

Con esto Heidegger (1994) descalifica toda pretensión de los seguidores de la izquierda hegeliana, Marcuse , Horkheimer, Adorno e incluso Habermas de comprender esencialmente el fenómeno de la tecnología, con lo cual solo pueden establecer los efectos que la tecnología trae consigo a la sociedad.

Ante la tecnología el *dispositivo* –*Ge-stell*– se constituye en el talante principal de la tecnología, puesto que es lo dispuesto y consecuentemente lo impuesto, lo que desafía al hombre a develar el acontecer de la tecnología en el mundo contemporáneo. La idea del *Ge-stell* en Heidegger (xxxx) conduce inexorablemente al *Ereignis*, es decir, el acaecer, a un *de hecho,* de un acontecimientos único y originario. Aunque tales términos *Ge-Stell* y *Ereignis* resultan casi intraducibles, la *Ereignis* es para la esencia de la técnica, *la aparición de un secreto mucho más profundo*.

El preguntar por la esencia de la técnica implica algo más que la simple pregunta. Aunque quien se cuestione suponga algún tipo de respuesta, lo *Ge-stell* en la técnica moderna supone un tipo de prevención, puesto que además de *poner en peligro* al hombre, lo hace consigo mismo y con todo lo que él es. También lo empuja a algo distinto a lo dado en la naturaleza. Estas observaciones, no obstante, son simplemente indicaciones de lo que la tecnociencia moderna diseñó como porvenir de la humanidad; conquistó *el mundo como imagen* y ofreció una representación del hombre soportado en la investigación y el dominio de la naturaleza. No obstante, el criterio de Heidegger de la técnica es de revisión de su esencia, no de la *demonización* de la misma. La técnica es posibilidad para el develar la verdad: "La técnica es un modo del des ocultar. Si prestamos atención a eso, entonces se nos abriría un ámbito distinto para la esencia de la técnica. Es el ámbito del desocultamiento, esto es, de la verdad"[6].

Esta

La reflexión suscitada en el preguntar por la esencia de la técnica está temporalmente ubicada a mediados del siglo pasado, en noviembre de 1953, cuando aparece su *Pregunta por la técnica*, lo cual la instaura como una teoría clásica ante los notables avances de la tecnología en la actualidad. Heidegger (1994) no alcanzó a debatir sobre la internet, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y mucho menos, a discutir sobre el uso del lenguaje en las redes sociales, que parecen hoy modificar incluso la estructura y el razonamiento de los individuos. Obviamente, ante el surgimiento de novedosas tecnologías como la biotecnología, que apenas vislumbra él como biofísica, y de la nanotecnología pudo hacer comentario alguno. Frente a la nanotecnología, las ideas que dieron origen se desarrollaron en la físicas de Feyman (1959) en 1959 con su consabido discurso a la comisión americana de física *There´s Plenty of Room at the Bottom*

Aunque Heidegger (1994) nunca estuvo en desacuerdo con la tecnología, lo cierto es que los desarrollos de esta aplicación de la ciencia se desarrollaron velozmente después de las invenciones tecnológicas en microscopia, para el caso de la nanotecnología, y los notables avances en campos como la ingeniería genética, particularmente en la biotecnología genética en la década de los años 70 del siglo pasado. Pese al desconocimiento de Martin Heidegger de las novedosas tecnologías, las investigaciones sobre la ingeniería genética en el campo agrario tuvieron su origen a finales del siglo XIX, cuando William James Beal, en 1879, cruzara el maíz para optimizar en un 50% las cosechas. "A year Later, The United States

6 "Die Technik ist eine Weise des Entbergens. Achten wir darauf, dann öffnet sich uns ein ganz anderer Bereich für das Wesen der Technik. Es ist der Bereich der Entbergung, d.h. der Wahr–heit". Una traducción más "La técnica no es pues un mero medio, la técnica es un modo del salir de lo oculto. Si prestamos atención a esto se nos abrirá una región totalmente distinta para la esencia de la técnica. Es la región del desocultamiento, es decir, de la verdad." *cfr.* Heidegger, *op. cit*.

producer its own revolutionist in William James Beal, whose Systematic experiments with corn crossing caused one senator to accuse Beal of 'pimping for the tassels'" (Fussel, 2004, p. 71). La cita anterior se relaciona con Dessauer (1964) que los filósofos se dedicaron a la comprensión de lo universal de la tecnología, como en Heidegger (1994) para comprender la esencia de la técnica, sin el conocimiento particular de la filosofía de la tecnología ingenieril.

En la misma línea de Heidegger (1994), de Munford (1982), de la filosofía de la tecnología desde el ámbito de las humanidades, Anders (2011), el filósofo polaco de origen judío, cuyo nombre originario es Stern, consciente del fracaso de la razón manifiesto en la guerra por su persecución por parte del nacionalsocialismo, escribió *La obsolescencia del Hombre* en el que exhibe como la técnica adquiere mayor poder frente al hombre, y tal poder se manifiesta en la limitada capacidad que el hombre tiene para entender los efectos de la tecnología. Esta idea se centra, desde el marxismo, en el carácter biopolítico, en la sociedad del control tecnológico. A propósito escribe:

> Hoy, quien se ve amenazado por las máquinas no es el artesano (éste, en el sentido clásico, ya no existe; y la idea de un trabajador doméstico, que se rebele porque quiera seguir fabricando en casa sus aparatos de televisión o su bomba de hidrógeno, resulta difícilmente comprensible); y tampoco el trabajador de la fábrica, cuya "alienación" ya se ve desde hace un siglo; el amenazado es cualquiera, porque todos somos efectivos consumidores, usuarios y víctimas virtuales de las máquinas y de los productos de las máquinas (Anders, 2011, p. 23).

La inconciencia que se ha generado en nuestras sociedades, anota Anders (1956), en cuanto al dominio que la tecnología ejerce los hombres, muestra la incapacidad para comprender tal fenómeno tecnocientífico. Anders (1956) entiende tal situación como un desfase inadvertido de la incidencia de la tecnología en nuestras vidas, en sus palabras "Llamamos *desnivel prometeico* al hecho de la *a-sincronía del hombre con su mundo de productos,* de esa separación que crece día a día" (Anders, 2011, p. 31) Que en términos marxistas podría conllevar a una cosificación –*Verdinglichung*– de las relaciones interpersonales. Sin embargo, esta cosificación, que es inadvertida, se pueda entender como una *segunda naturaleza*.

Para Anders (2011), al igual que marxistas como Luckás, entendidos desde *el desnivel prometeico* y la *cosificación*, término éste último, que también se puede entender como *reificación*, hay una gran limitante en la comprensión de la realidad en la que nos encontramos, nuestra carencia de advertir las consecuencias de los actos que realizamos, muestran la falta de racionalidad y de sensibilidad moral para comprender las implicaciones que acarrea la tecnología y su poder de daño. Todo esto nos ubica en un momento crucial de la existencia, entre la culpa y la complicidad, por ello: "La expresión 'suicidio de la humanidad' proporciona a la responsabilidad una amplia base ideal, un alibí excelente: nadie es actualmente culpable y cada uno es virtualmente cómplice" (Anders, 2011, p. 245).

Para Andres (2011), al igual que para los filósofos que padecieron el flagelo de la persecución y la guerra, la situación en la que se encuentra el hombre actual exige un profundo cuidado de la existencia, y una concepción moral distinta. Los campos de concentración *Stalag* y *Oflag* habían mostrado la vulnerabilidad de los hombres frente al uso tecnológico de la violencia y el miedo que genera, "No cabría derrochar ni una sola palabra sobre la legitimidad de denominar como 'era del miedo' el tiempo de la dictadura y la guerra, de los campos de concentración, de las ocupaciones, de las ciudades en llamas" (Anders, 2011, p. 253). Un control biopolítico del poder del dictador para controlar los cuerpos. Lo lamentable de la

situación tecnocientífica contemporánea, además del fracaso de la razón manifiesto en la guerra, es la disolución de la responsabilidad que se tiene ante el uso inadecuado de la tecnología.

La ética se constituye necesariamente en la herramienta de juicio ante el abuso tecnocientífico que Anders (2011), como quienes padecieron los desmanes del uso despiadado de la tecnología para el mantenimiento del control político, encaminaron su crítica desde la reflexión filosófica y sociológica, cuyo resultado, siguiendo a Heidegger (1994), no podría descifrar el marxismo, se convirtió en simple materia de análisis, de sospecha de la tecnología. Al respecto (Anders, 2011, p. 20) sostiene:

> Hoy, nada más precario, nada que convierta a un hombre tan inmediatamente inaceptable como la *sospecha de que es* un *crítico de las máquina*s. Y en nuestro globo no hay ningún sitio en el que el peligro de padecer esa sospecha sea menor que en cualquier otro.

III. La nanotecnología desde la filosofía de la tecnología

> Nada existe excepto átomos y espacio vacío;
> todo lo demás son opiniones."
> Demócrito

Desde finales de la primera mitad del siglo pasado, Feyman (1959) había dado lugar a la especulación de un desarrollo científico y tecnológico amparado inicialmente en la física cuyo fundamento era la concepción del espacio en escalas inimaginables para los científicos de la época. Feyman (1959) que además de participar en el proyecto Manhattan (Feyman, 1959) trató de demostrar las propiedades de las partículas subatómicas, ofreciendo observaciones fundamentales para el descubrimiento de estas partículas:

> The next question is: How do we write it? We have no standard technique to do this now. But let me argue that it is not as difficult as it first appears to be. We can reverse the lenses of the electron microscope in order to demagnify as well as magnify. A source of ions, sent through the microscope lenses in reverse, could be focused to a very small spot (Feyman, 1959, p. 75).

Tal focalización, en un punto muy pequeño, ha posibilitado el desarrollo de una tecnología convergente de tan inconmensurables desarrollos no solo en el campo de la física, sino de la biología, la medicina, la química, la ingeniería y la informática.

Mientras las observaciones de Feyman (1959) estaban dando como resultado para la tecnociencia contemporánea un carácter eminentemente práctico y de aplicación en los descubrimientos y desarrollos que la microscopía atómica estaba ofreciendo para la época (el *Microscopio electrónico de transmisión* fue creado a inicios de la década de los años 30 del siglo pasado por Ruskas y Knoll)[7], filósofos como Heidegger después de desarrollar su colosal obra *Sein und Zeit*, empezaron a cuestionar la esencia de la tecnología en la conferencia de *la pregunta por la técnica* hacia 1953, es decir 22 años después de los primeros microscopios electrónicos en los que se logra un aumento de los objetos hasta un millón de veces. Es decir, mientras el filósofo germano trata de hallar la esencia de la tecnología, los científicos de la época como Feyman (1959) estaban tratando de encontrar en lo más profundo de las partículas el espacio circundante, que en nada coinciden con la esencia pretendida por Heidegger (1959).

7 Para una interpretación de los avances en microscopía atómica y el progreso de la nanotecnología puede mirarse el apartado *la nanotecnología como tecnociencia y la nanoética,* Solorzano, *La nanoética ¿un saber bioético?* p. 94 y Ss.

En el lenguaje metafísico se afirma que la esencia de un objeto designa aquello por lo que el objeto es lo que es y no otra cosa. El preguntar heideggeriano tiene como característica fundamental pensar en la esencia sin el consabido olvido del ser, propio de las concepciones anteriores en las que la pregunta por el ser terminó forzándolo al olvido. Si pudiéramos preguntar, en términos metafísicos, por la esencia no de la tecnología sino de la nanotecnología desde la óptica de Heidegger (1994), nos encontraríamos con el preguntar puesto que ante las tecnología convergentes como la nanotecnología, la metafísica no ha desarrollado un discurso definitorio de lo que *es* en sí la nanotecnología. Esto máxime cuando la nanotecnología en sí misma aún hoy es disputada por los teóricos de la ciencia básica que hablan de una nanociencia y los teóricos de la ciencia aplicada que hablan expresamente de nanotecnología.

Hay que comprender que la nanociencia no obedece a la clasificación tradicional de la ciencia debido a que ella se encarga de un campo específico de la energía como la física cuántica en los que es familiar los términos *quarks*, *leptones, femiones* y *bosones*. Aunque la investigación científica aún se hace en laboratorios de universidades y en institutos, la investigación nanotecnológica se desarrolla en ámbitos distintos como las empresas y corporaciones en aras de encontrar productos, dispositivos o aparatos que tengan una aplicación útil para los distintos campos que aborda. Existen infinidad de productos que dicen contener nanoparticulas o se nanoestructurados[8], estas son solo diez de las principales empresas, compañías y organizaciones del sector nanotecnológico a finales de la década pasada, según nanobillboard "1. Zyvex Corporation; 2 NanoSys Inc; 3. Foresight Instutie; 4. NanoMatrix Inc; 5. Phaze-9 Corporation; 6. Smalltimes; 7. Ardesta; 8. NanoInk Inc.; 9. Veeco Instruments; 10. IEEE Nanotechnology Council".[9] La suma de productos y de empresas que intervienen en el sector nanotecnológico es exponencialmente creciente, el acelerado avance de la nanotecnología ha dejado la reflexión filosófica de la tecnología sin respuestas oportunas de carácter esencialista y social. Pero este fenómeno de la reflexión, posterior a los hechos de la tecnociencia, es notorio y puede entenderse mejor como una *reacción* ante el cambio paradigmático que ofrece el gran desarrollo humano que representa la ciencia y, en la actualidad, la nanotecnología.

A manera de conclusión, ante los inminentes cambios que ha generado la tecnociencia y los desafíos que plantea la nanotecnología, las teorías que han fundamentado la reflexión humanista de Munford (1982) con su idea del *mito de la máquina* y la *alienación* que puede generar, así como la idea de Anders (2011) del poder biopolítico que genera la tecnología y la violencia como manifestación del poder en el que enfatiza la *sospecha* tecnológica, y la búsqueda heideggeriana de la esencia de la tecnología resultan insuficientes para explicar el fenómeno contemporáneo de la nanotecnología. Con ello tampoco se puede afirmar que los apologistas de la tecnología tengan la respuesta última del cambio que representa la

8 Algunos de los productos nanomanufacturados pueden encontrarse en http://www.nanowerk.com/products/products.php; http://tecnan-nanomat.es/productos/; http://avances-nanotecnologia.euroresidentes.com/2005/01/los-mejores-productos-de-nanotecnologa.html

9 *Cfr. Top* 10 Nano Foused Companies by NanoBillboard.com. August 28, 2009 disponible en: http://nanobillboard.com/

nanotecnología. Como en los críticos, los apologistas poco aportan a la discusión de las implicaciones de la nanotecnología en el contexto actual. No obstante, ambos, apologistas y críticos, son los referentes históricos y filosóficos para establecer cuestionamientos a la tecnología convergente como lo es la nanotecnología. Seguimos meditando, con Ortega y Gasset (1983, p. 319), sobre la tecnología, pues ella es "Uno de los temas que en los próximos años se va a debatir con mayor brío es el del sentido, ventajas, daños y límites de la técnica" el marxismo de Kapp (1998), Anders (2011), Horkheimer y Marcuse aproximaron la reflexión dese el ámbito social y ecológico, en tanto que el pensamiento de Heidegger neutral ante la tecnología cuestionó su esencia, y el análisis de Dessauer mostró como la tecnología es una aliada para el desarrollo humano.

La cuestión sigue estando aún vigente ¿Cómo hacer una reflexión filosófica acorde con la realidad nanotecnológica actual? o seguir e cuestionándonos con Simondon (1989, p. 12) "Or, on peut se demander quel homme peut réaliser en lui la prise de conscience de la réalité technique, et l´introduire dans la culture".[10]

Referencias

Anders, G. (2011). La obsolescencia del hombre. Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial. Volumen I. Tr. Josep Monter p. Valencia: Pre-textos.

Aristóteles (1988). *Política*. Madrid: Gredos.

Bunge, M. (2006). The Philosophy behind Pseudoscience. *Skeptical Inquirer,* July / August, 29-37. Recuperado en: http://www.csicop.org/si/archive/category/volume_30.4

Dessauer, F. (1964). *Discusión sobre la técnica*. Madrid: Rialp.

Ferreira, P. (2014). *La teoría perfecta. Un siglo de figuras geniales y de pugnas por la teoría general de la relatividad*. Barcelona: Anagrama.

Feyman, R. (1959). There's Plenty of Room at the Bottom. Recuparado de http://www.pa.msu.edu/~yang/RFeynman_plentySpace.pdf

Fussell, B. (2004). *The Story of Corn*. New Mexico: University of New Mexico. Disponible en http://fraud121.tbrusselshrservices.com/shack/t/the-story-of-corn-rxjlxts.pdf

Heidegger, M. (1994). *Conferencias y artículos*, Barcelona: Serbal. Recuperado de http://www.bolivare.unam.mx/cursos/TextosCurso10-1/HEIDEGGER-%20LA%20PREGUNTA%20POR%20LA%20T%C9CNICA.pdf.

Kapp, E. (1998). Líneas fundamentales de una filosofía de la técnica. Acerca de la historia del surgimiento de la cultura desde nuevos puntos de vista. *Teorema,* XVII/3. Recuperado de http://www.oei.es/salactsi/teorema07.htm

Lederman, L., & Teresi, D. (2006). *The God Particle: If the Universe Is the Answer, What Is the Question?* Boston: First Mariner books. Recuperado de https://books.google.com.co/books?id=jMOOQDHxWyIC&printsec=frontcover&dq=the+god+particle&hl=es&sa=X&ei=b6xwVbLjDKnIsATNmYOgCg&ved=0CBsQ6AEwAA#v=onepage&q=the%20god%20particle&f=false

Leibniz, G. (1982). *Discurso de metafísica*. Madrid: Revista de Occidente.

Mitcham, C. (1989). ¿Qué es la filosofía de la tecnología? Barcelona: Anthropos.

Munford, L. (1982). *Técnica y Civilización*. Madrid: Alianza. Recuperado de http://monoskop.org/images/f/fb/Mumford_Lewis_Tecnica_y_civilizacion.pdf

Ortega y Gasset, J. (1983). *Meditación de la técnica. Obras completas, volumen V.* Madrid, Alianza.

10 Traducción"Ahora, uno puede preguntarse qué hombre puede realizar en él la toma de conciencia de la realidad técnica, e introudicirla en la cultura".

Platón. (1988). *Política*. Madrid: Gredos.

Platón. (1992). *Timeo*. Madrid: Gredos.

Rousseau, J. (2015). *Discurso sobre las ciencias y las artes*. Recuperado de: http://www.rosariosantodomingo.edu.co/contenido/tarea_5152.pdf

Simondon, G. (1989). *Du mode déxistence des objets techniques*. France: Aubier.

Solorzano, G. (2014). La nanoética ¿un saber bioético? *Producción más limpia*, 9(2), 89-100.

Identidad, familia y sociedad (I)

Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la ética global

Alpidio de Jesús Jaramillo Henao

Resumen: Nuestro estudio parte de la *vía genealógica* que sostiene que "en la biología de la generación está inscrita la genealogía de la persona" (*Gr.S.* 9). Contra la antropología y ética egotista propone la *identidad-familiar, identidad-social* fundamento de la *nostridad-ética*. Su visión es interdisciplinar considerando matrimonio y familia como primer bien común de la humanidad y capital humano factible de convertirse en *Weltethos* o paradigma universal. La dimensión doméstica del ser humano es la raíz de la socialización de la comunidad moral, aquello que es previo al consensualismo democrático y éticas del discurso o de la comunidad lingüística. Matrimonio y familia son el *primumethicum*en *sí mismos y por sí mismos*. *Desde Aristóteles se afirma que la* dimensión esponsal precede a la dimensión social y política y, por tanto, a todas sus modificaciones culturales. El multiformismo familiar propio de la era global cosmovisiva lo englobamos en la categoría cuerpo-familiar que la jurisprudencia trata bajo formas *ad hoc* y la ética social y pastoral no pueden ignorar. La actual discusión sobre el derecho de adopción por parte de parejas homosexuales pone en juego de nuevo la familia nuclear tradicional bajo la urgencia de una antropología adecuada.

Solo existe una forma de ser humanos o personas, nuestro ser-filial o ser-familiar. No es lo mismo pues la lectura individual de los derechos humanos a la lectura familiar de los mismos como postula la Carta de los Derechos de la Familia. Nuestra identidad-familiar-social es una identidad en tensión, una relación dialéctica con el colectivismo y estatalismo. Incluso siendo una realidad aconfesional hunde sus raíces en el misterio familiar divino, su imagen y culmen. Origen y destino que recorremos desde la antropología del don.

Palabras clave: cuerpos-familiares, vía genealógica, identidad-social, identidad-familiar, ética-doméstica, derechos de la familia, bien común, capital humano, humanismo integral, *Weltethos*.

Abstract: Our study of the genealogical way which holds that "the genealogy of the person is inscribed in the very biology of generation" (Gr.S. 9). Against egotistical anthropology and ethics proposes family and social identity, as foundation of nostrity-ethics (we-ethics) His vision is interdisciplinary and considers marriage and family as the first common good of humanity and human capital feasible into Weltethos, it is able to become universal paradigm. The domestic dimension of human being is the root of the socialization of the moral community, that which is prior to the democratic and ethical consensualism or linguistic community discourse. Marriage and family are the primumethicum in themselves and for themselves. Since Aristotle is stated that the spousal dimension precedes the social and political dimension; and therefore all cultural changes. We include the manifold family forms vision of the current global era in the Family-body category, which the jurisprudence considers under ad hoc ways and pastoral as well as social ethics can not ignore. The current discussion on the right to adoption by homosexual couples make again that traditional nuclear family be considered under the urgency of an adequate anthropology. There is only one way to be a human being, it is, people: our being sons/daughters or being-family. It is not same thing to read the Human Rights as individuals or as a family, such

* El presente artículo es a su vez *Proyecto de Investigación* del Instituto de Matrimonio y Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, miembro de *REDIFAM* (Red de Institutos Universitarios Latinoamericanos de Familia) abierto a la colaboración y aporte de estudiosos e investigadores especializados en alguno de los aspectos o dimensiones del mismo. Asimismo es factible de intercambio interfacultativo en áreas de Ciencias de la Familia. Coor. Alpidio de Jesús Jaramillo Henao (colombo/italiano), PhD, PhTh, Mag.Ph, Mag.Th, Doctorando Bioética Università Europea di Roma, Profesor de Ética social y Cristología; miembro grupo Domus de Colciencias. E-mail: alpidio.jaramillo@upb.edu.co; hejaralp@gmail.com.

as postulated by the Chart of the Rights of the Family. Our-family-social identity is an identity under tension, a dialectical relationship facing collectivism and statism. Even as a secular reality rooted in God's family mystery, its image and summit. Whose origin and destination we are travelling from the anthropology of the gift.

Key words*: Family-Bodies, genealogical way, family identity, home ethics, Rights, Common good, human capital, integral humanism, weltethos family-social identity.*

Resumo

Nossoestudo parte da via genealógica que sustenta que "nabiologia da geração está inscrita a genealogia da pessoa" (Gr.S. 9). Contra a antropologia e ética egotista propõe a identidade-familiar, identidade-social fundamento da "nostridad"(Nós) -ética. Suavisão é interdisciplinar considerando casal e família como primeiroBemcomum da humanidade e capital humano viável de converterseem*Weltethos*ou paradigma universal. A dimensão doméstica do ser humano é a raiz da socialização da comunidade moral, aquilo que é prévioaoconsensualismo democrático e éticas do discurso ou da comunidadelinguística. Casal e famíliasão o primumethicumem si mesmos e por si mesmos. Desde Aristóteles se afirma que a dimensãoesponsal precede à dimensão social e política; e por tanto a todas suasmodificaçõesculturais. O multiformismo familiar próprio da era global cosmovisiva o englobamos nacategoriacorpo-familiar que a jurisprudência trata sob formas ad hoc e a ética social e pastoral nãopodem ignorar. A atualdiscussão sobre o direito de adoção por parte de casaishomossexuaispõeemjogo de novo a família nuclear tradicional sob a urgência de umaantropologiaadequada. Só existe uma forma de ser humanos oupessoas, nosso ser-filial ou ser-familiar. Não é a mesmopois a leitura individual dos Direitos Humanos à leitura familiar dos mesmos como postula a Carta dos Direitos da Família. Nossaidentidade-familiar-social é umaidentidadeemtensão, umarelaçãodialéticacom o coletivismo e estatalismo. Inclusive sendoumarealidadeaconfessionalafundasuasraízes no mistério familiar divino, suaimagem e ápice. Origem e destino que percorremos desde a antropologia do dom.

Palavras chaves: Corpos-familiares, via genealógica, identidade-social, identidade-familiar, ética-doméstica, Direitos da família, Bemcomum, capital humano, humanismo integral, *Weltethos*.

I. *Preambulainterpretandi*

1. Nuestra identidad olvidada

Identidad olvidada noes más provocatorio que identidad dolida o identidad aparcada. A pocos se les ocurriría ante la pregunta cotidiana ¿cómo estás?, responder con desparpajo, estoy muy bien pero matrimonial y familiarmente no tanto; sería como responder: quitando la salud, el dinero y el amor, todo lo demás bien. Cuando Ortega decía: "yo soy yo y mis circunstancias, y sino las salvo a ellas no me salvo yo", olvidaba que nuestras circunstancias son siempre y en todo las familiares; no obstante, su atino fue oponerlo al *selbst sein* del *Ich*. Lo que denominamos las falacias del modernismo, desde el *ego cogitans* a la pretensión del yo-puro, del yo absoluto como sujeto monádico del pensar y actuar. Como si aquel yo aislable fuese lo premoral de un sujeto ulteriormente consciente y moral. En nuestro ser-familiar se salva y sucumbe la identidad propia. Si la mayoría no somos o fuimos seres conyugales todos somos seres familiares; puedo estar solo pero nunca soy un ser aislable. En ello, a mi estado de salud, de bienestar, de *quality of life*se le empieza a llamar salud familiar. Así, cada pregunta por nuestro estado, ¿cómo estás? Es cómo estoy marital o familiarmente y su consecuente sintomatología social.

Más propio aún es no desreligarnos temporalmente para que el ¿cómo estás?, sea mi ¿cómo estuve, cómo estoy y cómo quiero seguir estando? Felices aquellos idiomas donde los verbos ser y estar no nos dejan desdoblarnos, aquello que parece hacer que cada vez que se hable de identidad, familia y sociedad se deba hacer patológicamente en clave de futuro porque en clave de pre-

sente nos asusta. Tanto como por hablar del último artículo que tengo entre manos: *El futuro de la familia. Fundamentos antropológicos y retos éticos* (Schockenhoff, 2014, p. 19). Empezando a *elencar* los síntomas de la crisis de la familia no puede echar de menos la decreciente tendencia a contraer matrimonio, el número de uniones de vida no matrimoniales y hogares unipersonales que aumenta.

> Cada vez hay más parejas que viven por separado (*living aparttogether*); la tasa de natalidad se reduce hasta valores situados por debajo del nivel de reemplazo; el número de matrimonios sin hijos, familias reconstituidas y familias adoptivas sigue creciendo, el matrimonio formado por dos personas con carreras profesionales ha dado pie al papel de amo de casa y al mito de los 'nuevos padres'; las familias *monoparentales* o las llamadas familias *patchwork* (compuestas de retazos) dejaron ya hace tiempo de ser una rareza; las comunidades de vida alternativas y las parejas homosexuales son socialmente toleradas y jurídicamente reconocidas (Schockenhoff, 2014, p. 19).

Como realidad holística los cuerpos-familiares hacen converger los distintos parámetros de los mismos. Antes o después la bioética, el bioderecho, la biopolítica, biocultura tendrán que vérselas con el neologismo *biofamilia* para diferenciarla de la familia como construcción cultural o social de desecho o descarte. Cambios no banales que han de situarse no como esnobismos culturales sino como auténticas metamorfosis de la vida afectiva y social, μεταμόρφωσις porque su cambio no se adivina o vislumbra como una vuelta hacia el pasado o tradición sino como una reconfiguración del presente y futuro. A este panorama se debe enfrentar el próximo sínodo sobre la familia, "la vocación y misión de la familia en la Iglesia y en el mundo contemporáneo". Decir vocación es decir llamada, somos presente y promesa, no somos islas, y nadie es isla en medio de la Polinesia. La pregunta ¿cómo estás? es siempre una pregunta ética que pide una respuesta ética; es pues, en sí misma una pregunta coimplicativa; así, la éthique *du mariage, la vocationsociale de l'amour* (Bordeyne, 2010)es un acercamiento justo. Necesitamos hacer memoria de nosotros mismos, aquello que denominaremos memoria genealógica, ya, porque perder la memoria es vivir desorientado, no saber ya ni por quiénes somos, ni por quiénes vivimos ni hacia dónde vamos. Cuando estamos perdidos o desorientados corremos el peligro inminente de solo ser víctimas, no ya protagonistas.

La desorientación es una amenaza de no futuro; abandonarnos a que todo sea fruto del amor líquido propio de un ser sin vínculos permanentes. Pensar en el multiformismo familiar como patología familiar puede sonar a catastrofismo o apologética *post factum*. La constatación de las características del *hombre light*y, los modelos de amor y vida afectiva que enarbola son punto obligado de partida pero no el τέλος deseado ni el modelo universalizable. Pluralismo afectivo y relativismo ético no son palabras intercambiables semánticamente.

Poco se repara en el hecho de que la crisis de identidad es en gran medida crisis de identidad ético-afectiva; crisis de noviazgo, de pareja, de matrimonio, de familia, de a sintonía social, dada nuestra indebida actitud de pensarnos en solitario, desfamiliarizadamente.

Desde Protágoras de Abdera, Sócrates, Kant y Feuerbach[1] entre otros se viene hablando del giro antropológico del conocimiento y

1 Contrariamente a la antropología kantiana y cartesiana piensa Feuerbachque el hombre individual por sí no tiene la esencia del hombre ni en sí como ser moral, ni en sí como ser pensante. La esencia del hombre reside únicamente en la comunidad, en la unidad del hombre con el hombre, unidad, que, sin embargo no reposa sino en la realidad de la diferencia entre el yo y el tú. (Feuerbach, 1982, 319).

de la moral. "El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son, de las que no son en cuanto que no son", principio que el modernismo enarboló en éticas de corte monádico e individualista del tipo, *ego cogito ergo sum* cuyo vértice es el sujeto autónomo de la *sola ratio* y buena voluntad como criterio moral a descrédito de la *nostridad-ética*. Quizás sea hora de empezar a hablar sin tapujos y sin menos atrevimiento de un *giro familiary conyugal* ya que según Aristóteles la dimensión esponsal precede a la social (Ética a Nicómaco*,* VIII, 1116 a.). Correctivo necesario al individualismo exacerbado y al subjetivismo intimista plasmado incluso en los Derechos del Hombre que consideran a la persona como ser individual. Así se llega a hablar de los derechos reproductivos de la mujer como si fuese un ser aislable de su realidad conyugal y familiar. En la mayoría de las legislaciones abortistas no se contempla el caso de los derechos del padre, a tener y cuidar el hijo no deseado por parte de la mujer.

Asimismo, en las actuales legislaciones y discusiones hodiernas sobre el derecho a la adopción por parte de parejas homosexuales se considera transversalmente el derecho al hijo (Warnock, 2004) a toda costa como si se tratase de una realidad dada *de facto et de iure* (Corral, 2013, p. 219). En esta indebida amalgama cabe preguntar: ¿existe o debe existir real y legalmente el derecho al hijo? Más aún: ¿se trataría de un derecho verdadero y propio como derecho humano individual o de un derecho conyugal que deba ser tutelado y protegido por el legislador?, a no ser que todo lo que se da *de facto* debamos sin más aceptarlo como *de iure*.

Dicho de otro modo, lo que la sociedad acepta la cultura lo hace costumbre y la costumbre lo convierte en ley. Sabido es el esquema ya viciado entre *contro natura y contro cultura*. Entendiendo por *natura* lo fijado e inamovible antes de formar la pareja, previo al consentimiento mismo, y por *cultura* aquello a fijar o acordar consensualmente por cada una de las partes implicadas según un justo multiformismo familiar cultural sin que se deba poner sin más en la bancarrota moral de la sociedad. Por todo, preferimos hablar de cuerpos-familiares[2] como una identidad en tensión o como concluye Serani de la familia, "como realidad cultural que ella estará siempre marcada por caracteres propios de una cultura determinada, pero a la vez abierta a exigencias propias de una cultura humana de alcance universal" (Corral, 2013, p. 219). Queda a cada ciencia precisar qué es lo universal o universalizable de la familia y de la identidad-familiar e identidad-social como plataforma de un posible diálogo en pro de un nuevo *Weltethos*.

2. Identidad genealógica

Nuestro eje temático se mueve en la línea de la identidad personal que no consideramos en su carácter individualista sino familiar; el paso del *yo* como sujeto monádico al yo-genealógico, a nuestro ser-familiar como marco de comprensión irrenunciable o *conditio sine qua non* de nuestro ser-social. *Conditio* por la cual nuestra propia subjetividad la leemos como intersubjetividad-ética o *nostridad-moral* en sus diversas dimensiones; desde la política y jurídica a la familiar y cultural, así como a la ética y religiosa. En síntesis, identidad-familiar, identidad-social como sujeto interdisciplinar; identidad que en la sociedad cosmovisiva y en la era tecnológico-global abordamos como ética y bioética de los cuerpos-familiares como paradigma del *Weltethos*.

2 El término es acuñado ya en psicología. Véase el estudio de (Cigoli, 2012). Elárbol de la descendencia. Clínica de los cuerpos familiares.

En este panorama, a la familia nuclear hay que añadir el apelativo tradicional para diferenciarla de las nuevas formas que empiezan, también, a hacer parte de una nueva tradición con lo que la jurisprudencia y el Estado se encuentran buscando formas *ad hoc* siempre *post factum*de una realidad que se adelanta a la reflexión y plasmación jurídica.

Fenómenos de conformación familiar ante los cuales la reflexión ética científica debe reubicar sus propios derroteros. En esta línea se habla de la familia y la revolución jurídico-antropológica contemporánea. "Necesidad de un ensanchamiento de las bases jurídicas y antropológicas en el debate sobre los derechos en la familia"[3].

Entre identidad-familiar e identidad-social se da una relación dialéctica que va o apunta más allá de la simple continuidad. Tensión entre quienes piensan que nuestro fuero más interno y afectivo, noviazgo, matrimonio y familia, deban permanecer en la esfera clausurada de la *privacy* y, para quienes *l'aspect institutionnel devient central en* éthique *du mariage* ya que son formas de vida común y de reproducción. Muchas legislaciones actuales se mueven en la segunda alternativa como formas reconocidas socialmente con grandes ventajas substanciales en entorno fiscal, laboral, de herencia, etc.; tanto en parejas heterosexuales como homosexuales. Los PACS (Pacto Civil de Solidaridad) se van abriendo cada vez más campo y consenso en Francia[4] y en otros países crecen vertiginosamente.

Realidad que a nuestro modo de ver no obedece ya al superado enfrentamiento entre matrimonio tradicional basado en el credo religioso y la unión civil fruto de la sociedad laica en óptica cosmovisiva. Formas ante las cuales no faltan voces de descontento o inconformidad por sus aspectos reduccionistas: "*Le norme libérale quiautorise (et même-promeut) les rapports sexuells entre adultes consentants se révèletrop pauvre pour structurer la sexualité dans sacomplexité biologique, affective et sociale*" (Cahilli, 1996, pp. 15-26).

Modalidades de formas de convivencia afectiva y social que conglobamos en la categoría ético-social de cuerpos-familiares donde cada ciencia y disciplina de conocimiento está llamado a dar su propio aporte. Sobre todo cuando se quieren anteponer como finalidad misma al matrimonio y familia en su misión sociocultural, política y humana como paladines del bien común, de la integridad de la persona, de la justicia y desarrollo humano; incluso como criterio de salud y progreso social. No obstante, se reconozca en todas una alternativa a la vivencia de la propia sexualidad como lenitivo a la agresividad, a la culpabilidad y a la frustración. Su carácter dialéctico no dirime el hecho de ser una identidad en tensión.

3. *Ageresequituresse*

En toda antropología y ética basadas en el ser rige el principio clásico actuar según nuestro ser de donde surge como primera instancia el imperativo: familia sé tú misma. En ello, la intuición aristotélica conserva su vigencia como orden de prioridades. Nuestra vida afectiva marca nuestra orientación en la sociedad; primero es el amor y después el deber; en ello se equivocaba Kant

3 En esta perspectiva se mueve el artículo de (Houve, 2013, p. 212) en el III Encuentro Red de Institutos Latinoamericanos de Familia. Congreso de Investigación Científica. Universidad de los Andes (2013).

4 En análisis como el de (Rault, 2009).*L'invention du PACS: pratiques et symboliquesd'unenouvelle forme d'union*; la legalización apunta al reconocimiento del derecho a formas de reproducción asistida para personas del mismo sexo como forma de un reconocimiento cada vez más pleno.

en su *Kritik der praktischen Vernunft*y, la postulación del deber por el deber[5] sin ninguna mezcla de afecto. Aunque no todos hayamos nacido por amor, todos nacimos para el amor y vivimos inmersos consciente o inconscientemente en esa convicción, nuestro destino está en amar y ser amados.

Quizás la sociedad y la política nunca nos enseñarán el arte de amar; lo que sí es seguro es que nunca podrán dejar de extrañar su presencia o de sufrir su desintegración. Como planteaba el mismo Erich Fromm en el capítulo V de su libro (Fromm, 2008, V), *El amor y su desintegración en la sociedad occidental contemporánea*. Con la desintegración del amor y su plasmación en las instituciones que lo alimentan, matrimonio y familia[6] nos arriesgamos a volver al Estado de Hobbes rememorando a Plauto, *lupus est homo homini, non homo, quomqualissit non novit* (lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro). Noviazgo, matrimonio y familia son realidades en las que estamos implicados todos y de las cuales somos responsables todos; sus éxitos y sus fracasos son nuestros éxitos y fracasos; su estado de salud es nuestro estado de salud social.

4. El paso del ombliguismo ético a la nostridad-ética

Nuestro punto de partida es pues nuestra identidad común, aquello que nos hace universales, nuestro ser-familiar-social; principio y fundamento de la comunidad moral, de nuestra intersubjetividad-ética. No en virtud de nuestra racionalidad universal sino de nuestra ontología familiar universal. Según las éticas dialógicas la categoría entre, la propia del *Begegnung*, de lo interhumano; la pluralidad o alteridad fundante del Yo-Tú-ético no puede ser algo que acaecerá como dinámica de la potencialidad dialógica con el ingreso a la comunidad lingüística como pretende la ética del consenso o de la comunidad democrática según Apel y Habermas; esta ya la tiene el hijo en su propia biología. Su origen es plural, y no simplemente entendido en sentido mayestático, es un plural biológico. No es pues un ser relacional porque es un ser social, antes bien, es un ser social-relacional porque es un ser-familiar. En la Ética a Nicómaco. *Libro VIII*, para tratar la amistad y sus distintas formas usa Aristóteles el término φιλία que implica también las relaciones familiares:

> Entre marido y mujer parece que haya amistad por naturaleza, pues el hombre es por naturaleza más inclinado a emparejarse que político, por cuanto la casa es anterior y más necesaria que la ciudad; y la procreación es una tendencia más común entre los animales. Ahora bien, para los demás animales la asociación sólo alcanza a esto (Política. I, 2. 1253ª p. 2-3.).

Nuestra antropología socio-política parte pues de nuestra antropología familiar. Las dimensiones esponsalicia y familiar son anteriores a su plasmación social y política. Entre ambas, no obstante, desde Aristóteles

5 El culto a larazón pura lo llevó a una concpecióncuasinirvánica del deberque lo lleva a exclamar: "¡Deber! Nombre sublime y grande, tú que no encierras en ti nada agradable, nada que implique insinuación, sino que reclamas la sumisión, que, no obstante, no amenazas con nada que despierte en el alma aversión natural y terrible, para poner en movimiento la libertad; sino que dictas simplemente una ley que encuentra por sí misma un acceso al alma y que, sin embargo, gana la veneración, a pesar nuestro (si no la obediencia), ante la cual se callan tus inclinaciones, aunque en secreto obren contra ella; ¿qué origen es digno de ti, y dónde se halla la raíz de tu noble tronco, que repele con bravura todo parentesco con las inclinaciones, raíz de la que hay que hacer derivar, como de su origen, la condición indispensable del único valor que los hombres pueden darse a sí mismos". (Kant, 2013, p. 91).

6 Véase la estrecha relación entre amor, matrimonio y cultura y sociedad que establece (Lévi-Strauss, 2002) en Las clasificaciones de los tipos de sistemas en las estructuras elementales del parentesco.

parece darse una especie de simbiosis ineludible. "Su bien integral está tan íntimamente ligado a la vida en comunidad que se organiza en sociedad en virtud de esta inclinación, y no de una mera convicción" (Comisión Teológica Internacional, 2005, N° 86). "Sin embargo, la persona es anterior a la sociedad, y la sociedad no humaniza si no responde a las expectativas inscritas en la persona en cuanto ser social" (Comisión Teológica Internacional, 2005, N° 86).

Cada vez que se escucha el binomio familia-sociedad es inevitable la sensación de malestar y conflicto. Como si los estudiosos del argumento nos dispusiésemos simplemente a hacer la demostración científica de lo evidente, iniciando por su origen mismo. Matrimonio y familia, ¿son realidades naturales o culturales? En el hodierno desasosiego por lo fijo, lo inalterable, lo estipulado de una vez para siempre se suele decir que nada hay tan cultural como el concepto mismo de naturaleza, como si la cultura fuese la continua emancipada de la misma. Sin driblar el asunto preferimos ubicarnos en la realidad del amor interhumano como plasmación de nuestra identidad más profunda hablando de *i*dentidad-familiar e identidad-social como identidades en tensión, como realidades problemáticas, como proyectos siempre *in fieri*; y, justo por ello, un organismo vivo siempre vulnerable, un sujeto siempre en riesgo.El *World Family Map Project* (WFMP) del 2013 habló de una segunda transición demográfica, marcada por el retroceso del matrimonio y la parentalidad[7].

Se quiera o no, matrimonio y familia constituyen factores angustiantes del quehacer político que ha de partir del planteamiento radical de sí, matrimonio y familia constituyan aún un bien social en sí mismos. Cabe preguntarse pues, si realmente ¿hay consecuencias para el desarrollo sostenible de una sociedad si la familia se funda en un matrimonio estable de un hombre y una mujer, o este es un tema personal, socialmente irrelevante? (Torud, 2013, p. 169). A esto acompasaremos aspectos como el de capital humano, bien común y salud social e incluso a nivel bioético el de biofamilia como concepto límite, acotador en su desambiguación continua.

Hace tiempo ya, y lo será cada vez más, familia y sociedad no se encuadran en la esfera de lo privado y lo público; lo nuestro y los otros; nuestra vida privada y nuestra vida pública con sus ventajas y desventajas, desde la salud sexual a la denuncia pública de la violencia y discriminación intrafamiliar; desde el consejo genético prematrimonial al testamento biológico o a los derechos de reproducción asistida; la violencia de género, el feminicidio, la pedofilia, etc. El fenómeno de la globalización nos ha llevado a la descentralización de nuestra sexualidad y afectividad hasta lo que suelo denominarla universalización de nuestra propia piel. En la aldea global ya no hay problemas particulares y problemas globales; nada sucede en el planeta que nos esté demasiado lejos o nos sea demasiado ajeno, hasta poder decir que el futuro de la humanidad es el futuro de la familia.

Al fin y al cabo, lo queramos o no los seres humanos no somos nunca un *factum*, somos un *faciemdum*. Somos siempre problema para nosotros mismos; y esta, es nuestra mayor virtud; *πρόβλημα es* estar siempre lan-

7 Para ello cada año, el WFMP realiza un trabajo de investigación sobre estructura familiar, cultura familiar, procesos familiares y bienestar económico de la familia. El Mapa Mundial de la Familia 2013 se denominó Los cambios en la familia y su impacto en el bienestar de la niñez (http: //www.uandes.cl/instituto-ciencias-de-la-familia/WFM-reportes-anuales.html. Una valiosa síntesis del mismo en (Torud, 2013, pp. 165-200).

zado hacia adelante, hacia el futuro; hacia aquello que queremos ser y que aún no somos, es anhelo de plenitud:

El misterio familiar no es abarcable en los solos parámetros sociales y culturales:

> La existencia de la familia es anterior a la del Estado y a la de cualquier otra colectividad, y goza de derechos propios e inalienables. La familia es una realidad universal que responde a la aspiración fundamental a la felicidad, que todo hombre y toda mujer llevan en su corazón (Pontificio Consejo para la Familia, 1993, N° 24).

5. "En la biología de la persona está inscrita la genealogía de la persona" (Gr.S. 9)

La vía genealógica propia del ser familiar nos sitúa en la antropología del don. *Nasci* significa ser nacido y ese es nuestro radical y primer acceso al mundo, a la realidad, al ser. La primera percepción fenomenológica de nosotros mismos, en nuestro ser-estar-familiarmente-en el mundo. Somos fundamentalmente seres donados, nadie es demiurgo de sí mismo y nadie es completamente autárquico. *Ex sistere* es *proceder de*; vivimos como seres religados a las vidas que nos dieron la vida, ese es nuestro misterio filial. Feuerbach zanjó, en parte, este giro al reducir la teología a la antropología; esta a la psicología y la psicología misma a la fisiología; y, desde aquí la religión a la moral. Más aún, El hombre es el dios del cristianismo y la antropología es el misterio de la teología cristiana (XXV, 395):

> Es únicamente en la moral, donde se realiza, se revela la esencia de una religión; la moral es el único criterio que permite decidir si una creencia religiosa es verdad o quimera. Por consiguiente, un dios sobrehumano, sobrenatural, es únicamente verdad allí donde tiene como consecuencia una vida moral sobrehumana, sobrenatural, o, más bien, *contronatura* (Feuerbach, 1998, p. 395).

6. Identidad indómita pero vulnerable

Si para el posmodernismo una visión religiosa o metafísica del matrimonio, del amor, de la familia suena a reduccionismo injustificado su anulación en la sociedad pluralista no lo es menos[8]. En el imperativo "familia sé tú misma" vuelve a resurgir la tensión entre nuestro ser individual y nuestro ser-comunión. El mismo Feuerbach había pensado el imperativo individual γνῶθισεαυτόν (conócete a ti mismo) como título para *Das Wesen des Christentuns* en el que no pudo menos de notar que la esencia del cristianismo consiste justamente en el amor y en su imperativo "ama a tu prójimo como a ti mismo". De ahí que la religión cristiana sea la religión familiar por antonomasia. La reducción del hombre a fisiología y esta a psicología devuelve a la antropología su afán de volver a partir de la carne y la sangre. Su error fue anular la individualidad que nos viene familiarmente para poner la esencia del hombre en la esencia del género humano (*Gattung-Wesen*). No obstante, no rechaza las preguntas fundamentales. Si la esencia del hombre está en el hombre mismo "el primer objeto del hombre es el hombre" (Lucas Lucas, 2010, p. 6), y yo quiero saber "¿qué soy? ¿De dónde vengo? ¿Por qué? (Feuerbach, 1960, p. 392) Preguntas propias de nuestra vía genealógica, aquella que nos reconduce a la *nostridad-ética* y social.

Desde aquí volvemos a preguntarnos: ¿matrimonio y familia son todavía horizontes de futuro? ¿El posmodernismo es el declino de las instituciones más antiguas del mundo? ¿son postulables aún como instancia ética?

8 Yo, dice Habermas "defiendo la tesis de Hegel, según la cual las grandes religiones pertenecen a la historia de la razón misma, el pensamiento postmetafísico no puede comprenderse a sí mismo si no integra en su propia genealogía las tradiciones religiosas al lado de la metafísica" (Habermas, 2005, p. 14). Ello en pro de la inmanencia suficiente de la *sola ratio*.

¿Cuándo somos realmente posmodernos? ¿El *pensierodebole*es fruto del *amoredebole*? Ya que no podemos pensarnos aun según los viejos parámetros cosmovisivos, omniabarcantes, omnicomprensivos, ¿debemos empezar a hacer las cuentas con un saber fragmentado de nuestra propia realidad filial, familiar, matrimonial? ¿Constituye aún nuestra situación conyugal una panorámica unitaria de nuestro modo de ver, juzgar y actuar como si fuésemos realmente una sola carne, un solo corazón y una alma sola?

A Habermas no se le oculta el hecho de que por más cosmovisiva o global que sea la sociedad la ética universal debe tener su apoyo también en el derecho universal. Para ello propone un derecho mundial pues somos ciudadanos del mundo. "Pueden reclamar legitimidad aquellas regulaciones que todos los posibles afectados pudieran aceptar como participantes en discursos racionales" (Habermas, 1999, p. 119). Hacer preguntas sobre matrimonio y familia y sus inmediatas consecuencias o derivaciones éticas y sociales es muy comprometedor. Empieza a ponerse en evidencia casi de modo inmediato la inclusión o exclusión real del otro, la esquizofrenia de la carne; la subterránea lucha entre derechos y deberes de los cuales somos productos producientes. Y, no por ello ajenos a las estrecheces de un'éthique *du marriagegouvernée par sacomposantejuridique* como oficialización reguladora del amor (*proles, fides, sacramentum*) que acaba en plasmaciones como *l'usage du droit matrimonial* (Bordeyne, 2010, p. 37). Cuando el amor muere, desgraciadamente el derecho no lo resucita. No es cierto que la globalización haya creado nuevas formas, modelos alternativos a la cornucopia matrimonio y familia; nos ha hecho sí, más evidente y de modo más rápido estar más atentos a la realidad, su pluriformidad, matrimonios y familias, de ahí nuestra preferencia por la acepción cuerpos-familiares como nuevo campo de comprensión semántica.

Los estudiosos del argumento se encontrarán ante una tautología inevitable. Al preguntarnos por el objeto de una investigación sobre matrimonio y familia nos encontramos ante el sujeto del mismo. La familia no tiene más teleología que la familia misma; el objeto es el sujeto. Intentamos pues recorrer desde aquí, por la vía interdisciplinar, aquella realidad a la que denominamos identidad-familiar, identidad-social en sus múltiples acepciones, como realidad que nos afecta a todos porque es de todos. La interdisciplinariedad, esperamos acote el afán juridicial y la reducción fenomenológica buscando anclarlas de nuevo en la dinámica del *don originaire*[*].

Matrimonio y familia surgen como realidad original y originante, gozan, incluso aconfesionalmente de aquello que Lacroix reconoce como *une part de secret et d'opacité subsiste de manière paradoxale dans la région du don originale* (Lacroix, 1993, p. 10). Desde la antropología y metafísica del don[9] es posible reconstruir todavía, en plena época del *pensierodebole* o de la argumentación fragmentada el ideal de familia como identidad fuerte ante los vaivenes del *hombre light*. Para el pensar cosmovisivo "la historia ya no es un hilo conductor unitario, sino una cantidad de información, de crónicas, de televisores que tenemos en casa" (Vattimo, 1990, pp. 14-17). Temporalizar es la única vía para salir del inmovilismo metafísico ha-

* *Don* que nosotros ancoramos a la metafísica del amor, o metafísica y circularidad del don, (Lacroix, 2000). No se opaca la convicción profunda que derrière les apparences, au-delà de ce quipecitêtre saisi lorsquel'ontraité les faitshumainscomme des chosesêtreattentifau*mystère, lequeln'estpas ce* qui se cache mais, bien plutôt, ce qui se rêvèle, à partir d'un foyer de sens invisible, d'unsecretportage, d'un don originaire (Lacroix, 2000, 11)

9 Apoyándose en la antropología del Don de Marcel Mauss lo hace (Godbout, 1992).

cia una ontología débil, de la ontología de la actualidad (Vattimo, 1996, p. 46). La ética posmoderna debe hundir sus raíces no en la unidad sino en la pluralidad. Aunque esto no sirva para fundamentar los valores éticos o el bien, al menos, no sirve para fundamentar la violencia y la opresión.

II. Marco de comprensión y presupuestos del proyecto interdisciplinar

1. Identidad-familiar, identidad-social no son solo un hecho biológico

En la falacia naturalista (Hume, Moore con su *Principia ethica*, Sidgwick) de ningún hecho biológico o natural se puede deducir un principio moral. El hecho empírico de que cada ser humano es único e irrepetible, y como tal un patrimonio de la humanidad, nos hace pensar en su identidad más inmediata. En efecto "viene al mundo en el seno de una familia, por lo cual puede decirse que debe a ella el hecho mismo de existir como hombre. Cuando falta la familia, se crea en la persona que viene al mundo una carencia preocupante y dolorosa que pesará posteriormente durante toda la vida" (Juan Pablo II, 1994, 2, II). De esta constatación universal a todos los niveles, social, psicológico, cultural y político, es lícito deducir dos puntos de partida claves para nuestra línea de investigación:

a) El de nuestra *identidad-familiar*

Toda persona es un ser-familiar, y lo es en los contextos ontológicos y éticos. Por ello dirá la *Gratissimam sane* en el § 9 que "en la biología de la generación está la genealogía de la persona", dando a la genealogía un carácter ético y metafísico; y, por ello, un carácter jurídico y social. La búsqueda de una antropología adecuada al misterio de la identidad del hombre, es la antropología familiar, en contraposición a las antropologías de corte monádico, individualistas o egocentristas. La antropología y metafísica del don nos permiten reconstruir la *vía amoris* propias de la realidad matrimonial y familiar; aunque no siempre de la filiación. Si nuestro ADN nos hace únicos e irrepetibles en la historia de la familia humana, el don nos vuelve a hacer únicos e irrepetibles para el otro; por ello, *don original* y *originante*:

> *Au seind'une culture où prime le discours scientifiquequi, commetel, met en avant les déterminismes et les processus, attentifaux constantes et auxvariationsquantitatives, je souhaitdègager le lieud'unep arolequidonneseschencesausens, c'est-à-dire à ce quiadvientuniques: entre un père et sonsfils, entre una mére et son enfantoulorsque se réunissent les membresd'unefamile, pour une fête par exemple: quelleimpressionnantedensité de sens, de liens, de communautè* (Lacroix, 2000, p. 11).

El don se nos presenta como un valor ético-social capaz de orientar nuestra identidad-familiar e identidad-social en su justa subsidiaridad y armonía, empezando por el don original de nosotros mismos. "El origen de la persona humana es, en realidad, el resultado de una donación. La persona concebida deberá ser el fruto del amor de sus padres" (Juan Pablo II, 1994, p. 51). El contra-don es καθάρσις en las parejas, sin pensar que a veces la purga purificadora acabe por empeorar la situación. El don tiene su paradigma fundante en la filiación, incluso a nivel metafísico. Valga como provocación la postura de Zubiri. En el entorno metafísico, el ser por, con y para, reflejan la unidad filial y esponsal como totalidad del ser. En efecto ser esposo es distinto que ser padre, que ser familia, sin embargo, el ser hijo es la unidad radical. Como afirma Zubiri:

> Todos los hijos de todas las generaciones reproducen no sólo la unidad abstracta de la especie, sino en cierto modo la unidad concreta de su común progenitor, por esto, en virtud de ser, cada ser vivo está triplemente unificado: ser es unidad ante todo consigo mismo, el ser es en definitiva intimidad metafísica; ser es además unidad de relucencia con su progenitor, es unidad de origen; ser es, finalmente,

> unidad de todos los individuos de su especie y hasta en su generación; por su propio ser cada ente está en comunidad. En esta articulación entre *intimidad, originación y comunicación* estriba la estructura última metafísica del ser. El ser es el ser de sí mismo, el ser recibido, y el ser en común (Zubiri, 1986, p. 475).

En parte, a esto es lo que nosotros denominamos nuestro referente referencial. Se trata de un referente ontológico constitutivo, no alternativo. El hijo no es un ser genérico, es familiar.

> Incluso cuando decide permanecer solo la familia continúa siendo, por así decirlo, su horizonte existencial como comunidad fundamental sobre la que se apoya toda la gama de relaciones sociales, desde las más inmediatas y cercanas hasta las más lejanas. ¿No hablamos acaso de *familia humana* al referirnos al conjunto de los hombres que viven en el mundo? (Juan Pablo II, 1994, 2, II).

b) Natalidad y principio de la acción política

El desencanto por lo político y por el protagonismo social obedece al olvido de la cuestión familiar. Desde el don es posible la recuperación de los sujetos éticos, de las relaciones interpersonales desde las cuales gobernar las propias vidas y tratar a los demás como seres morales; no obstante los fatalismos del amor. Una vertiente ética, sociológica y política en esta línea la ofrece la *Teoría de la acción* de Hannah Arendt. Cada nacimiento goza de un carácter profético y escatológico, "os anuncio una gran alegría os ha nacido hoy un niño" (Arendt, 2011, p. 266). Como punto de partida su convicción es tal como afirmar que "la solución potencial del mundo reside en el hecho mismo de que la humanidad se regenera constantemente y por siempre jamás" (Arendt, 2011, p. 218). Esta dinámica autogenerativa, regenerativa, le recordaba a Goeth para quien "la tierra les engendrará de nuevo, como hasta ahora los engendró". No obstante, no estamos ante la vía metafísica y genealógica pues su fe no es la fe en el Dios personal sino en la creación misma afirmada como *amor fatiyamor mundi* (Courtine-Denamy, 2003, p. 326).

Con gran atino reprocha Arendt a Kant que su autonomía moral nos desfamiliarizó a todos[10]. Ella reconoce en la natalidad humana el punto original de la acción. Bastaba no desligar el hecho del ambiente doméstico, no clínico desde el cual continúan naciendo en muchos sitios los hijos. Siguiendo la intuición de Agustín, al referirse al principio este se debe entender como *initium ergo ut esset, creatusest homo ante quemnullusfuit*; para que hubiese un principio fue creado el hombre, antes que él no había nadie (Arendt, 2011, p. 36)[11].

No es exagerado decir desde aquí, al principio era la familia, y todo verdadero inicio o reinicio tienen su origen en ella. La centralidad del nacimiento ocupa un puesto central en su teoría de la *Vita activa* en sus tres etapas, la labor, el trabajo, la acción en su búsqueda del concepto puro de política.

> La pluralidad (el mandato de multiplicarse de Gn 1, 27) es la condición de la actividad humana debido a que todos somos lo mismo, es decir, humanos, y por tanto nadie es igual a cualquier otro que haya vivido, viva o vivirá (Arendt, 2011, p. 36).

10 Para el iniciador del *giro antropológico* el sujeto no sólo debe ser autónomo sino también autosuficiente pues la moral, en cuanto que está fundada sobre el concepto de hombre como un ser libre que, por el mismo hecho de ser libre, se liga él mismo por su razón a las leyes incondicionales, no necesita ni de la idea de otro ser por encima del hombre para conocer el deber propio ni de otro motivo impulsor que la ley misma para observarla. En Kant la autoridad de los mandamientos divinos encuentra eco en la validez incondicional de los deberes morales, un eco que no puede desoírse. Es verdad que con su autonomía destruye la imagen tradicional del parentesco con Dios.

11 De Civitate Dei. XII, 20, 4.

De las tres, la acción mantiene la más estrecha relación con la condición humana de la natalidad; el nuevo comienzo inherente al nacimiento se deja sentir en el mundo solo porque el recién llegado posee la capacidad de empezar algo nuevo, es decir, de actuar. En este sentido de iniciativa, un elemento de acción, y por tanto de natalidad, es inherente a todas las actividades humanas. Más aún ya que la acción es la actividad política por excelencia, la natalidad, y no la mortalidad, puede ser la categoría central del pensamiento político, diferenciado del metafísico (Arendt, 2011, p. 36):

El milagro que salva el mundo, a la esfera de los asuntos humanos, de su ruina normal y *natural* es en último término el hecho de la natalidad, en que se enraíza ontológicamente la facultad de la acción". "Sólo la plena experiencia de esta capacidad puede conferir a los asuntos fe y esperanza" (…). Como en el nacimiento de Cristo, "os ha nacido un Salvador" (Arendt, 2011, p. 265).

La filiación por vía del don es pues el *Weltethos* mientras que matrimonio, familia y sociedad son su correlato esencial en el sentido que solo existe una manera de ser hombres, de ser sujetos, individuos, personas que es, ser hijos. Indicando en ello un valor autoevidente no por la vía de la demostración sino por la vía de *mostración*. Desde su carácter profético como acción política, como futuro nos lleva a preguntarnos a la vez: ¿es mi matrimonio todavía mi futuro? ¿Lo son igualmente el matrimonio y la familia como realidades de carácter axiológico? Cuando un hijo o una hija son a su vez padre o madre acaece en ellos una metamorfosis en el entorno ontológico y ético permanente. Nadie es expadre, exmadre como tampoco nadie es exhijo. Se patentiza en ello el retorno inaugurado por Jesús, al principio no era así, "dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne". Este principio ejerce un papel acotador como indicativo e imperativo ético-social a todos los niveles en las relaciones mutables y mutuables.

2. Identidad-familiar-social no ambivalente

Bauman en su obra *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos* hace una constatación interesante. El héroe de este libro es *Der Mann ohne Verwandtschaften*, el hombre sin vínculos, y particularmente sin vínculos tan fijos y establecidos como solían ser las relaciones de parentesco en de Ulrich (el hombre de la novela de Robert Musil, definido como *Der Mann ohne Eigenschaften*, el hombre sin atributos) en la sociedad líquida deberá fabricarse sus propias áncoras y vínculos; aunque a renglón seguido admita que "sin embargo, ninguna clase de conexión que pueda llenar el vacío dejado por los antiguos vínculos ausentes tiene garantía de duración" (Bauman, 2011, p. 7). ¿Lo ofrecen las éticas del consensualismo, del discurso, del contrato democrático, éticas de la especie, libres de vínculos ontológicos, metafísicos o religiosos? Con Jonas estamos en el hecho de que, al inicio, metafísica y ética estaban unidas, incluso la ética estatal.

A nosotros nos interesa ahora su *carácter* doméstico, aquello que tiene de imborrable, lo que ninguna emancipación o marginación puede sustituir. Decir que identidad-familiar-social no es ambivalente es mantener aquello que nos define y nos presenta o representa a nosotros mismos como seres morales en medio de una comunidad moral, independientemente de nuestro estrato cultural o nuestra identificación religiosa.

En la *Dialéctica de la ilustración* (Horkheimer &Adorno, 1994) se vislumbra de nuevo la lucha por recuperar aquello en lo que todavía nos resistimos a ser del todo posmodernos; pasar del dominio de la naturaleza y la técnica a seguir siendo dominados por nuestra τέχνη más primigenia, el arte de amar y ser amados,

la única técnica capaz de hacernos verdaderamente singulares los unos para los otros.

El sujeto del modernismo se parece a Atenea, salida armada de la cabeza de Zeus, despreciadora del lento y arriesgado desarrollo fetal. Si algún mérito puede tener la genética y embriología es recuperarnos nuestro tiempo lento, lento porque vital; sin desprecios por la parsimonia de la naturaleza que aún sabe conjugar sin prejuicios libertad y necesidad. Odiseo es antinitzschiano, no podía jurar fidelidad a la tierra, la *partner* despreciada, la que le impide y obstaculiza el regreso. Se hace atar al mástil como Kant se religa a sus imperativos, a la par los remeros de la nave deberían taparse los oídos ante las seducciones de la *vox rerum*. Lo que antes era el *diktat* de la *sola natura* lo es ahora el de la *sola ratio*, "en Ítaca está la casa bien organizada del burgués Odiseo. Digamos que allí tiene instalado un orden racional de la vida. Y es este orden racional el que exige la renuncia a la inclinación natural" (Hirschberguer, 2011, p. 450). Inaugurador del desencanto de la naturaleza. Venciendo los encantos de Circe la obliga a devolverles a sus hombres, convertidos en animales a la forma humana. Vencer la φύσις es volver a ser hombre, salir de un reino para instaurarse en el propio, pasó del mundo de la vida al mundo tecnológico, económico capaz de acabar con todas las rémoras de los más viejos encantos:

> No sólo el amor sexual romántico ha caído como metafísica bajo el veredicto de la ciencia y la industria, sino todo amor en cuanto tal, pues ante la razón ninguno es capaz de resistir: el de la mujer al marido tan poco como el de la amante a la amada, el de los padres tan poco como el de los hijos (Horkheimer & Adorno, 1994, p. 160).

El amor en la aceleración tecnológica sucumbe en el ámbito de lo subjetivo bajo el imperio de lo útil e inútil. En la obra *Juliette* del Marqués de Sade, Delvene adoctrina a *Juliette*:

> La primera ley que me dicta la naturaleza es la de deleitarme, no importa a costa de quién o de qué. Si la naturaleza ha dado a mis órganos una constitución tal que solo en la desgracia de mi prójimo puede aflorar mi voluptuosidad, es que necesita de un ser como yo para servir a sus planes (Marquésde-Sade, 1987, p. 93).

La ley físico-orgánica, biológica no necesita un *plus* metafísico, se basta a sí misma y se consume en sí misma. El tiempo se presencializa sin horizontes en la anulación de la memoria intersubjetiva porque recordar es siempre re-cor-dar-nos. En el análisis de Bauman posiblemente la memoria tan solo sea líquida. Nuestro segundo yo sustancializado se acostumbrará a vivir invertebradamente, sin vínculos permanentes, fruto del pensar posmetafísico. En la *Teogonía* de Hesíodo tal ruptura duró poco. Odiseo acaba casándose con Circe de quien tiene tres hijos. ¿Una metamorfosis más o la comprobación de la perduración de dimensiones esenciales en lo interhumano? En medio de todas las metamorfosis ¿seguiremos siendo aún *animal metaphysicum*? El mismo Kant en su afán de razón autosuficiente y desprecio por el pensar metafísico admitía que la metafísica no es una invención arbitraria de una época particular sino una exigencia fundamental de la razón humana:

> è una disposizione naturale della nostra ragione che ha generato la metafisica come il suo figlio prediletto: generazione che come altra generazione del mondo, non è dovuta al capricio del caso ma un germe originario, che è preformato saggiamente per altri fini. E invero la metafisica è, forse più di ogni altra scienza, già predisposta in noi, nei suoi tratti principali, e non può essere assolumente considerata come il prodotto di una elezione arbitraria o come l'estensione accidentale nel progresso dell'esperienza (Kant, 1913, pp. 130-131).

III. Biofamilia, ética-doméstica ámbitos del *Weltethos*

1. Problemática

La ética de la familia como cuerpo-familiar-social postula el paso no simple de la ética

y responsabilidad individual a la *nostrida*d-ética; considerada no solamente como sujeto destinatario sino como sujeto agente, ámbito propio de la ética de presente y ética de futuro. Se busca en ello una comprensión de los cuerpos-familiares como sujeto interactivo[12].Uno de los primeros en poner en evidencia el carácter remarcadamente individualista, por ejemplo, de los derechos humanos fue Marx.

> Ante todo, constatamos el hecho de que los llamados *derechos humanos* (*droits de l'homme*) se diferencian de la *sociedad civil*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad (...) Ninguno de los llamados derechos humanos va, pues, va más allá del hombre como miembro de la sociedad civil, es decir, del individuo retraído en sí mismo, en sus intereses privados y en su arbitrio particular y segregado de la comunidad (Marx, 1965, pp. 62-63).

Contrariamente, la ética del cuerpo-familiar-social pone al centro no ya el individuo, la persona, el sujeto sino el cuerpo-familiar[13]. Nuestro objeto de estudio trae ya consigo su propia problemática ¿por qué no hablar de familia en vez de cuerpos familiares? La antropología de la globalidad nos pone ante un sujeto continuamente en cambio. La antropología del don nos pone en evidencia la tensión pendular entre la donación y el repliegue sobre sí mismo como el modelo de familia unipersonal. En la antropología monádica, egótica e individualista, la emancipada de la *una caro* se cae antes o después en autocontradicciones o distorsiones de identidad. Aquel sobre las que advierten los *lineamenta* del próximo Sínodo sobre la Familia a propósito del ambiente socio-cultural que enfrenta:

> Fieles a las enseñanzas de Cristo miramos a la realidad de la familia hoy en toda su complejidad, en sus luces y sombras. Pensamos en los padres, los abuelos, los hermanos y hermanas, los familiares próximos y lejanos, y en el vínculo entre dos familias que se crea con cada matrimonio. El cambio antropológico-cultural hoy influye en todos los aspectos de la vida y requiere un enfoque analítico y diversificado. Hay que subrayar ante todo los aspectos positivos: la mayor libertad de expresión y el reconocimiento más amplio de los derechos de la mujer y de los niños, al menos en algunas regiones. Pero, por otra parte, también hay que considerar el creciente peligro que representa un individualismo exasperado que desvirtúa los vínculos familiares y acaba por considerar a cada componente de la familia como una isla, haciendo que prevalezca, en ciertos casos, la idea de un sujeto que se construye según sus propios deseos asumidos con carácter absoluto. A esto se añade la crisis de la fe que afecta a tantos católicos y que a menudo está en el origen de las crisis del matrimonio y de la familia (Sínodo sobre la Familia, *Lineamenta*, 2014).

Familia, al contrario que para Strauss, no es ya un concepto unívoco. La familia nuclear parsoniana concebida como unidad estructural-funcionalista capaz de ubicar al individuo en ese todo omniabarcante debe hacer las cuentas con los modelos alternativos a la misma; los cuerpos-familiares monoparentales, las uniones no matrimoniales, las

12 Tal interacción no se improvisa o se estrena con nuestro actuar social. Inicia ya en los albores de nuestro empezar a ser. "Todos los fenómenos humanos son biológicos y biográficos, profundamente correlacionados y entrelazados, que nacen de una misma situación biológica primordial. Lo originario es lo biológico y esa comunicación biológica predispone para la primera interrelación o encuentro afectivo, en concreto materno-filial, de acogida, que abre a las demás relaciones familiares y sociales". Así para López(2009, pp. 305).

13 Antes que categoría ética el término viene tomado en consideración por la antropología y la psicología, (Cigoli, 2012), su obra pionera sigue siendo El árbol de la descendencia. Clínica de los cuerpos familiares. Ya en el I capítulo aborda la difícil cuestión de los fundamentos de la ética familiar "El hombre en su ser especie-específico, no se limita a reproducirse, sino que genera. Lo biológico se inscribe de inmediato en un orden simbólico (cultural y generacional) que une y conecta a los hombres entre sí y del que es necesario comprender el éthos. "El éthos no es el *nomes*; normas, prescripciones, prohibiciones, reglas, y con ello las categorías del *deber hacer*, y del *deber ser*, son pobres respecto a la necesidad de la relación. Kant evidenció la diferencia entre éthos y *nomos* haciendo referencia al principio ideal de la sociedad entre seres morales". (Cigoli, 2012, pp. 100- 108).

parejas sin hijos, las parejas homosexuales con derecho o no a la adopción, las unifamiliares, etc. Por más que estas últimas puedan parecer una *contradictio in terminis* la jurisprudencia internacional está pensando en normas *ad hoc* para ellas. Ya no hay que mutar solo la naturaleza del ser familiar sino también su misma etimología. *Filius*se refiere al *filius familias* que indica al hijo bajo la patria potestad, a diferencia del *Terraefilius*, hombre de la nada, que no tiene padres. *Familia, famulus* era el conjunto de esclavos de una casa, a diferencia del *unus homo familia non est* (Blanquez, 2012, p. 639).

Con ello se enmarca no solo un hecho antropológico, el ser familiar del hombre sino también su dimensión ontológico-metafísica. Aquello que a través de la vía genealógica nos permita postular una metafísica del don y metafísica de la familia; el amor como don, recibido-ofrecido. "Una persona sola y aislada dejaría de ser persona. ¿A quién amaría en efecto?" (Wojtyla, 2012, p. 86).

A la era global, la del hombre cósmico producto del imperio tecnocrático se acompasa la del ser-familiar en crisis. La fragmentación de las ciencias y la desorientación existencial del hombre, aquel que no cree o no apuesta ya por instituciones antropológicas lo suficientemente estables, las del *divorcio express* fruto en parte del *amor light* parecen imponerse como criterio existencial. En sitios de terror y violencia se vuelve al dilema del holocausto, ¿para qué traer hijos a la muerte?, "no nacimos pa semilla". Los optimistas seguimos pensando que sin futuro familiar no habrá futuro y por ello la ética-doméstica, la moral-familiar se deben prospectar siempre como éticas de futuro.

Los posmodernos podemos renunciar a todo menos al arte de amar y ser amados. En ello seguimos siendo modernos, *modus-hodiernus*, seres que mal que bien nos ajustamos siempre al hoy intentando no desajustarnos tanto entre la nostalgia[14] o carga del pasado y la sospecha del futuro. Con el cuerpo-familiar acotamos la mirada individualista basada en la autoafirmación del propio cuerpo y sujeto decisional para adentrarnos en la *recirculación del don*. *Ex-sistere*es proceder, ser don, ser donados con capacidad de ser donadores. El cuerpo-familiar-social es pues la protocategoría ética y social; aquella que hace del amor, del matrimonio y de la familia una categoría social y no algo replegado a la esfera privada o intimista. De él hablamos como referente-referencial por constituir el principio y fundamento del actuar moral responsable, realidad que no se puede sustraer como pensaba Cicerón a *res nostraagitur*. Empero, sin que a ello sea ajena su institucionalización como su sacramentalización allí donde se halle el terreno abonado para ello, aspectos que no obstan para lo que de universal hay en ello: *Maisnousetimons que le défecitd'institutionalitéobligueaujourd'hui à regarder ces difficultésmêmesdans la perspective de la vocation de la Sexualitéhumaine à s'épanouirdans le mariage, pour le bien de l'humanitéentière* (Bordeyne, 2010, p. 30).

Vocación inscrita y propia de la *dignitas personae* interhumana, de la solidaridad social universal y del principio de responsabilidad entre seres morales. Aunque hoy la cornucopia amor-matrimonio-fecundidad-familia no se den estrictamente de modo necesario, no por ello pierden su actualidad en el horizonte de los valores; dicho sea, al menos como indicador por la vía negativa, la comprobación que su presencia es mejor que su ausencia. La familia tradicional o familia nuclear se encuentra como campo de misión, y de acción todas las demás formas alternativas a la misma como distintos paradigmas

14 El paradigma puritano no se quedó anquilosado en el arcano sacro-político, al ideal de Jhon Milton vuelve (Abel, 2005).

ético-sociales que tienden a suplantar los valores más innatos de la misma. Ante ello ha de preguntarse por sí misma, ¿cuál identidad-familiar, cuál identidad-social? De aquí la urgencia de volver al nexo que se daba por descontado entre matrimonio y familia o procreación y matrimonio.

Se plantea desde una visión laica el modelo matrimonial y familiar como algo ya superado. Las uniones libres (sin vínculo jurídico-social), las familias de hecho, uniones extra-matrimoniales o paramatrimoniales, uniones sentimentales, unidad convivencial, etc., se imponen como un hecho social que reclama un cierto derecho e institucionalización (López, 1993).

2. *Nostridad*-ética y *Weltethos*, paradigma no consensual

La época de la aldea global y de la aceleración de la cultura continuamente en cambio tiende a hacer de la novedad la norma. No obstante, hay que decir que la moda no hace la ética. La familia nuclear sigue cumpliendo un factor social determinante en la configuración de la mayoría de las culturas:

> Un grupo de adultos de sexo opuesto, que viven una relación sexual aprobada socialmente, junto con sus hijos biológicos o adoptados y cumplen las siguientes funciones: 1) satisfacer sexualmente a sus miembros; 2) ser unidad reproductora, 3) tener una residencia común, 4) responsabilizarse total o parcialmente de la socialización de la prole, y 5) constituir una unidad básica de cooperación económica"[15].

Cualquier acción pastoral y educacional ha de apuntar a una visión global de la tarea familiar:

> Ante la dimensión mundial que hoy caracteriza a los diversos problemas sociales, la familia ve que se dilata de una manera totalmente nueva su cometido ante el desarrollo de la sociedad. Se trata de cooperar también a establecer un nuevo orden internacional, porque solo con la solidaridad mundial se pueden afrontar y resolver los enormes y dramáticos problemas de la justicia en el mundo, de la libertad de los pueblos y de la paz de la humanidad (Juan Pablo II, Familiaris consortio, N° 625).

Empero el hecho de que las parejas sin hijos sean cada vez más no quiere decir que sean el ideal, ni que reflejen mejor la verdad del matrimonio. La moda nunca es criterio ético. Pensaba Aristóteles: "Por otra parte, los hijos parece que son un vínculo, por lo que se disuelven más rápidamente los matrimonios sin hijos: éstos son un bien común a ambos y lo que es común mantiene la unidad" (Ética *Nicomaquea*. Libro VIII, XII. 1162ª). También la familia es un bien común. "La familia pertenece al patrimonio más original y sagrado de la humanidad" (Juan Pablo II, Alocución, 1994).

Partimos pues de la aseveración de que el objeto de este Grupo de Investigación es un objeto problemático, el objeto son sujetos. El cuerpo-familiar es en primer lugar una categoría antropológica. No sin un gran cariz de osadía no atrevemos a plantearla como la *protocategoríaética* por antonomasia. Por ser *a priori* se convierte en principio y fundamento de cualquier otro paradigma. A menudo se soslaya el hecho de que fue el mismo Aristóteles, no obstante la relevancia que concede al Estado a admitir que la dimensión esponsal y familiar es anterior a la social y a la política (Cfr. Ética *Nicomaquea*. VIII.).

Ahora bien, la categoría antropológica y metafísica de Buber, *el entre*, propia de lo interhumano indica que la pluralidad o alteridad fundante Yo-Tú no puede ser algo que acaecerá como dinámica de la potencialidad dialógica; la tiene ya el hijo como cuerpo-familiar en su propia biología. Su ori-

15 Del campo, Salustiano. *Familia y culturas, en Familia en un mundo cambiante.* Cit. 33.

gen es plural, y no simplemente entendido en sentido mayestático, es un plural biológico. A ello reconoce el autor una connotación religiosa. El espíritu que aletea sobre las aguas se revela al hombre y le interpela continuamente hasta provocar el encuentro, *Begegnung*. En esta vertiente dialógica, palabra, gesto, revelación, encuentro, espíritu, persona se empiezan a configurar como constitutivos (*Elemente des Zwischenmenschlichen,* Buber, 1997).

Las llamadas *éticas dialógicas* (Levinas, Ricoeur, Habermas) han reparado poco en este carácter apriórico del ser-familiar. El hombre no es pues un ser relacional porque es un ser social. Antes bien, es un ser social-relacional porque es un ser-familiar. Volviendo a la dimensión metafísica del amor, vertiente de la ética doméstica, no puede pasar inadvertido que ya en la Ética a Nicómaco (Libro VIII) para tratar sobre la amistad y sus distintas formas usa Aristóteles el término φιλία que implica también las relaciones familiares:

> Entre marido y mujer parece que haya amistad por naturaleza, pues el hombre es por naturaleza más inclinado a emparejarse que político, por cuanto la casa es anterior y más necesaria que la ciudad; y la procreación es una tendencia más común entre los animales. Ahora bien, para los demás animales la asociación sólo alcanza a esto (N° 1162a).

Que el ζοονπολίτικον sea posterior no es un punto de partida fortuito, en ello va el criterio según el cual tratar nuestro objeto; el principio de subsidiariedad que implica el del bien común y el de justicia social como determinantes en la relación familia-Estado; y no solo por la vía de la precariedad como lo planeaba él:

> La inclinación a vivir en sociedad procede ante todo de que el ser humano necesita de los otros para superar sus límites individuales intrínsecos y alcanzar su madurez en los diversos campos de su existencia. Su bien integral está tan íntimamente ligado a la vida en comunidad que se organiza en sociedad en virtud de esta inclinación, y no de una mera convención" (Aristóteles, política, i, 2. N° 1253ª pp. 2-3).

Muchas antropologías y éticas modernas a fuerza de acercar tanto al hombre a la naturaleza han acabado por desnaturalizarlo. Los cuerpos-familiares marcan en ello un elemento acotador. Los animales se aparejan, solo los seres humanos se casan. La dimensión esponsalicia marca la diferencia entre lo cuantitativamente (*continuum*) y lo cualitativamente distinto:

> El hombre no es un centauro sino íntegramente hombre. Sólo se le puede comprender si se sabe, por una parte, que en todo lo humano, también en el pensamiento, hay algo que forma parte de la naturaleza general del ser vivo y que hay que comprenderlo partiendo de ella; pero, por otra, tampoco hay que olvidar que nada humano hay que pertenezca por completo a la naturaleza general del ser vivo y que pueda ser comprendido únicamente partiendo de ella. Ni siquiera el hambre del hombre es el hambre de un animal (Buber, 2008, p. 80).

En otras palabras, los animales se aparean, solo los hombres se casan constituyendo la procreación una dimensión ética en y por sí misma. En el *Weltethos* se integra también la dimensión esponsalicia de nuestra identidad-familiar e identidad-social como origen ideal de la misma como su indicativo e imperativo moral propio; familia sé tú misma:

> La vocación al matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer, según salieron de la mano del Creador. El matrimonio no es una institución puramente humana a pesar de las numerosas variantes que ha podido sufrir a lo largo de los siglos en las diferentes culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales. Estas diversidades no deben hacer olvidar sus rasgos comunes y permanentes. A pesar de que la dignidad de esta institución no se trasluzca siempre con la misma con la misma claridad (*Gs* 47, 2), existe en todas las culturas un cierto sentimiento de grandeza de la unión matrimonial. 'La salvación de la persona y de la sociedad humana y cristiana está estrechamente ligada a la prosperidad de la comunidad conyugal y familiar (Vaticano II, Gs 47, 1).

Dios que ha creado el hombre por amor lo ha llamado también al amor, vocación fun-

damental e innata de todo ser humano. Porque el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios (Gn 1, 2) que es Amor (1Jn 4, 8, 8.16). Habiéndolos creado Dios hombre y mujer, el amor mutuo entre ellos se convierte en imagen del amor absoluto e indefectible con que Dios ama al hombre. Este amor es bueno, a los ojos del Creador (Gn 1, 31), y este amor que Dios bendice es destinado a ser fecundo y a realizarse en la obra común del cuidado de la creación. 'Y les bendijo Dios y les dijo: sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra y sometedla" (Gn 1, 28).

3. Ética del cuerpo-familiar vs autoafirmación individual

Aunque matrimonio y familia constituyan una *communio personarum* no por ello son equiparables los derechos individuales de la persona y los derechos de la persona-conyugal-familiar, y la persona-social:

> Sin embargo, los derechos de la familia no son *simplemente la suma matemática* de los derechos de la persona considerados singularmente. La familia es comunidad de padres e hijos, a veces, comunidad de diversas generaciones. Por esto su subjetividad (intersubjetividad-familiar) que se constituye sobre la base del designio de Dios, fundamenta y exige derechos propios y específicos. La *Carta de los Derechos de la Familia*, partiendo de los mencionados principios morales, consolida la existencia de la institución familiar en el orden social y jurídico de la gran sociedad: la Nación, el Estado, y las comunidades internacionales (Juan Pablo II, Gratissimam sane, 17).

Asimismo, una adecuada teología del cuerpo ha de partir de la dimensión metafísica de la dualidad o polaridad creacional varón-mujer. Nadie es persona en genérico, se es persona femenina o persona masculina en la polaridad sexual original y originante. Desde el modelo hermenéutico de Jesús, al principio no era así, el hombre y la mujer no están solo el uno junto al otro:

> La Sagrada Escritura afirma que el hombre y la mujer fueron creados el uno para el otro: no es bueno que el hombre esté solo, la mujer, carne de su carne, su igual, la criatura más semejante al hombre mismo, le es dada por Dios como un auxilio, representando así a Dios que es nuestro auxilio (Sal 121, 2). Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer, y se hacen una sola carne" (Gn 2, 18-25). Que esto significa una unión indefectible de sus dos vidas, el Señor mismo lo muestra recordando que así *fue en el principio* el plan del Creador: de manera que ya no son dos sino una sola carne (Mt 19, 6) (Catecismo Iglesia Católica, 1603-1605).

La costumbre machista y patriarcalista había hecho del defecto virtud, había convertido el mal hábito socio-jurídico y cultural de subyugación de la mujer (Miriano, 2013) en un precepto divino. Pasaron del *modus interpretandi* al *modus essendi*y *modus agendi* divino humano inamovible. Pasaron del matrimonio sin corazón al matrimonio como tapadera de la desigualdad de género. La dureza de corazón reprochada por Jesús como algo inhumano niega que tal desventaja obedezca a una *lexnaturalis*. Ahora bien, una correcta antropología del cuerpo ha de partir del hecho de que "según la fe, este desorden que constatamos dolorosamente, no se origina en la naturaleza del hombre y la mujer, ni en la naturaleza de sus relaciones, sino en el pecado" (Catecismo Iglesia Católica, 1607). Este se manifiesta luego como discordia y espíritu de dominio, infidelidad, celos, conflictos, odios, ruptura de la comunión original con Dios y entre ellos, a la que se impone el dominio y el deseo posesivo, así como los agravios recíprocos (Gn 3, 16-19).

4. *Nostridad*-familiar, protocategoría ética

Nuestra realidad o identidad-familiar constituye en, y por sí misma, una realidad ética, tanto al nivel inmanente de las éticas laicas como de las trascendentes o éticas religiosas. El humanismo integrales patrimonio de todos. Al ser protocategoría éticatal realidad no admite ni el indiferentismo ético ni la neutralidad política. Hablar de familia hu-

mana es admitirla como realidad ética en sí misma, como fuente primordial de valores humanos y sociales ante la cual todo individualismo o repliegue sobre sí mismo aparece como alienación del ser humano; ya que "incluso cuando el hombre decide permanecer solo la familia continúa siendo, por así decirlo, su horizonte existencial como comunidad fundamental sobre la que se apoya toda la gama de sus relaciones sociales, desde las más inmediatas y cercanas hasta las más lejanas" (Juan Pablo II, Gratissimam sane 2).

La identidad-familiar lleva en sí la identidad-social, aunque en distinto grado, siempre como realidad ética, ampliación o plasmación de la gran familia humana. Como Cristo se ha unido o religado intrafamiliarmente con todo hombre, tal religación es el máximo compromiso ético, base del humanismo integral según los principios del bien común, subsidiariedad, justicia. No obstante, la teología del cuerpo que tiene su fuente solo en la revelación por la *imago Dei* y la encarnación ha de referirse ante todo al cuerpo-familiar como referente ético; esto es, a la persona en su polaridad hombre-mujer. No ha de temer la ética-doméstica ni la moral-familiar en cuanto referentes-referenciales partir como presupuesto del hecho que la dimensión esponsal precede la dimensión social. Se trata de una hermenéutica circular y de un proceso interpretativo entre la primera célula vital de la sociedad y su vocación y misión en el mundo cambiante:

> El Creador del mundo estableció la sociedad conyugal como origen y fundamento de la sociedad humana", la familia es, por ello, la "célula primera y vital de la sociedad". La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y estos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales, que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma. Así, la familia, en virtud de su naturaleza y vocación, lejos de encerrarse en sí misma, se abre a las demás familias y a la sociedad, asumiendo su función social (Juan Pablo II, Familiaris consortio, 42).

Una antropología adecuada ha de partir de estas dos dimensiones fundamentales de la identidad humana, nuestro ser-familiar y nuestro ser-social o ser comunional. Idiosincrasia que el Estado y la sociedad no crean sino que solo reconocen y promueven como sujeto social, reconociéndolo como sujeto de derechos y deberes:

> La familia, como comunidad de amor y vida, es una realidad social sólidamente arraigada y, a su manera, una *sociedad soberana*, aunque condicionada a varios aspectos. La afirmación de la soberanía de la institución-familia y la constatación de sus múltiples condicionamientos inducen a hablar de los *Derechos de la Familia*. A este respecto la Santa Sede publicó en 1983 la *Carta de los Derechos de la Familia*, que conserva aún hoy toda su actualidad. Los derechos de la familia están íntimamente relacionados con los derechos del hombre (Juan Pablo II, Gratissimam sane, 17).

5. Carácter interdisciplinar de los cuerpos-familiares

La familia es una realidad interdisciplinar en sí misma. En ella confluyen todas las ciencias desde la medicina y la bioética ala genética y la antropología cultural, la sociología, la política, la economía, la psicología, la educación. Así como es tarea hoy también del diálogo interreligioso. Partimos podemos sin tapujos del hecho revelado que hace ver el cristianismo como la religión familiar por antonomasia. La salvación misma parte de un hecho familiar: "Tanto amó Dios al mundo (a su familia) que le dio a su Hijo único" (Jn 3, 16).

El objeto o sujeto-interdisciplinar pide desde dentro el método-interdisciplinar. A la identidad familiar se sigue nuestra identidad-social. Desde Aristóteles la política parte del hecho antropológico del *ζοονπολίτικον* por lo que identidad, matrimonio, familia y sociedad han de ser abordados interdiscipli-

narmente, incluso cuando se enfoca desde la teología del cuerpo. La*imago Dei, imago Trinitatis* remite siempre a la encarnación del Hijo. El cristianismo siguió y sigue el mismo camino del hombre. Él entró en la historia de los hombres a través de una familia. "El Hijo de Dios por su encarnación, se ha unido, en cierto modo, con todo hombre, trabajó con manos de hombre, amó con corazón de hombre. Nacido de la virgen María, se hizo verdaderamente como uno de nosotros, en todo semejante a nosotros, excepto en el pecado" (Vaticano II, Gs 22).

Desde ese universalismo de la familia humana podemos abordar la identidad-familiar-social como nuevo *Weltethos*. Si Cristo manifiesta plenamente el hombre al mismo hombre, lo hace desde la familia en la que eligió nacer y crecer. Familia que es relación recíproca hombre-mujer, esposa-esposo, padre-madre. En la vida oculta de Nazaret crecía en estatura, en gracia y sabiduría delante de Dios y de los hombres; y, *en, por, con*y desde ahí universaliza el nuevo ἦθος global y universal familiar, fuente del humanismo integral:

> El misterio divino de la Encarnación del Verbo está, pues, en estrecha relación con la familia humana. No solo con una, la de Nazaret; sino de alguna manera, con cada familia, así como se ha unido en cierto modo con todo hombre (Enchiridion, 2001, 899).

Referencias

A.Vv. (1994). Ética universal y cristianismo. Madrid, XIII Congreso de Teología.

Abel, O. (2005). *Le mariage ce-tilencore un avenir?* Paris: Bayard.

Agustín. *De Civitate Dei*. XII, 20, 4.

Alain M. (2008). *L'avenir de l'humanité passe par la famille. Nouvelle Revue théologique*.130

ArendtH. (1958). *The Human Condition*. The University of Chicago. Gil, N. (2011). *La condiciónhumana*. (tr.) Barcelona: Planeta.

Arendt H. (2011). *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza.

Aristóteles. Ética a Nicómaco. VIII. 1116 a.

Aristóteles. *Política*. I, 2. 1253a 2-3.

Bauman, Z.(2011). *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Madrid: FCE.

Blánquez, A. (2012). *Diccionario Latín-Español*. Madrid: Gredos.

Bordeyne, Ph. (2010). Éthique du mariage. *La vocation sociale de l'amour*. Paris:DDB.

Buber, M. (2008). *Das Problem des Menschen*. ¿Qué es elhombre? México: FCE.

Buber, M.(1997). *Elementos de lo interhumano, en Diálogos y otros ensayos*. Barcelona: Riopiedras.

Burgess, E., & Locke, H. (1953). *The Family. From Institution to companionship*. New York: American Book Company, 3.

Cahilli, L. (1996) *Sex, Gender and Christian Ethics*. Cambridge: C.U.P.

Carta Encíclica *'Laudato si'* del Santo Padre Francisco. (2015). *Sobre el cuidado de la casa común*. Bogotá: Paulinas.

Casini, C. (1994).*Las políticas familiares en Europa, en La familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPS.

Cigoli, V. (2012). *El árbol de la descendencia. Clínica de los cuerpos familiares*. Barcelona: Herder.

Comisión Teológica Internacional. (2005). *A la 'reche rched'uneéthiqueuniverselle: Nouveaurenard sur la loinaturelle. En búsqueda de una ética universal: nueva perspectiva sobre la ley natural*. Madrid: BAC.

Concilio Vaticano II. (1996). *Dignitatishumanae*. Madrid: BAC.

Corral T. (2013) ¿Del derecho de familia a un derecho de las familias? La falacia de un *multiformismo familiar, en III Encuentro Red de Institutos Latinoamericanos de Familia. Congreso de Investigación Científica*. Chile: Universidad de los Andes.

Cortázar, B. (2010). *La filiación y estructura personal, en Metafísica de la familia*. Cruz C., J.ed.). Navarra: Eunsa.

Courtine-Denamy, S.(2003). *Tres mujeres en tiempos sombríos. Edith Stein, Hannah Arendt, Simone Weil o amor fati, amor mundi*. Madrid: Edaf.

Del campo, S. (1994). *Familia y culturas, en Familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPSA.

El Mapa Mundial de la Familia. (2013). *"Los cambios en la familia y su impacto en el bienestar de la niñez"*. Recuperado de*http: //www.uandes.cl/instituto-ciencias-de-la-familia/WFM-reportes-anuales.html*.

Enchiridion de la Familia. (2000). *Documentos magisteriales y pastorales sobre la familia y la vida (1965-1999)*. Madrid: Palabra.

Feuerbach, L. (1998).*Das Wesen des Christentums.La esencia del cristianismo*. Madrid: Trotta.

Feuerbach, L. (1982). *Grundsätze der Philosophie der Zukunft*. G. W. IX. Berlín, Akademie. *Principios de la filosofía de futuro*. Barcelona: Labor.

Feuerbach, L. *Zusätze und Anmerkungen, en Säntliche Werke*. VIII (1960) 392.

Fisas, V. (1994). *El desafío de las Naciones Unidas ante el mundo en crisis*. Zaragoza.

Fromm, E. (2008). *El arte de amar: una investigación sobre la naturaleza del amor*. Barcelona: Paidós.

Godbout, J. (1992). *L'esprit du don*. Paris: La Découvert.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.

Habermas, J. (2006). *Acción comunicativa y razón sin trascedencia*, en *Entre naturalismo y religión. Zwischen Naturalismusund Religion*. (2005). Frankfurt, Suhrkamp.Barcelona: Paidós.

Haya, S. (2009). ¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia. Madrid: CEU.

Hirschberger, J. (2011). *Historia de la filosofía III. Filosofía del siglo XX*. Barcelona: Herder.

Horkheimer, M., & Adorno, Th. (1994). *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta.

Houve, C.(2013). En *III Encuentro Red de Institutos Latinoamericanos de Familia. Congreso de Investigación Científica*. Chile: Universidad de los Andes.

Jiménez, J.(1979). *Puebla y los derechos humanos, en Medellín* 5 (pp. 508-512).

Juan Pablo II. 1994. *Alocución* 17-IV. Roma, L'Osservatore Romano.

Juan Pablo II. (2000). *Carta a las familias. Gratissimam sane. Con ocasión del año de la familia (2, II, 1994). Enchiridion de la Familia. Documentos magisteriales y pastorales sobre la familia y la vida 1965-1999*.Madrid: Palabra.

Juan Pablo II. *(22, XI, 1981). Familiaris consortio. La misión de la familia cristiana en el mundo*. Madrid: Palabra.

Kant, E. (1913). *Prolegomini ad ogni metafísica futura*. Torino: Martinetti.

Kant, I. (1995). Werke IV. Weischedel. *La religión dentro de los límites de la razón pura*. Madrid.

Küng, H. (1992). No hay paz sin paz religiosa. *Revista de Occidente* 136, pp. 5-26

Küng, H. (1992). *Proyecto de una ética mundial*. Madrid.

Küng, Hans. (1994). La paz universal, las religiones universales, el ethos universal. *Concilium* 253, pp. 561-576.

Lacroix, X. (1993). *Hommeet femme. L'insaisissable différence*. Paris: Cerf.

Lacroix, X. (2000). *L'avenir, c'estl'autre. DixConférences sur l'amour et la famille*. Paris: Cerf.

Lacroix, X. (2005). *La confusión des geniers: répenses à certaines demandes homosexuelles sur le marriage et l'adoption*. Paris: Bayard.

Lévi-Strauss, C.(1956).*The Family, en* L. Saphiro (ed.). *Man, Culture and Society*. New York Oxford: Universitypress.

Lévi-Strauss, C.(2002). *Las clasificaciones de los tipos de sistemas en las estructuras elementales del* parentesco de C. Lévi-Strauss. Salavarrieta, P. Madrid: UAM.

López Azpitarte, E. (1993). *Cristianismo y familias no matrimoniales, en Políticas de la familia. Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

López Moratalla, N. Comunicación materno-filial en el embarazo. *Cuadernos de Bioética* XX (2009), pp. 303-335, 305.

Lucas Lucas, R. (2010). *Horizonte vertical. Sentido y significado de la persona humana*. Madrid: BAC.

Marqués de Sade. (1987). *Juliette*. Barcelona: Musa.

Marx, K. (1965). *Escritos de juventud*. Caracas (s.e.).

Miriano, C. (2013).*Cásate y sé sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo*. Granada: Nuevo Inicio

Parlamento Global de las Religiones.(1993).*A Global Ethic*. Parlament Of The World's Religions. Chicago.

Polo, L. (1991). *La coexistencia del hombre, en Inmanencia y trascendencia*. Navarra, Actas de las XXV Reuniones Filosóficas I.

Pontificio Consejo para la Familia. (2001). *Los derechos de la familia en los umbrales del tercer milenio*.Varese, 10-III-1993. *Enchiridion*. Madrid: Palabra.

Rault, W.(2009). *L'invention du PACS: pratiques et'symboliques d'une nouvelle forme d'union*. Paris: Bayard.

Schockenhoff, Eberhard, en Augustin, G. (ed.) (2014). *El matrimonio y la familia*. Santander: Sal Terrae.

Torud Aravena, M.(2013). *Mapa Mundial de la Familia. Estructura familiar, procesos familiares y cultura familiar, en III Encuentro Red de Institutos Latinoamericanos de Familia. Congreso de Investigación Científica*. Chile: Universidad de los Andes.

Vattimo, G. (1996). *Creer que se cree*. Barcelona: Paidós.

Vattimo, G. (1990). *Filosofía al presente*. Milano Garzanti.

Warnock, M. (2004). *Fabricando bebés: ¿Existe un derecho a tener hijos?* Barcelona: Gedisa,

Wojtyla, K. (2012). *Amor y responsabilidad*. Madrid: Palabra.

Zubiri, X. (1986). *Sobre el hombre*. Madrid: Alianza.

Identidad, familia y sociedad (II)

Ética doméstica y moral de los cuerpos-familiares, paradigma de la biofamilia y *Weltethos*

Alpidio de Jesús Jaramillo Henao

Resumen: Como Jonas y Arendt pensamos, sea la natalidad el origen del principio de responsabilidad, entendida siempre como responsabilidad-familiar-social. Desde ahí se postulan matrimonio y familia como primer Bien común de la humanidad y como primer capital humano. Toda reivindicación individual de los derechos humanos debe obedecer a la reivindicación familiar de los mismos. La familia es la sociedad primordial del Estado y, por ello, soberana. Precede a la comunidad política. En la categoría cuerpos-familiares englobamos el carácter ético y la misión social inherente a todas las formas de vida afectiva estables y públicas. Desde la identidad filial-familiar de todo ser humano en el entorno ontológico y ético postulamos la identidad-familiar como *Weltethos*, como paradigma; principio y fundamento de la nostridad-ético-familiar y de la nostridad-socio-política. La ética cara al futuro ha de ser ética genealógica, biofamiliar; la propia del *Lebenswelt*, nuestro referente-referencial. Lo universal ético radica en nuestra comunión de origen y comunión de destino.

Palabras clave: principio de responsabilidad, cuerpos-familiares, nostridad-ética, comunión de origen, comunión de destino.

Identity, Family and Society (II). Domestic and moral ethics of family bodies, paradigm of global ethics

Abstract: As Jonas and Arendt thought, the birth is the origin of the principle of responsibility, always understood as a family and social responsibility. From there, marriage and family are proposed as the first common good of humanity and the first human capital. Every individual claim of Human Rights must obey the claim of the family self. The family is the primary society of the State; and therefore it is sovereign. Then, the family precedes the political community. In the family-bodies category we include the ethical character and its social mission inherent to all forms of stable and public emotional life. Starting from the filial-family identity of every human being at ontological and ethical level, we postulate the family identity as Weltethos, as a paradigm, principle and foundation of the whole family nostrity, it is ethical and socio-political-nostrity. Looking ahead, ethics must be a genealogical ethics, biofamiliar; the appropriate to a Lebenswelt, our referential. The universal ethics lies in our communion of origin and destination communion.

Key words: principle of accountability, -family- bodies, nostrity-ethics, communion of origin, and in our destination communion.

* El presente ensayo es a su vez *Proyecto de Investigación* del Instituto Matrimonio y Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, miembro de *REDIFAM* (Red de Institutos Universitarios Latinoamericanos de Familia) abierto a la colaboración y aporte de estudiosos e investigadores especializados en alguno de los aspectos o dimensiones del mismo. Asimismo es factible de intercambio interfacultativo en áreas de Ciencias de la Familia. Coor. Alpidio de Jesús Jaramillo Henao (colombo/italiano), PhD, PhTh, Mag.Ph, Mag.Th, Doctorando Bioética Università Europea di Roma, Profesor de Ética social y Cristología. E-mail: alpidio.jaramillo@upb.edu.co; hejaralp@gmail.com.

Nuevo Derecho, Vol. 11, No. 17, julio-diciembre de 2015, pp. 43-63 - ISSN: 2011-4540. Envigado –Colombia

Identidade, Família E Sociedade

Resumo: Como pensouJonas e Arendt, o nascimento é a origem do princípio da responsabilidade, sempre entendida responsabilidade-familiar-social. De lá, o casamento e a família como o primeirobemcomum da humanidade e capital humano como o primeiro postulado. Cada pedido individual de Direitos Humanos deve obedecer o pedido da mesmafamília. A família é a sociedade principal do Estado; e, portanto, soberana. Precede a comunidade política. Nacategoria do corpo para a família que incluem a missão ética e social inerente a todas as formas de vida emocional, estável e público. Desde a identidade filial-familiar de cada ser humano para postulado ontológico e ético a nívelidentidade -familiar como Weltethos como paradigma; princípio e fundamento da famílianós-ético e sócio-político-nós. Olhando para o futuro ética deve ser ética genealógicas, biofamiliar; a própria do *Lebenswelt*, nossareferência-referencial. Ética universal reside nanossacomunhão de origem e de comunhão de destino.

Palavras-chave:princípio da responsabilidade, corpos-familiares, nós-ética, comunhão de origem, a comunhão de destino.

I. Matrimonio y familia, primer bien común y capital humano de la sociedad

1. Principio ético de responsabilidad-familiar-social y sus contradicciones

Partimos como Arendt y Jonas de la convicción que sea la natalidad el verdadero principio de la *acción política* y *Das Prinzip Veranwortung* (*principio de responsabilidad*). "La pluralidad (el mandato de multiplicarse de Gén 1, 27) es la condición de la actividad humana debido a que todos somos lo mismo, es decir, humanos, y por tanto nadie es igual a cualquier otro que haya vivido, viva o vivirá" (Arendt, 2011, 36):

> De las tres, la acción mantiene la más estrecha relación con la condición humana de la natalidad; el nuevo comienzo inherente al nacimiento se deja sentir en el mundo sólo porque el recién llegado posee la capacidad de empezar algo nuevo, es decir, de actuar. En este sentido de iniciativa, un elemento de acción, y por tanto de natalidad, es inherente a todas las actividades humanas. Más aún, ya que la acción es la actividad política por excelencia, la natalidad, y no la mortalidad, puede ser la categoría central del pensamiento político, diferenciado del metafísico (Arendt, 2011, 36).

En última instancia se pregunta Jonas: ¿por qué debemos ser responsables? Porque todos los días nacen seres humanos en el mundo (Jonas, 2008, 215-220). No se trata de un principio que se pueda dar por descontado, es más bien la tarea más ardua y el desafío hodierno más empeñativo. Lo que parecía un dato adquirido, o al menos se daba por descontado, que la familia nuclear tradicional, la familia en cuanto grupo de progenitores y descendientes; la que está en los orígenes y el alba de la aparición del hombre en este planeta[1], no siempre es tratada de este modo en los organismos internacionales2 o en las legislaciones nacionales que se ocupan de ella. La Conferencia del Cairo[3] supuso en parte la emancipación de la fa-

1 Así para (Burgess, E., & Locke, H. (1953[2]) en su obra The Family. *From Institution to companionship*. No muy distante de la tesis tradicional de (Saphiro, 1956, 142-170) siguiendo a Strauss cuyo eje central es que "para la humanidad entera el requisito principal para la creación de una familia es la existencia previa de otras dos, una que proporciona un hombre y otra que ofrece una mujer, uniéndose ambos a través del matrimonio y continuando este proceso de modo indefinido".

2 Con una visión bastante negativa o amenazante ve las intervenciones de la ONU y sus distintos organismos en clave de familia la obra de (Schooyans, M. 2006, 9) sobre el tema de la familia, en los foros internacionales y familia y globalización.

3 El punto de mira no es ingenuo y puede crear no pocas o insignificantes diatribas. La *Conferencia sobre la población y el desarrollo* de El Cairo (5-13-IX-1994), después de la primera de la de la ONU de Bucarest (1974) y de la de México (1984) privilegió el criterio individualista y de la *privacy* como el único valor a conseguir. Como coronación del final de la era del *baby boom*, y la bienvenida a la era contraceptiva. Los datos alarmantes del estudio de la Sra. Nafis Sadik. Presidenta de la Comisión UNFPA de la ONU. *Control del crecimiento demográfico y salud son inseparables, en Forum Mundial de la Sanidad 3* (1991). Vol. XII. 316, con el que se abriría un vasto programa de planning family dirigido e impuesto sobre todo al tercer mundo.

milia tradicional y la sanción jurídico-social de los modelos postnucleares4. Formas que piden del legislador registros *ad hoc* para los modelos alternativos. Los derechos sexuales y los derechos reproductivos, la educación sexual reducida al sexo seguro manifiestan hoy que matrimonio e hijos no se implican, o no se vinculan al menos de manera necesaria ni aconsejable, plasmando la ruptura del mito tradicional matrimonio y familia con todo lo que esta *bendita conjunción (y)* ha significado en la historia de la raza humana. El amor debe hacer sus cuentas con los nuevos modelos culturales como el propuesto por las investigadoras mexicanas María Antonieta Barragán Lomelí y Mónica León, autoras del libro *Hijos sí, marido no, una nueva alternativa familiar.* La Conferencia de El Cairo bajo la pretensión de los derechos reproductivos de la mujer acabó justificando su manipulación. La promoción de la mujer, la educación, el trabajo extradoméstico se acompañó de la inseguridad en el matrimonio, de las uniones con tiempo de caducidad. Las estadísticas muestran índices jamás alcanzados de la baja de natalidad.

El éxito del alarmismo poblacional, *The-PopulationBomb* de Ehrlich, de la Stanford University, y su esposa Anne (1968) resucitan el miedo malthusiano. Steven Nock ha hecho notar la separación que se produce en nuestros días entre la paternidad y la maternidad, el sexo, la gestación y la genética advirtiendo que ahora se hace más hincapié en los medios y en el proceso de las relaciones sexuales que en sus consecuencias (Nock, 1990, 114). La falacia de esta reivindicación de los derechos de la mujer, vista individualmente o monádicamente como la superación kantiana de la minoría de edad, no es sin más parangonable con la conquista de los derechos del niño. La reivindicación de los derechos de la mujer iluminará otra perpetua minoría de edad, la de los niños considerados como propiedad, sin derechos. La concepción de matrimonio y familia como núcleo heterosexual y monógamo sería un producto cultural en continuo cambio y adaptación como los distintos roles masculino y femenino en su interior. En tal versatilidad se adivina la eliminación de la familia nuclear como último avatar. El multiformismo familiar trae a la par el multiformismo jurídico. Ante la reivindicación de los nuevos derechos humanos y la creación del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998) se abre el conflicto entre la ética individual y la familiar, entre la familiar y la estatal; entre la estatal y la supraestatal, como lo está siendo la misma ONU. La Cumbre de la Infancia (2002) con sus derechos y prerrogativas pone en cuestión el derecho de los padres a ser los primeros educadores de sus hijos, también en materia de salud sexual y reproductiva.

La Convención de los Derechos del Niño (2-IX-1990) prevé en el Art. 3, 1: "en todos los medios concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atendrá será el interés superior del niño". Para Domínguez, la introducción de este principio puede ser considerada una gran innovación en cuanto se ha sostenido en materia hasta ahora. Responde a una nueva mirada de la situación del niño: el abandono de la doctrina de la protección integral del menor y su sustitución de la doctrina del niño como sujeto de derechos. La evolución de este principio ha sido tal que, de hecho hoy es considerado como uno de los principios fundamentales del derecho inter-

4 En la interpretación de Engels "la lucha de clases por excelencia es aquella que pone al hombre y a la mujer en el ámbito del matrimonio y la familia. La primera liberación que la mujer debe requerir es la liberación del marido en el ambiente de la vida monógama" (Schooyans, 2006, 17).

nacional y ha sido reconocido por la mayor parte de los países del mundo al ser el documento internacional que mayor número de ratificaciones ha tenido (Domínguez, 2011, 539, 549). Con ello se da un auténtico giro filial, la legislación ya no es vista unidireccionalmente desde la paternidad o maternidad sino desde el *principio hijídico*; incluso a que sea oído en casos de separación o divorcio. El principio y las reivindicaciones de Wollstonecraft para que todos sean tratados como seres racionales son mucho más radicales que los del mismo Kant. Ella apostó por su reivindicación en contextos filosóficos, jurídicos-sociales y educacionales. Pretendida igualdad que Kant en su reino de los fines no supo compaginar con su antropología misógina. Es especialmente en la educación donde se transmite el ciclo de la vida ya que una generación engendra la otra. Ella reivindicó la necesidad de que los internados educacionales fuesen mixtos, combinando períodos escolares y períodos en el hogar, buscando la formación efectiva y afectiva de los discípulos, fortaleciendo a la vez los lazos familiares. No ocultándose que la educación es la primera cosa a la que echan mano las estructuras de poder para mantener el *establishment* iniciando por la institución familiar.

2. Conflicto con las diversas políticas familiares y la cosa pública

En esta simbiosis orgánica e institucional (identidad-familiar-social) el mismo sistema estatal debe responder a su identidad propia de comunidad política, jurídicamente ordenada al bien común:

> Ciertamente, la familia y la sociedad tienen una función complementaria en la defensa y en la promoción del bien de todos los hombres y de cada hombre. Pero la sociedad y más especialmente el Estado deben reconocer que la familia es una sociedad que goza de un derecho propio y *primordial*, y por tanto en sus relaciones con la familia están gravemente obligados a atenerse al principio de subsidiariedad (Familiaris consortio, 1981, 619).

En efecto, la familia es una realidad social que no dispone de todos los medios necesarios para realizar sus propios fines en especial respecto a la educación, seguridad social, sanitaria y educativa. No por ello debe estar sujeta a una excesiva intervención por parte del Estado que resultaría perjudicial y dañina a su propia identidad y misión:

> Conviene hacer realmente todos los esfuerzos posibles para que la familia sea reconocida como *sociedad primordial* y, en cierto modo, *soberana*. Su soberanía es indispensable para el bien de la sociedad. Una nación verdaderamente soberana y espiritualmente fuerte está formada siempre por familias fuertes, conscientes de su vocación y misión en la historia. La familia está en el centro de todos estos problemas y cometidos: relegarla a un papel subalterno y secundario, excluyéndola del lugar que le compete en la sociedad, significa causar un grave daño al auténtico crecimiento de todo el cuerpo social (Gratissimam sane, 1993, 17).

3. Cuerpos-familiares y capital humano

El *Weltethos* del matrimonio y la familia es criterio universal por ser la institución más universal y estable, como punto de llegada y de partida de cualquier reforma cultural y política. Constituye en, y por sí misma, el primer bien común de la humanidad, un bien no negociable:

> Las autoridades públicas, convencidas de que el bien de la familia constituye un valor indispensable e irrenunciable de la comunidad civil, deben hacer cuanto puedan para asegurar a las familias todas aquellas ayudas, económicas, sociales, educativas, políticas, culturales que necesitan para afrontar de modo humano todas sus responsabilidades (Enchiridion, 2001, 620).

En el marco de la celebración del Año de la Familia expertos internacionales se reunieron en la Universidad Gregoriana (marzo 1996), entre ellos el premio nobel Gory Becker bajo el lema "la familia y la economía en el futuro de la sociedad". Parten del acierto de cada persona en su potencial creativo como auténtica riqueza de las naciones. Afirman que en las naciones el 80% de su

capital lo constituye su capital humano. El capital humano es una sólida vida familiar. A través del compromiso matrimonial, o sea, engendrando, cuidando y educando a los hijos, la familia produce el capital humano y, al mismo tiempo, es la primera en invertir en él:

> La familia transmite valores y virtudes, creando capital humano en el verdadero sentido de la palabra: hombres y mujeres deseosos de entregarse, de comprometerse, de confiar en los demás y colaborar con ellos. Sin esta base ética social no puede desarrollarse ni sostenerse una sólida economía5.

En una adecuada interacción, es la economía la que debe estar al servicio de la familia y no al revés. La familia es fin en sí misma y no medio para nada. Desde esta base ética se han de juzgar, o al menos ser instancia crítica respecto a los poderes estatales y políticos, especialmente cuando estos anulan el correcto desarrollo de la misma. Tal es el caso de la carencia de una correcta política familiar que lleva a muchas parejas jóvenes a postergar el matrimonio o nacimiento de los hijos. Carencia que obliga a la inmigración y descomposición familiar. Asimismo, las falsas políticas de control demográfico que esconden un neomalthusianismo anacrónico como las Conferencias de las Naciones Unidas de El Cairo y de Pekín. Piénsese además en el neoliberalismo promotor no ya de un *Welfarestate* sino de un *Welfaresociety*.

II. Nostridad-ética-familiar y nostridad-sociopolítica

1. ¿Matrimonio posible?

Que el matrimonio y familia sean instituciones en crisis es un hecho empírico y estadístico, pero negarlas como instituciones permanentes sería abocar nuestro ser filial a la orfandad continua. A una concepción débil de hijo y de los cuerpos-familiares corresponde una concepción débil del amor y de la sociedad; tal como apuntó Bauman en su obra *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos* (Bauman, 2011). Sonaría a tautológico decir que la justificación del objeto de investigación, los cuerpos-familiares, conlleve en sí mismo su propia *problematicidad*. Una intersubjetividad-familiar que se debate entre la individualidad autorreferencial y el colectivismo; entre el relativismo o indiferentismo y el intervencionismo o injerencia del Estado y de los demás organismos internacionales. Desde la perspectiva biofamiliar, los cuerpos-familiares son la protocategoría ética relacional, base de la dimensión mundial de la convivencia social, base de la comunidad mundial, la familia universal propia de la época de la mundialización de la existencia humana. Los cuerpos-familiares están en una relación de interdependencia. Ya nada en la aldea global nos es demasiado grande ni nada de lo que ocurre en el lugar más remoto nos es demasiado ajeno. Mientras las macroestructuras económicas y tecnológicas avanzan a paso de gigante, la familia parece replegarse sobre sí misma. La comunidad mundial exige desde dentro una *Weltethos*, una ética mundial.

Tanto en el modelo hegeliano como en el marxista, matrimonio y familia constituyen una imposibilidad para el individuo estatal o universal, constituyendo en sí mismas anomalías del Estado burgués. En Hegel la libertad ética es la del Estado. F. Rosenzweig señala que la familia es para Hegel:

5 *Ibid.* 2727. Cfr. Becker, Gary S. *A Treatrise on the Family*. Harvard Univ. Press. (1993). *Ibid. Human Capital and Poverty, en Familiaet Vita*. 2 (1996) 19-25.Según este económetra "el 80% de una nación desarrollada está constituida por este capital humano, mientras que el capital físico representa apenas el 20% (…) La contribución de la madre representa por lo menos el 30% del producto interno bruto (PBI) de una nación. Esto significa que también es imprescindible para el Estado favorecer la familia y preservarla" (Schooyans, M. 2006, 25).

> Una formación extra-estatal. Ella, como organización, no es un miembro del organismo estatal, pues su relación con el Estado se agota en ser el ámbito en que se prepara el espíritu de los individuos, presupuesto del Estado. Si antes de Hegel la casa era una parte del complejo estatal, para él lo es sólo el hombre crecido en la casa. Por esto Hegel puede, considerando la familia como un mundo existente, no renunciar al sentimiento, al *amor*. La posición de la familia en el sistema resulta del hecho de que ésta, basada en el sentimiento, puede convertirse en un vivero del modo de sentir del que nace el sentimiento ético (Rosenzweig, 1962, 113, 114).

III. Parte aplicativa del paradigma ético de los cuerpos-familiares

1. Cambio entre subjetividad-objetividad por subjetividad-intersubjetividad

Fue el mismo Jonas quien notó por una parte que en la antigüedad metafísica y ética estaban unidas, y por otra que a Occidente la suerte le corría en la división o escisión entre subjetividad-objetividad. Ruptura que en parte intentamos paliar desde nuestro paradigma ético. Venimos intercambiando nuestro tema nuclear identidad, familia y sociedad por el de cuerpos-familiares como englobante de las distintas formas de familia y conyugalidad para diferenciarla de la ética individual, o ética de primera persona. La parte aplicativa o plataforma investigativa no resulta más simple que su propio planteamiento teórico, un ejemplo modesto por su inmediatez nos vendría del planteamiento radical: ¿es lo mismo hablar de los derechos del hombre que de los derechos de la familia; o de los derechos del ciudadano que de los derechos del ser-familiar-social? Otra no menos crucial, ¿es lo mismo hablar de los derechos reproductivos de la mujer, que de los derechos del matrimonio? Así mismo, de los derechos del refugiado, del preso, del enfermo terminal que de los derechos familiares de los mismos. Otro gran planteamiento es el de Hans Jonas respecto a la ética de futuro. Ante el imperativo: que siga siendo la humanidad se debe subentender el segundo: que siga siendo bien. En óptica familiar tal imperativo estaba ya contenido en el Deuteronomio 30, 15 como imperativo vital-existencial:

> Al cielo y a la tierra pongo hoy como testigos contra vosotros de que he puesto ante ti la vida y la muerte, la bendición y la maldición. Escoge, pues, la vida para que vivas, tú y tu descendencia, amando al Señor tu Dios, escuchando su voz y allegándote a Él; porque eso es tu vida y la largura de tus días, para que habites en la tierra que el Señor juró dar a tus padres Abraham, Isaac y Jacob (Dt 30, 19 ss).

Demasiados y cualificados testigos para un hecho que todos por egoísmo personal e individualista sabemos hacer, elegir, al menos para nosotros mismos la vida y la felicidad, sino fuese justamente porque se trata de una opción que abarca pasado, presente y futuro. Eco del debate hodierno entre éticas de presente y éticas de futuro. En nuestra opción doméstica entran aquellas generaciones que nos precedieron, nuestras generaciones pasadas, aquellos por quienes somos; así la elección es elegir ser fruto del don inmerecido en el *hic et nunc*; elegir el don. Elegir agradecidamente como don inmerecido la vida de los que nos han traído sobre sus espaldas y nos han portado en su corazón. Elegir éticamente un hecho que no permite elección, lo que parece ser la irremediable cadena de las generaciones humanas; porque elegir genealógicamente es elegir moralmente nuestro pasado involuntario. Elijo haber sido amado; elijo vivir sí, pero no por mí mismo. Elegir la vida es elegir a quienes sin saberlo me eligieron; como tampoco ellos saben que les estoy eligiendo. Elegir la vida es elegir todas las generaciones por las cuales esta ha sido posible, elijo ser mi posibilidad de ser, elijo la existencia de todos aquellos que nos han traído hasta aquí.

No se trata de entrar en el museo de la memoria sino de inserirme voluntaria y vitalmente en esa historia generacional, religar-

me a la cadena humana de la *cultura del amor* dado que no soy un eslabón necesario en la cadena de ADN generacional. En esta elección no se trata de estar presente como *carpe diem* propia del que vive la vida como fugacidad continua, "el pasado ya no es, el futuro no es todavía y el presente se me fue mientras hablé". El imperativo divino: elige la vida para que vivas tú y los hijos de tus hijos es una elección genealógica, aquella que solo es propia de la memoria cordial (*viacordis*). Aquel, hoy pongo es un *respicefinem*, yo soy finalidad vital total pero no fin de la vida que en su fluir continuo es perpetuidad. Hoy elijo no tanto estar presente cuanto serpresencializado como una especie de exorcismo perpetuo al olvido; el amor nunca pasará. Elegir es elegirme y elegirlos a todos en la memoria religada. ¿Cómo puede la ética de presente ser a su vez ética de pasado y ética de futuro? En ello estriba el carácter moral intrínseco de la vía genealógica. Así, en el imperativo *que siga siendo la humanidad* me presencializo como don-donador, como en continuo *debitumhumanitatis*. En la cadena familiar humana todos somos deudores: "ninguno de nosotros vive para sí mismo, ninguno de nosotros muere para sí mismo", la presencialización es coexistencia-familiar como recirculación del don. Lo que importa en este imperativo vital es evitar todo aquello que impida el ciclo vital con todo lo que lo que nos rodea y con la vida de los seres amados por lo que recordar es vivir; y vivir, revivir. Existir es pues *co-existir* y vivir, *cum-vivere*:

> Mas el séptimo día es día de reposo para el Señor tu Dios; no harás *en él* ningún trabajo, tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu sierva, ni tu buey, ni tu asno, ni ninguno de tus animales, ni el forastero que está contigo, para que tu siervo y tu sierva también descansen como tú. "Y acuérdate que fuiste esclavo en la tierra de Egipto, y que el Señor tu Dios te sacó de allí con mano fuerte y brazo extendido; por lo tanto, el Señor tu Dios te ha ordenado que guardes el día de reposo". "Honra a tu padre y a tu madre, como el Señor tu Dios te ha mandado, para que tus días sean prolongados y te vaya bien en la tierra que el Señor tu Dios te da (Éx 20, 9-11).

En esta visión vital familiar el pensar fragmentado rompe su imperio, la ética-doméstica es un único *humus vital* que nutre y late en el pasado, presente y futuro como si de un único ser vivo se tratara. Si fuiste esclavo no esclavices ni te esclavices, no trates los seres vivos como cosas; aunque no pertenezcan al *reino de los fines* por no constituir fines absolutos en sí mismos no los uses sólo como medios o cosas para tu uso y desuso. El *Sabbat*, día de reposo es día de la memoria, de la conmemoración; con ello el descanso familiar justo por ser eso, familiar, es una dimensión ético-doméstica; todo bajo el único imperativo vital, para que vivas tú y tu descendencia(ética de presente, ética de futuro, ética de pasado), plasmación de la ética genealógica. Para Jonas ya sería tanto si nuestro horizonte ético asumiese en su totalidad el presente, hacerse cargo de nuestra inmediatez responsablemente, no obstante la ética que él busca es una ética cara al futuro, la propia de la era tecnológica que se haga cargo de las generaciones venideras, de la continuidad de la vida sobre la tierra. Para él, la vida inmediata por sernos inmediata es fácil de asumir porque toca nuestra piel. La ética de futuro, la de las generaciones futuras no es tan autoevidente a no ser por ese imperativo vital que paternal y familiarmente nos ha religado a todos las generaciones sin las cuales nuestra integridad como identidad-familiar-social nunca sería completa: "para que sea feliz tú y los hijos de tus hijos".

Con ello, volvemos al carácter epistemológico propio del paradigma del cuerpo-familiar, dicho sea, la interdisciplinariedad. Tratándose de una realidad holística y polisémica cada ciencia aborda una dimensión del mismo misterio que nos envuelve a todos (no todos somos padres o esposos pero todos somos hijos); por lo cual, la mis-

ma hermenéutica ha de tener un carácter autoimplicativo. No sin auspiciar que se haga de un modo oferente ya que lo que somos, lo somos como don inmerecido. La ética de futuro auspiciada por Jonas no es menos apremiante que la ética de presente. En *das Prinzip Veranwortung* se trata de la no reciprocidad en la ética orientada al futuro que las éticas clásicas no cumplen. Si la exigencia de ser comienza con el ser, con lo que ya es "sólo tiene exigencia aquello que plantea exigencia" (Jonas, 2008, 82). La ética que él busca se basa en lo que todavía no es, por lo que su principio de responsabilidad deberá ser independiente ya sea de la idea de derecho como de su correlato de reciprocidad. ¿Entraría ahí a pleno derecho el deber para con los descendientes? Se trata siempre de la responsabilidad y el deber para con los hijos que hemos engendrado y que perecerían sin los cuidados que a continuación precisan. Se trataría pues del deber elemental que goza de la prerrogativa de connaturalidad y espontaneidad por su incondicionalidad:

> Es éste el único comportamiento totalmente altruista procurado por la *naturaleza*; de hecho el origen de la idea de responsabilidad no es la relación entre adultos autónomos (la cual es idea de los derechos y deberes recíprocos) sino esta relación consustancial al hecho biológico de la procreación, con la prole necesitada de protección (Jonas, 2008, 83).

2. Derechos subjetivos, derechos intersubjetivos

La consciencia del don pone una jerarquía connatural no autárquica de objetivos en toda explanación de nuestro sujeto (intersubjetividad) de investigación, ya que matrimonio, identidad y familia nunca son un asunto ya despachado. Son el eterno rebelde indómito y el eterno inconforme. Del matrimonio, de nuestra filiación, de nuestra familia: *nunquam satis*. Con ello, el objetivo principal por orden de urgencias es rescatar la postulación del nosotros como sujeto de la convivencia; la *nostridad-ética* del sujeto-familiar. ¿Sería distinto hablar, por ejemplo, del estatuto antropológico del embrión humano, que hablar del estatuto familiar del mismo? Creemos que sí; asimismo, ¿sería igual hablar de los derechos reproductivos, incluso de los derechos inalienables del hombre que de los derechos de la familia? Lo mismo acaecerá en campos como la relación médico-paciente6, el consejo genético, el testamento biológico, fecundación artificial homóloga o heteróloga, donación de órganos o de gametos, de semen u óvulos; hasta los aspectos aparentemente más externos como la sanidad y trabajo, maternidad y trabajo, políticas educativas, las farmacodependencias o toxicodependencias, ensañamiento terapéutico, eutanasia. La conno-

6 Aunque este sea nuestro principal escollo partimos de la intuición del pre-saber que no está en la línea de los *no-conceptos* (*Unbegriffe*) de Heidegger. Subjetividad, *communiopersonarum,* lo propio de los cuerpos-familiares es que son conceptos fundamentales para la distinción sujeto-objeto. Si se hablara de una verdadera alianza terapéutica pertenecen ya pasarían al campo del saber, de la ciencia, de la sistematización bioética, de ética de la familia y de saber filosófico. *Primumvivere*, la vida es lo inmediato, la reflexión ética es lo *a posteriori*, su justificación de valor en sí misma y por sí misma. Aquello que la saca de la ambivalencia de lo convencional, de la mera *δόξα* si se quiere en el sentido que le dio Parménides, para distinguir la vía de la verdad de la vía de la opinión (*δόξα). Cuando la vida no se impone a sí misma en su inmediatez como verdad (ἀλήθεια), comienza su camino de agonía en el* opinionismo in boga. La vida como el amor esponsal y familiar son un proceso holístico, un valor polisémico, en cualquier etapa de su ser y desarrollo es válida. Los cuerpos-familiares dicen que ser hijo en un valor en sí mismo y de un modo inmediato, es *επιφάνεια*. Si el punto de partida de Ramsey era *thepatients as person,* el nuestro será:*the son as patients*, porque con anterioridad a cualquier valoración, es un ser-familiar.

tación ético-jurídica es inmediata. No es lo mismo hablar de los derechos de la persona que hablar de los derechos de la familia. En efecto "la marginación a la que el pensamiento ilustrado revolucionario somete la paternidad-filiación, por eso, consecuencias de enorme relevancia para la posteridad. El ser humano es concebido como individuo, y la individualidad se convierte en la categoría central de todos los sistemas sociales" (Alvira, 2011, 11). El yo puro, el sí mismo[7], el yo profundo será siempre su ser y estar orientado al otro porque tal orientación no es accidental ni fortuita[8], es previa al modo de ejercerla libre y voluntariamente.

El Estado, y por él la humanidad, se concibe en la antropología global como una familia de familias. Los problemas o logros sociales son siempre y en primer lugar problemas o logros de su primera célula fundamental y constitutiva, la familia. Antes de definir qué sea el cuerpo-familiar cabe no soslayar los horizontes éticos desde los cuales ha sido abordado. El igualitarista, el consensual, el privacionista, los de las éticas de género (ética de la especie), el colectivista; hasta las éticas práxicas y las éticas universalistas (distintos documentos de la ONU sobre matrimonio y familia. Asimismo, las posturas más elaboradas de pensadores como Weber, Küng, Habermas, Diego Gracia, Comisión Teológica Internacional, Enrique Dussel, la ética de la liberación, etc.). No emerge de ellas un concepto unánime. Del pluralismo legítimo emergen roles y protagonismos diferentes. Una lectura familiar de los derechos humanos, por ejemplo, nos pondría en la justa hermenéutica ética y bioética en clave intersubjetiva. "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[9]. ¿Por qué debemos comportarnos fraternalmente los unos con los otros? ¿Es una cuestión de carácter ético-subjetivo o es también ontológica: no es de suponer que al genérico *todos los hombres* corresponda el particularizado *todos somos hermanos*? ¿Cómo podemos ser todos hermanos si no es porque constituimos todos una sola familia?

3. Paso del *primum non nocere* al mayor bien común

La experiencia psicológica demuestra que estar referido a padre y madre es vital para un correcto y armonioso desarrollo. "El simple hecho de nacer (*nasci* ser nacido) nos sitúa en un conjunto de relaciones estables de solidaridad con todos los hombres". La psicología experimental subraya la importancia de la presencia activa de los padres de uno y otro sexo para el desarrollo armonioso de la personalidad del niño, e incluso el papel decisivo de la autoridad paterna para construir su identidad. Anotamos ya el criterio a la hora de tomar decisiones respecto al niño donde se debe apuntar a los intereses superiores del niño. Por otra parte, la historia política sugiere que la participación de todos en decisiones que conciernen al conjunto de la comunidad es por lo general un factor de paz social y de estabilidad política (Comisión Teológico Internacional, 2005, 119).

7 Definiciones que entran dentro de lo que denominamos falacias antropológicas, proias de un ser desfamiliarizado. "El yo no posee una existencia *absoluta*, puesto que solamente existe en relación" como atinó Ebner, en *La palabra y las realidades espirituales*. Citado en (Garrido, 1995, 244).

8 Siendo consecuentes con esta visión dialógica, "la relación interpersonal del nosotros está marcada por la llamada recíproca entre el *yo* y el *tú*. El ser del *tú* no es para el *yo* imposición, sino llamada a la respuesta libre en el amor" como piensa (Lucas Lucas, 2010[2], 278-279).

9 Onu. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Art. 1. París. 10 de diciembre de 1948.

Exacerbada en parte es la crítica de Marx sobre el individualismo radical de la Declaración. A una posible hermenéutica familiar se apuntaba ya en el mismo preámbulo: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Ahora bien un universalismo ético sólo es posible desde el todos incluyente. Y el todos es un plural-familiar:

> Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado[10].

IV. Aproximación interdisciplinar del cuerpo-familiar como paradigma ético

1. Hacia un método orgánico propio

Poco se ha reparado en el hecho de la peculiaridad de nuestro objeto. Las ciencias médicas actúan sobre el paciente vivo y expectante, las ciencias de la familia parecen haberse acostumbrado a tratar sobre un genérico, un ente abstracto, una realidad social e incluso psicológica impersonal y no sobre una realidad en carne y hueso. El *Lebenswelt* para quien Husserl y Habermas reclaman un *modus cognoscendi* propio; el propio del mundo intersubjetivo, nuestro método orgánico, el de todo ser vivo, al que hay que tratar siempre con temor y temblor como quien habla de su propia familia. De ello trata el *Weltethos* de la familia universal donde todos somos corresponsables de todos. La corresponsabilidad se vive en la recirculación del don por el cual somos lo que somos. El don, vimos, tiene su ontología propia, como nadie es exhijo nadie es exhermano, de ahí la enajenación fratricida de Caín. La ruptura del don, el dejar de ser don engendró el afán de la posesión, el poder disponer de lo indisponible. La persona se realiza mediante el ejercicio de libertad en la verdad. La libertad no puede ser entendida como facultad de hacer cualquier cosa. Libertad significa entrega de uno mismo, más aún, disciplina interior de la entrega.

En el concepto de la entrega no está inscrita solamente la libre iniciativa del sujeto sino también la dimensión del deber. Todo se realiza en la comunión de las personas. Nos situamos así en el corazón mismo de la familia. Para Caín la familia debía ser su *primumethicum*. El orden se invierte, del *tú puedes-tú debes* al de *tú eres-tú debes* porque este tú está familiarmente orientado. El primer deber ético estructurante de nuestro actuar moral en línea horizontal es el de la corresponsabilidad fraterna, como recirculación del don filial. Sí, cada hombre es guarda de su hermano, porque Dios confía el hombre al hombre, y es también en vista de este encargo que Dios da a cada uno su libertad, que posee una esencial dimensión relacional. Cabe afirmar que la libertad tiene un origen y destino familiar, es un don para, un don con, de ahí su vínculo constitutivo con la verdad como se afirma en la *Evangelium vitae* (19c).

2. Cuerpos-familiares, realidad holística

La concepción orgánica, vitalista de los cuerpos-familiares es la aproximación más cercana al concepto cristiano de cuerpo

10 Onu. *Declaración Universal de los derechos humanos*. París. 10 de diciembre de 1948.Art. §§ 16. 1-3.

místico. Si la familia es el elemento natural, la primera célula de la sociedad, es, en sí misma y por sí misma, no solo la protocategoría antropológica sino también ética. Constituye un bien en sí misma y una finalidad en sí misma. En ella confluyen su ontología y su axiología así como su teleología propia; familia sé tú misma. Ella misma es su propio objeto materia*l* y ella misma es su propio objeto (sujeto) formal; ella inspira desde dentro su metodología propia, tratar de las cosas de familia familiarmente. No puede separarse en su abordaje como ciencia descriptiva por una parte y ciencia normativa por otra. Desde la perspectiva interdisciplinar propia del estatuto epistemológico de la bioética y biofamiliar se puede abordar el *sujeto-familia* en sus principales dimensiones e implicaciones. Desde la política familiar, el *Welfarestate*, la educación, el bioderecho, el derecho de familia (Peña-B de Quirós, 1989, 394, 395), la psicología de los cuerpos familiares hasta el campo biogenético clínico, la reproducción asistida, la adopción, el testamento biológico, la *quality of life*, natalidad y políticas reproductivas, salud integral de la familia. Todo aquello que afecta negativamente a la familia va a su vez en contra del Estado. El SIDA, la toxicodependencia, la farmacodependencia, la ludopatía, la violencia, la marginación, la inmigración, la orfandad y la vejez. Todo lo que afecta el tejido familiar afecta el tejido social. El Estado está ante la familia como institución a *favor iuris* o desde una presunta neutralidad. La interacción se basa no solo en la justicia social sino también el principio de subsidiaridad; ambas bajo el principio teleológico del bien común. El primer bien común del Estado y de la humanidad son los cuerpos-familiares; a su vez primer sujeto de derechos y deberes. No exageramos al afirmar que ya no existen problemas familiares que no sean a su vez problemas globales.

En la aceleración propia de la era tecnológica[11] se olvida a menudo al sujeto de la misma; el hombre engendra la técnica y la técnica engendra al hombre. En la era global se hace urgente volver a plantear la antropología familiar en su vertiente ética y ontológica. Más de dos décadas han pasado desde que las Naciones Unidas en su resolución Nº 44/82 de diciembre de 1989 proclamara el año 1994 como el año internacional de la familia bajo el tema"Familia, recursos y responsabilidades en un mundo cambiante". En consonancia, las distintas ciencias han vuelto a poner sus ojos sobre la institución natural más antigua del mundo[12]. Los centros de estudios y escuelas universitarias de ciencias de la familia se han ido multiplicando y abriéndose al diálogo interdisciplinar. El mundo académico y científico le ha ido reconociendo sin querer un estatuto epistemológico propio, como nueva ciencia a la par de la naciente bioética. Los centros especializados se han ido multiplicando conscientes de que el verdadero futuro de la humanidad se fragua en la familia. Ante el mundo cambiante matrimonio y familia no pueden adoptar la postura camaleónica o marabarística despreciándose a sí misma. En ella hay dimensiones no negociables por las que debe optar continuamente entre la objeción de conciencia o la sumisión alienante.

La ética de los cuerpos-familiares se sitúa en la época global como un paradigma an-

11 Del cambio tecnológico y familia se hablaba ya en 1955 (Ogburn, W. 1955) en *Tecnology and Chancing Family*.

12 Para Hegel, Marx, Engels el matrimonio monogámico y la familia son un fruto espurio de la historia, una adquisición tardía, fruto del modelo capitalista burgués. Su proyecto político debía partir pues del afán de liberar a los individuos de los lazos familiares. La mujer, en especial, debía dejar las redes del patriarcalismo tradicional.

tropológico-social[13], ético-jurídico, político-cultural como base de un marco más amplio del que hace ya casi dos décadas se viene planteando como éticas universales bajo distintas perspectivas; *ethos* global, ética de la especie, ética de género. Nuestro modelo interrelacional e interactivo busca en primer lugar al sujeto-activo protagonista y no al de solo víctima pasiva. Sujeto-agente y no sujeto-paciente; *de facto* y *de iure*. El mundo cambiante ha ido imponiendo otros modelos paralelos, con pretensión de sustitución de la familia nuclear; las de hecho, las monoparentales (hijos sí, maridos no), las unifamiliares[14] sobre las que la jurisprudencia y política estatal no hallan un acuerdo unánime; aunque igualmente corresponsables del bien común[15]; no excluibles las parejas homosexuales o transexuales en cuanto pretensión de cuerpos-familiares.

3. Hacia una ética-doméstica estructurante del *ethos* global

Desde la afirmación, todos los seres humanos nacemos, crecemos y morimos hijos, la ética-doméstica cobra el carácter de referente-referencial del actuar moral interhumano. Partimos de la autoevidencia empírico-fenomenológica al hablar de cuerpos-familiares del hecho de que su presencia se impone como fin y valor en sí mismo. Constatación de que su presencia es mejor que su ausencia, que una familia nuclear sana es mejor que la patológica[16]. *Cuerpos* es algo real *hic et nunc*; no obedece pues al vaivén de los cambios socioculturales, pertenece al ámbito de las realidades naturales independiente del estrato cultural, civil o credo religioso. Constituye un *a priori* del horizonte ético universal. Desde Aristóteles se viene afirmando que el matrimonio y la familia preceden al Estado. Las primeras instituciones son connaturales, el segundo artificial. No está pues al mismo nivel desde una correcta aproximación antropológica decir que el hombre es un ser social por naturaleza a que es un ser familiar por naturaleza. La familia constituye el primer órgano de la socialización, en ella se fraguan los niveles más profundos de lo inter-humano, de nuestro ser relacional.

13 Fue Feuerbach el primero en formular la alternativa a las antropologías, incluso teológicas de corte monádico al afirmar que "el hombre individual por sí no tiene la esencia del hombre ni en sí como ser moral, ni en sí como ser pensante. La esencia del hombre reside únicamente en la comunidad, en la unidad del hombre con el hombre, unidad, que, sin embargo, no reposa sino en la realidad de la diferencia entre el yo y el tú" (Feuerbach, L. 1982, 319, 338).

14 Se plantea desde una visión laica el modelo matrimonial y familiar como algo ya superado. Las uniones libres (sin vínculo jurídico-social), las familias de hecho, uniones extramatrimoniales o paramatrimoniales; uniones sentimentales, unidad convivencial, etc., se imponen como un hecho social que reclama un cierto derecho e institucionalización. Cfr. Zarraluqui, L.; Sánchez-Eznarriaga. *La unión paramatrimonial y la vivienda familiar, en Revista General de Derecho*584 (mayo 1993) 1247.

15 Cada vez que se piensa en el eje central de la doctrina social del Iglesia, el bien común no se puede aislar de matrimonio y familia como primer bien común de la humanidad y criterio acotador de la acción política. López Azpitarte, E. *Cristianismo y familias no matrimoniales, en Políticas de la familia. Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid (1993).

16 La familia nuclear sigue cumpliendo un factor social determinante en la configuración de la mayoría de las culturas: "un grupo de adultos de sexo opuesto, que viven una relación sexual aprobada socialmente, junto con sus hijos biológicos o adoptados y cumplen las siguientes funciones: 1) satisfacer sexualmente a sus miembros; 2) ser unidad reproductora, 3) tener una residencia común, 4) responsabilizarse total o parcialmente de la socialización de la prole, y 5) constituir una unidad básica de cooperación económica" (Del campo, Salustiano. *Familia y culturas, en Familia en un mundo cambiante*. Cit. 33).

La ética doméstica y la moral de los cuerpos-familiares se prospectan como el paradigma básico e imprescindible de la ética global[17], ética universal[18] con sus diversos enfoques[19] desde las bases universales ya logradas por formar parte irrenunciable del patrimonio moral de la humanidad (AA.VV, 1993, 97). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el concepto del bien común, base de la justicia social y el concepto de la ley natural explicitado en la regla de oro se nos ofrecen como elementos aceptables por todos independientemente de las convicciones y valores locales o religiosos. Los cuerpos-familiares son criterio de discernimiento entre los individualismos de distinto género y el colectivismo; son instancia crítica a todos los niveles y dimensiones. Se parte de los derechos humanos fundamentales a los derechos familiares fundamentales previos a cualquier ordenamiento jurídico y por ello universales. La familia se engloba como una categoría ético-jurídica irrenunciable en el mundo cambiante. La familia es la estructura permanente, es el referente-referencial de cualquier orden mundial si se pretende que este tenga perdurabilidad.

> El hombre simplemente por su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derechos, que su mismo ser comporta valores y normas que deben ser identificadas, pero no inventadas. Quizás hoy día la teoría de los derechos humanos y de los límites humanos, y esto podría ayudar a renovar la cuestión, si no puede existir una razón natural, y por tanto un derecho racional, para el hombre y su existencia en el mundo (Ratzinguer, 2005, 75-76).

4. ¿*Ethos*-familiar, *ethos* global?

Tanto Apel como Habermas buscan para su ética universal un elemento común. "En cualquier situación debe lograrse un consenso con el fin de formar una voluntad solidaria". Ello es válido también para los científicos ya que estos no podrían construir ninguna ciencia si no conociesen las reglas del hablar intersubjetivo[20]. Confiando en que la razón es universal se trataría de argumentar de tal modo que se posibilite un consenso en materias de interés común. El intento de encontrar un suelo común con valencia universal para el discurso ético se ha ido enriqueciendo desde todas las dimensiones, también la de subsuelo religioso. En pro de una ética mundial con carácter vinculante el Documento (CTI) invoca uno de los testimonios ya logrados, lo citamos entero por su valor sintético:

> En 1993, representantes del Parlamento de religiones del mundo hicieron pública una Declaración a favor de una ética planetaria en la que se afirma que existe un consenso entre las religiones capaz de fundamentar una ética planetaria: un consenso mínimo referido a valores obligatorios, normas irrevocables y actitudes morales esenciales. Esta Declaración contiene cuatro principios. En primer lugar no puede haber un nuevo orden mundial sin una nueva ética mundial. En segundo lugar "que toda persona sea tratada humanamente". El tener en cuenta (que) la dignidad de la persona se considera como un fin en sí mismo. Este principio retoma la regla de oro, que se encuentra en muchas tradiciones religiosas. En tercer lugar, la Declaración enuncia cuatro directrices morales irrevocables (no violencia y respeto a la vida; solidaridad, tolerancia y verdad; igualdad

17 Uno de los proyectos más elocuentes por su proyecto de continuidad y universalidad es el del Parlamento Global de las Religiones.*A global Ethic*. (1993). Parlament of the World's Religions. Chicago (1993). *Ibíd*. Aa.Vv. Ética universal y cristianismo.XIII Congreso de Teología. Madrid (1994).

18 En línea distinta a la de Habermas, Apel, Cortina, Diego Gracia que piensan que en la época cosmovisiva sólo se pueda hablar ética mínima se sitúa la propuesta de Küng, Hans. *Proyecto de una ética mundial*. Madrid (1992); *No hay paz sin paz religiosa*. Revista de Occidente 136 (1992) 5-26; *La paz universal, las religiones universales, el ethos universal*. Concilium 253 (1994) 561-576.

19 *Habermas Jürgen. Die Zukunft der menschlichen natur. Af dem weg zu einer liberalen Eugenik?* Suhrkamp, Francfort (2001). *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona (2010) 9.

20 Al parecer este tipo de paradigma superaría las distancias entre subjetivo, objetivo, ciencias humanas y ciencias empíricas. En la visión de Apel, K.O. *La comunidad de comunicación como presupuesto trascendental de las ciencias sociales, en La transformación de la filosofía*, II. Cortina, A., & Chamorro, J. Tauros, Madrid (1985).

> del hombre y la mujer). En cuarto lugar, respecto a los problemas de la humanidad es necesario cambiar las mentalidades para que cada uno tome conciencia de su responsabilidad urgente. Las religiones tienen el deber de cultivar esta responsabilidad, profundizar en ella y transmitirla a las siguientes generaciones (Comisión Teológica Internacional, 2005, Nota 5).

La ética global no olvida que es la globalización[21] misma la que está configurando de un modo nuevo todas las dimensiones de la vida humana. En la aldea global cada uno es ciudadano del mundo. Las crisis continentales y mundiales han demostrado que todo nos afecta a todos. Desde el área política a la macroeconómica y desde la guerra de las finanzas hasta el ecoterrorismo. La *societas Gentium*, la comunidad mundial se encuentra ante el optimismo y desencanto de la ONU (Fisas, 1994) que debe buscar estructuras y mecanismos más globales y eficaces. Consecuentemente, siendo matrimonio y familia la primera célula de la sociedad son también su garante regenerador[22]. Los cuerpos-familiares constituyen la clave de bóveda universal de lo universal, lo más humano de la humanidad. Al humanismo existencialista hay que contraponer el humanismo familiar, el humanismo integral. A ello apunta una justa interdependencia entre los derechos humanos y el bien común según la ley de Interdepenedencia-interdivisibilidad (Villa & Vidal, 1993, 303-328). Los cuerpos-familiares se sitúan como clave interpretativa porque apuntan más allá del personalismo ético como ética de primera persona. No hay nada que no afecte para bien o para mal a la familia. Ella se sitúa tanto en las éticas de presente como en las éticas de futuro. Está implicada y condicionada tanto por el NOEI (nuevo orden económico internacional) como en la paz mundial, en el derecho o no a la injerencia humanitaria.

La aceleración de los procesos que supone el capitalismo salvaje reclama volver a poner la familia al centro. Los derechos de la familia y los derechos de las familias indican que no solo existen derechos individuales. Ya Francisco de Vitoria defendió el *Ius Gentium* que apuntaba a una nueva concepción, el *Totusorbis* advirtiendo indirectamente que el egoísmo también es continental. La base de una nueva humanidad es el justo reconocimiento de la igualdad en dignidad y libertad. Sin embargo, nadie es *gente* en general, todos somos *gente familiar*. Los cuerpos-familiares entran de lleno en la nueva visión del moderno derecho internacional, en cuanto realidad ético-jurídica.

VIII. Cuerpos-familiares, bien común y justicia social

La familia como primer paradigma bioético y biofamiliar parte del presupuesto que ella sea el primer bien común de la humanidad, y que lo sea a nivel universal, hasta consti-

21 La familia en la era global tiende a conformarse según sus nuevos parámetros, debido sobre todo a: 1) la caída fuertísima de la natalidad, 2) la persistente disminución de los matrimonios, 3) el aumento de los divorcios, 4) el aumento de los hijos ilegítimos, 5) la difusión de las convivencias de hecho, 6) la reducción de las familias a formas subnucleares de un solo progenitor con hijos, las monoparentales, 7) el trabajo extradoméstico de la mujer. Italia, por ejemplo, llegó en 1991 al nivel más bajo de la historia de la humanidad en crecimiento demográfico. Así hoy, muchas poblaciones donde la población senil supera la juvenil. Por otro lado, el fracaso matrimonial. En EE.UU. el porcentaje de divorciados va del 44% al 66%. A ello se suma el debate actual sobre el reconocimiento legal de parejas homosexuales y el derecho a la adopción. Fenómenos, fruto en parte de la glorificación de la *privacy*. Cfr. Casini, C. *Las políticas familiares en Europa, en La familia en un mundo cambiante.* cit. 110 ss.

22 Muchas constituciones modernas conservan esta referencia connatural. En la constitución griega la "familia es el fundamento de la conservación del progreso de la nación. En la irlandesa es "la base necesaria del orden social, indispensable para el bienestar de la nación". Asimismo la italiana y la de Luxemburgo.

tuirla, siempre y en todo lugar, un sujeto *de facto* y *de iur*e. Un valor intangible, criterio de discernimiento de la justicia social, motor del humanismo integral, "como causa ejemplar, como principio integrador de la actividad política" (Maritain, 1946, 81-102). La bioética y la ética de los cuerpos-familiares tienen una función teleológica y una función verificadora. La primera porque todo se debe enfocar hacia ellos y porque ellos mismos no tienen más teleología que su propia perfección. La verificadora, en cuanto que como modelo y paradigma es la expresión no abstracta de la normatividad teleológica de las realidades sociales. Su misión social y comunitaria es misión familiar, que todas las familias alcancen su propia perfección. Este es el criterio de discernimiento para la justa relación entre familia y Estado, la justa interacción según el principio de subsidiaridad.

Entendemos el bien común aquí como el bien de los cuerpos-familiares movido por el principio de beneficencia y no maleficencia, el reconocimiento del principio que los aúna a todos en cuanto bien universal. Es también principio de la ética práctica en cuanto el tejido social y la misma humanidad han de entenderse como una familia de familias, derecho de no exclusión. El bien común no siendo individualista, no constituyendo la suma de mis muchos bienes a exigir no puede entenderse monádicamente como bienes individuales. La *dignitas personae* que postuló Kant como base universal de su imperativo categórico moral enarboló un ser individual, desfamiliarizado. No existe el bien común individual si no es en la convergencia del bien familiar, social, comunitario, universal.

La base ontológica de los mismos, raíz de la ética universal es justo su carácter de autoevidencia, por ello *cuerpos*. No como cualquier realidad física sino como cualitativamente distinta, familiares. Cuerpos indica facticidad, realidad histórica *hic et nunc*. La base antropológica es recorrible desde la vía genealógica. Nadie nace solo, nadie es demiurgo de sí mismo, nadie es completamente autárquico. *Ex-sistir*es provenir de, coexistir y la coexistencia es siempre familiar. En la humanidad se da una comunión de origen y comunión de destino de la cual no somos libres, en nuestro origen está inscrita nuestra orientación en el mundo. Si el futuro del hombre no es el familiar no existe destino para él. A su vez la verdadera responsabilidad se enfoca como principio de responsabilidad familiar, responsabilidad por lo familiar, e incluso como indica el papa Francisco, responsabilidad por nuestra casa común:

> Muchas cosas tienen que reorientar su rumbo, pero ante todo la humanidad necesita cambiar. Hace falta la conciencia de un origen común, de una pertenencia mutua y de un futuro compartido por todos. Esta conciencia básica permitiría el desarrollo de nuevas convicciones, actitudes y formas de vida. Se destaca así un gran desafío cultural, espiritual y educativo que supondría largos procesos de regeneración (Laudato si', 202).

A nivel educativo nuestros sistemas universitarios deberían apuntar a ello. La *Universitas* indica universo, universalidad, globalización, nuestra pertenencia a la familia humana. El viejo esquema de la Universidad como el saber enciclopédico adquiere un horizonte más humano. A ello apuntan en parte los procesos de internacionalización de los centros educativos, como el intercambio Erasmus. Aunque se trate de un hecho a menor escala, a ello contribuye igualmente la creación de centros de estudios especializados en la familia dentro del mismo marco universitario, no ya como algo propio de las sensibilidades religiosas. Se habla de ciencias de la familia con carácter interdisciplinar. Las mismas áreas de humanidades tienen a la base eso que nos aúna a todos en cualquier tiempo y lugar. Sólo hay una forma de ser humanos, nuestro común ser-familiar. Esta obviedad parece ingenua. La era tecnológica sin la humanización de las ciencias

tecnológicas es despersonalizadora. Todas las ciencias, incluso las más empíricas y abstractas están afectando el desarrollo común de la humanidad. El puente, como advierte Jonas, entre ciencias naturales y ciencias humanas se alarga cada vez más[23]. Debemos paliar el abismo entre saber-poder-ser. La educación es un derecho porque es un bien universal. Es un bien común familiar, social, humano. Su ausencia pone en crisis la justicia social a todos los niveles. El Artículo 26. § 2 de la Declaración reza así:

> La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz (ONU, 1948, art. 26).

El bien común es criterio teleológico por ser omniabarcante, se refiere al bien integral de la persona: "El Bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección" (Vaticano II, 1996, Dig. Hum. 7). Hacia el bien común, la ONU ha ido ampliando el horizonte individualista de la Declaración de los Derechos Humanos. En 1950 (4-XI), arts. 8, 12, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en Roma. En 1966 con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En 1959 la Declaración de la Asamblea General sobre los Derechos del Niño. En 1967 la eliminación de la discriminación de la mujer. Resoluciones y recomendaciones del Parlamento Europeo sobre la situación y responsabilidad de los padres en la familia moderna, 751/1975; sobre la igualdad de los sexos 1074/1988; sobre la política familiar 1121/1990. El Consejo de Europa 1975, 1990, sobre fecundidad y planificación familiar, examen médico prenupcial y consejo genético; así como las múltiples iniciativas de la OIT y de la UNESCO. La ética de los cuerpos-familiares se mueve circularmente entre este marco universal y el marco particular local (Jiménez, 1979, 508-512) como función verificadora de las distintas políticas de la familia, de educación, de la salud, de los derechos reproductivos, del tratamiento de los conflictos armados, de los desplazados, de las políticas de vivienda, etc., de esta globalidad y circularidad deben tener cuenta igualmente los comités nacionales de bioética para dar una orientación según un criterio global del bien común de la familia en sí misma, y el de justicia social. En esta circularidad se mueve también nuestro proyecto investigativo: de lo universal a lo particular y de lo local a lo universal dado que los cuerpos-familiares no son algo abstracto, somos nosotros mismos, sometidos a todos los vaivenes de dentro y de fuera. En este sentido, se trata no solo de una ética-familiar formal sino también aplicada.

El principio de subsidiaridad supone reconocer y promover de lleno la misión social de la familia. En la educación social y cívica, en el proceso de socialización y de inculturación mediante el aprendizaje del lenguaje, el respeto de los valores ciudadanos, el respeto del bien común y del patrimonio cultu-

23 El arduo esfuerzo de Jonas, Hans (1985) en Tecnik, MedizinundEthik: zur Praxis des Prinzip Veranwortung. Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad ha sido justamente querer paliar el divorcio típico del afán modernista, de aislar las ciencias empíricas, positivistas de las ciencias humanas. Haciendo de la técnica objeto de la filosofía, de la ética, la política, la metafísica etc., dado que no hay tanto que afecte al objeto hombre como la técnica misma con sus promesas, con sus logros y amenazas. Razón por la que hay que prospectar una filosofía de la tecnología. Cfr. Cap. I. ¿Por qué la técnica moderna es objeto de la filosofía? No sin una constatación previa: "La filosofía, confesémoslo, está lamentablemente falta de preparación para esta tarea, su primera tarea cósmica (Ibid. 31).

ral[24]; la disciplina, los valores interhumanos, el discernimiento, el protagonismo social. Por otra parte, la sociedad necesita de la familia para su propio rejuvenecimiento, para su desarrollo económico, para una continua creatividad cultural, para el intercambio generacional, para ser continuamente fecunda y creativa. En el presente y en el horizonte de la familia en un mundo cambiante, el principio de igualdad en dignidad y libertad deja al arbitrio del Estado y del legislar sobre las distintas formas alternativas de familia.

¿No se ve a la pareja en unión consensuada solicitar ser reconocida y protegida, hasta recibir las mismas ayudas que la pareja casada? En fin, por qué lo merecen las personas casadas y protegidas, sino porque entran en la institución familiar con los deberes y obligaciones que implica y define el código civil (deber hacia el cónyuge, los hijos por nacer, los descendientes del cónyuge). Por tanto, se puede afirmar que si le corresponde al Estado reconocer y proteger a la persona casada, es porque esta se presenta de entrada y oficialmente como familiar, dispuesta a seguir sus deberes hacia sus miembros y también hacia la sociedad. Y a la inversa, la pareja que pretenda no deber nada a la sociedad, no tiene por qué ser reconocida ni ayudada por ella. En este sentido no se puede hablar *stricto sensu* de neutralidad del Estado, sopena de ser éticamente injusto y no creíble, en especial respecto al valor sacrosanto del bien común.

De los varios documentos emanados por la ONU, textualmente parece sobrentenderse por familia una institución social de origen natural basada en los lazos de relación derivados del matrimonio, de la descendencia o de la adopción, y constituida, en su forma originaria o nuclear; por padres, normalmente casados, aunque no necesariamente, y sus descendientes, los hijos, unidos por lazos familiares fortalecidos por el amor y el respeto mutuo (Secados, 1993). Los cuerpos-familiares se nos presentan como una realidad holística polisémica por ser a la vez nuestro referente-referencial existencial a todos los niveles y, por lo mismo, objeto-sujeto de la interdisciplinariedad de labiofamilia y bioética.

Las relaciones intrafamiliares están constituidas por el conjunto de interacciones que tienen lugar en el interior del grupo familiar y que en función de su carácter sistémico tienen las características de inevitables y circulares, hasta dar como resultado un tipo de red comunicativa que hace posible el funcionamiento sano y progresivo de sus miembros y de la totalidad (Ríos, 1994, 325). Se trata de un carácter-sistémico-ético porque la relación supera el marco estrecho de la logolización. Se refiere a todo lo que abarca la relación entre dos o más miembros, ya sea como encuentro, contacto, relación o comunicación. Aunque parezca tautológico, por ser algo inevitable, nos es constitutivo, y por ser constitutivo es inevitable. Aquí vale el principio, no es porque solo no se pueda sino porque solo no se es. Con la ética de los cuerpos-familiares se postula nuestro referente-referencial a nivel ético y ontológico. Por sernos connatural es universal, es nuestra ontología radical doméstica. Por lo que las relaciones intrafamiliares conllevan la circularidad ética. A su vez la circularidad misma es la superación continua del indiferentismo ético o neutralidad moral. En familia no se está simplemente el uno junto al otro[25], sino, el uno para el otro.

24 "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten". Art. 27. § 1.

25 En el ámbito comunicativo fenomenológico, la *circularidad* se entiende como una característica que define la relación humana, y en virtud de la cual todo mensaje no se agota en la recepción que hace de él quien lo capta, sino que se traduce inmediatamente en uno nuevo y que se envía a un nuevo receptor que lo transmite a otro y otro, y así sucesivamente, hasta volver al primer emisor. Esto desencadena un juego sin fin que hace interminable la interacción entre humanos (*Ibid.* 326-327).

Lo que en la sociedad puede ser un simple saludo de buena educación, manifestación de las normas mínimas de la buena convivencia, un hábito cívico, en el hogar es la autoafirmación y reconocimiento del otro en cuanto fin en sí mismo, un bien valioso por sí mismo y para mí. El saludo familiar es la no enajenación del ser. El hogar es el primer núcleo socializador; lo intrafamiliar ético nos sitúa éticamente en lo extrafamiliar. En la familia se fragua o se plasma el trascendental metafísico de la unidad, de la identidad. El ser familiar no se debate entre dos mundos *ad intra*y *ad extra*. El antagonismo siempre posible, propio de las familias disfuncionales, se supera en la ética doméstica evitando el ser disperso. En todo, y en especial en la emergencia de una auténtica ecología humana y de un verdadero humanismo integral, la familia sigue siendo hoy *mater et magistra*, primer y fundamental núcleo enucleador y educador:

> La familia es el ámbito donde la vida, don de Dios, puede ser acogida y protegida de manera adecuada contra los múltiples ataques a que está expuesta, y puede desarrollarse según las exigencias de un auténtico crecimiento humano. Contra la llamada cultura de la muerte, la familia constituye la sede de la cultura de la vida. En la familia se cultivan los primeros hábitos de amor y cuidado de la vida, como por ejemplo un correcto uso de las cosas, el orden y la limpieza respecto al ecosistema local y la protección de todos los seres creados. La familia es el lugar de la formación integral, donde se desenvuelven todos los distintos aspectos, íntimamente relacionados entre sí, de la maduración personal. En la familia se aprende a pedir permiso sin avasallar, a decir *gracias* como expresión de una sentida valoración de las cosas que recibimos, a dominar la agresividad o la voracidad, y a pedir perdón cuando hacemos algún daño. Estos pequeños gestos de sincera cortesía ayudan a construir una cultura de la vida compartida y del respeto a lo que nos rodea (Laudato si', 2015, 213).

La ética doméstica y ética de los cuerpos-familiares pretende ser un paradigma primordial interactivo. Los cuerpos familiares no son solo objetos de estudio sino sujetos protagonistas activos de la transformación de la sociedad. Sujeto de derechos y deberes. Como entidad moral lo configuran ciertos derechos y responsabilidades que la sociedad debe tutelar en unos casos y suplir en otros subsidiariamente; entre ellos, el derecho a planificar la familia, la ocupación de una vivienda, la responsabilidad prioritaria en la educación de los hijos[26], el divorcio, la participación equitativa en los bienes comunes, la normalización familiar de refugiados, emigrantes, etc., derechos que obligan al Estado a subvenir a la conservación de la familia y a fortalecerla como unidad básica en que la sociedad se sustenta, especialmente en el caso de incluir a mayores y disminuidos. El actual derecho a la *privacy* tiende a replegar matrimonio y familia a la esfera intrafamiliar.

No obstante, será el derecho al que le corresponde inscribir la existencia familiar en el conjunto de la vida social, y así conferirle un estatuto (por más autárquica que se crea) de tal manera que sea reconocible como irreductible, intocable, sagrada de cierta manera. De este modo es la sociedad misma la que se ve obligada a no rebasar ciertos límites, particularmente cuando queriendo ayudar a la familia, tiene la tentación de controlarla o sustituirla. Este es el sentido del derecho de la familia, constituir a la familia como un ser de derecho. Pero, al mismo tiempo, la familia como forma específica de la vida social tendrá también deberes que cumplir, para los que necesita ayuda, y en primer lugar ayuda material (Moreau, 1994, 49). En Colombia, se ha encontrado un feliz término para describir la labor subsidiaria entre Estado y familia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Sin embargo, una

26 El Art. 26. § 3. "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

correcta política familiar no puede ser tapa huecos, pensarse para las emergencias. La familia, en cuanto primera urgencia, pide políticas preventivas. Si no es preventiva tampoco es teleológica. Brasil, no obstante su auge comercial, no disminuye, antes bien aumenta el índice *os meninos da rua*. Por más que se enarbole una cultura laicista cabe recordar que la familia es aconfesional. Pero una cultura y un Estado acosado continuamente por la disolución permanente de la familia, no es ya una meta a alcanzar sino un mal mayor a evitar y corregir. Por ende una política familiar que no sea teleológica, que no se entienda a sí misma como política de los valores familiares, va en contra de sí misma *ipso facto*.

En muchas áreas del globo ya se considera la familia, la paternidad y la maternidad como un bien en sí misma y como una ventaja para el Estado, como un recurso, y hacia ellas se enfocan las políticas sociales y familiares[27]. Subsidios se dan al entero núcleo familiar, ayudas en especie, desgravaciones fiscales. Para las mujeres, asistencia a las madres antes y después del parto, intervenciones para la custodia de los niños pequeños, medidas para conciliar la vida familiar con la profesional, medidas para las familias en dificultad, para las familias monoparentales, subsidios de desocupación; asistencia domiciliaria a discapacitados, tiempo ocupacional y recreativo para los hijos en períodos postescolares.

Las políticas familiares rigiéndose por el principio teleológico y valorativo familiar deben considerar la familia como el primer bien del Estado, por lo que incluso los programas de educación sexual no pueden desligarse del núcleo y enfoque familiar[28]. No pueden quedarse en el uso profiláctico o en la sexualidad preventiva reproductiva, separando la sexualidad de la vida afectiva y del amor, del matrimonio y la familia. Cuando se dice que la familia es la célula fundamental del Estado se refiere a algo vivo, es un organismo presente ya en acto al que todo para bien o para mal le afecta. Aquí la individualidad no sobrevive sino es en armonía y para la armonía. En las distintas declaraciones de los derechos del niño se hace hincapié en el primero. El derecho a una familia afectiva y efectiva, derecho a la unidad referencial y existencial. Derecho a nacer, crecer y vivir con sus progenitores genéticos biológicos, afectivos y sociales.

Las éticas de futuro, Hannah Arendt, Jonas, Habermas ponen también el centro en el hecho de la natalidad como punto cero de toda acción política, de la cultura de la vida. Constatar que la familia además de un *factum*es un *faciendum*, una realidad continuamente *in fiere* es punto de alarma continuo, función verificadora de la acción política. En pro de ello el Consejo de Ministros responsables de las políticas familiares del Consejo de Europa crean, *ad hoc* el Observatorio Europeo de las Políticas Familiares.

27 Los Derechos Humanos pide la misma ONU deben ser criterio guía para las políticas locales. Art. 25. §§ 1-2. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

28 Según el informe de NafisSadik. "Para asegurar que la planificación sea continuamente aceptada es necesario que los anticonceptivos sean reperibles fácilmente. El éxito de los programas depende de la disponibilidad de medios anticonceptivos seguros, económicos y eficaces". Cit. 320. Hechos todos los cálculos (en 1991), incluidos los programas de esterilización masculina y femenina serían necesarios 5 mil millones de dólares más los costos de distribución para no llegar en el 2015 a 7 mil millones. Cfr. Cap. VIII B. *Planificación familiar*.

Referencias

AA.VV. (1993). Forum. Il mondo mondiale.*Rivista di Teologia Morale*. 25, pp. 1-40.

AA.VV.(1994). Ética universal y cristianismo. XIII Congreso de Teología. Madrid, España.

Alvira, R. (2011). *Prólogo al libro de Hurtado, R. La paternidad en el pensamiento de Karol Wojtyla*. Navarra: Eunsa.

Apel, K.O. (1985). La comunidad de comunicación como presupuesto trascendental de las ciencias sociales, en *La transformación de la filosofía*. Madrid: Tauros.

Arendt H. (2011). *La condición humana*. Barcelona: Planeta.

Arendt H.(2011). *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza.

Bauman, Zygmunt. (2011). *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*. Madrid: FCE.

Bernal, L.C. (1980). Los derechos humanos a la luz de Puebla. *Theologica Xaveriana* 30, p. 259-270.

Burgess, E., & Locke, H.(1953[2]). *The Family. From Institution to companionship*. New York: American Book Company.

Carta Encíclica Laudato si' del Santo Padre Francisco. (2015). *Sobre el cuidado de la casa común*. Bogotá: Paulinas.

Casini, C. (1994). *Las políticas familiares en Europa,* en *La familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPSA.

Comisión Teológica Internacional. (2005). *A la recherche d'une* éthique *universelle: Nouveaurenard sur la loinaturelle*. En *B*úsqueda de una ética universal: nueva perspectiva sobre la ley natural. Madrid: BAC.

Concilio Vaticano II. (1996). *Dignitatishumanae*. Madrid: BAC.

Del Campo, S. (1944). Familia y culturas, *en Familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPSA.

Domínguez, H. C. (2011) *La paternidad en el derecho: una visión comparada,* en Medellín. XXVII, 37, (pp. 148, 539, 549). Bogotá: ITEPAL.

Ebner, F. (1995). *La palabra y las realidades espirituales*. Madrid.

El Mapa Mundial de la Familia.(2013). *Los cambios en la familia y su impacto en el bienestar de la niñez*. Disponible en http: //www.uandes.cl/instituto-ciencias-de-la-familia/WFM-reportes-anuales.html.

ElóseguiItxazo, M. (2001). *El concepto de familia en las últimas conferencias de la ONU*, en Gallegos, J. Andrés. *Pensar la familia*. Madrid: Palabra.

Enchiridion de la Familia.(2000). *Documentos magisteriales y pastorales sobre la familia y la vida 1965-1999*. Madrid: Palabra.

Feuerbach, L. (1998[2]). *Das Wesen des Christentums. La esencia del cristianismo*. Madrid: Trotta.

Feuerbach, L. (1982). *Grundsätze der Philosophie der Zukunft. G. W. IX. Berlín, Akademie. Principios de la filosofía de futuro*. Barcelona: Labor.

Fisas, V. (1994). *El desafío de las Naciones Unidas ante el mundo en crisis*. Zaragoza, Icaria.

Gallegos, J. A. (2001). *Pensar la familia*. Madrid: Palabra.

Godbout, J. (1992). *L'esprit du don*.Paris: La Découvert.

Habermas, J.(2001). *Die Zukunft der menschlichen natur. Af dem weg zu einer liberalen Eugenik?* Francfort, Suhrkamp. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* (2010). Barcelona: Herder.

Houve, C. (2013). en *III Encuentro Red de Institutos Latinoamericanos de Familia*. Congreso de Investigación Científica. Chile: Universidad de los Andes.

Jiménez, J.(1979). *Puebla y los derechos humanos, en Medellín* 5 (pp. 508-512).

Jonas, H. (2008). *Das Prinzip Veranwortung. El principio de responsabilidad*. Barcelona: Herder.

Jonas, H. (1985). *Tecnik, Medizin und Ethik: zur Praxis des PrinzipVeranwortung. Fracfort del Meno, Insel. Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*. (1997). Barcelona: Paidós.

Juan Pablo II. (17, 04, 1994). *Alocución*. Vaticano:L'Osservatore Romano.

Juan Pablo II. (2000). *Carta a las familias*. *Gratissimam sane*. *Con ocasión del año de la familia (2, II, 1994)*. Enchiridion de la Familia. *Documentos magisteriales y pastorales sobre la familia y la vida 1965-1999*. Madrid: Palabra.

Juan Pablo II. (22, XI, 1981).*Familiarisconsortio. La misión de la familia cristiana en el mundo*.Enchiridion de la Familia. *Documentos magisteriales y pastorales sobre la familia y la vida 1965-1999*. Madrid: Palabra.

Lévi-Strauss, C.(1956). *TheFamily,* en L. Saphiro(ed.). *Man, Culture and Society*. New York: Oxford UniversityPress.

Lévi-Strauss, C. (2002).*Las clasificaciones de los tipos de sistemas en las estructuras elementales del parentesco de C. Lévi-Strauss*. Jimeno Salavarrieta, P. Madrid: UAM.

López Azpitarte, E. (1993). *Cristianismo y familias no matrimoniales, en Políticas de la familia*. *Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Lucas Lucas, R. (2010[2]). *Horizonte vertical. Sentido y significado de la persona humana*. Madrid: BAC.

Maritain, J. (1946). *La persona y el bien común*. Buenos Aires (s.ed.).

Marx, K. (1965). *Escritos de juventud*. Caracas (s.ed.).

Moreau, P. (1994). *Familia y sociedad, en Familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPSA.

Nafis S. (1991). Presidenta de la Comisión UNFPA de la ONU. *Control del crecimiento demográfico y salud son inseparables,* en *Forum Mundial de la Sanidad Vol. XII*.

Nock, S. (1989-1990). The separation of sex, gestation and genetics from parenthood*, The Tocqueville review*. X, p. 114.

Ogburn, W.(1955). *Tecnology and Chancing Family*. New York: Hougton Mifflin.

Onu. 1948. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.Art. 1. París.

Parlamento Global de las Religiones.(1993). *A global Ethic*.

Peña de Quirós, M. (1989). *Derecho de familia*. Madrid.

Pontificio Consejo para la Familia. (10-III-1993). *Los derechos de la familia en los umbrales del tercer milenio*.Enchiridion. (2001). Madrid: Palabra.

Ratzinger, J. (2005). *Ragione e fede. Scambio reciproco per un'eticacomune*, en Habermas, J.; Ratzinger, J. *Fede e ragione in dialogo*. Venezia: Marsillio.

Ríos González, J. A. (1994). *Relaciones intrafamiliares. Roles y funciones, en Familia en un mundo cambiante*. Salamanca: UPSA.

Rosenzwieg, F. (1962). *Hegel und der Staat. München, Aalen,* (reimpr.).

Schooyans, M. (2006). *Familia y globalización*. Estella Navarra: Verbo Divino.

Secados, M.; & De Gregorio, A. et. ali.(26-28 julio 1993). *El concepto de familia en los documentos emanados de las naciones Unidas*. Santiago de Compostela.

Zarraluqui, L., & Sánchez-Eznarriaga. 1993. La unión paramatrimonial y la vivienda familiar. *Revista General de Derecho*584 (mayo 1247).

La cultura y el sistema de normas Wayuu*

*Nicolás Polo Figueroa***

Resumen: A partir de la acepción antropológica de la noción de cultura, nos proponemos demostrar que las normas de comportamiento de los miembros de la etnia wayúu están directamente entroncadas en las culturales. Con esta directriz hemos seleccionado algunos de sus tópicos y prácticas para mostrar la necesidad de conocerlas y así posibilitar una verdadera relación intercultural en donde prime el respeto a la diferencia. Los tópicos de territorio, oralidad, solidaridad y reciprocidad son centrales para la comprensión de la cultura y el sistema normativo. Las prácticas del pago por la *dote*, las compensaciones y las de prevención de las faltas y sus consecuencias forman parte del propósito de visibilizarlas para que, quienes tienen la misión de administrar justicia, las valoren y le den el debido tratamiento. Por otra parte, esperamos que este conocimiento de la cultura de este pueblo aborigen abra las mentes de quienes pretenden ignorar que la diversidad es parte esencial de nuestro patrimonio.

Palabras clave: territorio, oralidad, solidaridad, compensación, reconciliación, *dote /paünaa/*

Abstract: From the anthropological acceptation of the notion of culture, we have tried to demonstrate that the norms of behavior of the members of the ethnic groups are directly related with the cultural. In this guideline, we have selected some of her topics and practices, showing the necessity to known them and so to construct a truly intercultural relationship where prime the respect for difference. Territory, orality and solidarity, and reciprocity are central issues to the understanding of the wayuu culture and his regulatory system. Payment for the "dowry", compensation practices and the prevention of failures and their consequences are part of the purpose to make visible them, so those who have the Mission of administering justice valued them and give proper treatment; on the other hand, we hope that this understanding of the culture of this aboriginal people open the minds of those who try to ignore that the diversity is an essential part of our heritage.

Keywords: Territory, Orality, solidarity, Compensation, reconciliation, "dowry" /paünaa/

Introducción

Entendemos por cultura, en su acepción antropológica, al conjunto de patrones, esquemas o guiones aprendidos y desarrollados por los seres humanos para vivir en comunidades. Estos esquemas o patrones tienen que ver con las formas de representarse el mundo, las formas de relacionarse y organizarse entre los miembros de las sociedades o normas de comportamiento, la organización y ocupación del tiempo y el espacio, la creación de bienes y objetos, las expresiones para satisfacer sus necesidades físicas, materiales y espirituales, sus formas de producción y los valores e ideales del espíritu de los pueblos. Ningún pueblo carece de una cultura. El pueblo wayúu, conocido más por su carácter aguerrido debido al "hecho de los wayúu nunca fueron vencidos por los conquistadores" (Perafán, 1995, p. 173), tiene una cultura diversa a la occidental pero rica en prácticas y manifestaciones; entre estas, las normas de su sistema jurídico.

En el sobrentendido de que esas normas del sistema jurídico son parte de la cultura, tra-

* Este estudio es producto de la investigación IN_SM.214.15.02 intitulada *El sustento cultural y ancestral del sistema normativo wayúu,* financiada por la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, dirigida por Nicolás Polo Figueroa, Ph.D, investigador del grupo Gijam de la misma institución.

** nicolas.polo@usa.edu.co

taremos de demostrar cómo esos patrones y esquemas están estrechamente relacionados con las normas jurídicas y son sustento para las mismas. Nuestro propósito es visibilizar estas prácticas y normas para que quienes tienen la misión de administrar justicia las valoren y le den el debido tratamiento. Por otra parte, esperamos que este conocimiento de la cultura de este pueblo aborigen abra las mentes de quienes pretenden ignorar que la diversidad es parte esencial de nuestro patrimonio.

A partir de este concepto de cultura seleccionaremos algunos tópicos y prácticas de la etnia wayúu que, por los menos, contrastan con las del país nacional, eurocentrista con el propósito de mostrar la necesidad de conocerlas –no basta el reconocimiento de la jurisdicción indígena consagrado en el artículo 246 de la Constitución–, y de posibilitar una verdadera relación intercultural en donde prime el respeto a la diferencia. Los tópicos de territorio, oralidad, solidaridad y reciprocidad son centrales para la comprensión de la cultura y el sistema normativo. Las prácticas del pago por la *dote*, las compensaciones y las de prevención de las faltas y sus consecuencias forman parte de este propósito de tratar de que se conozca y comprenda en qué consiste el ser wayuu.

Las informaciones contenidas de este artículo son producto de largas conversaciones con los palabreros Andrónico Urbay Ipuana, José Manuel Pana Epiayu, Orangel Gouriyu y el gestor cultural y coordinador del Plan de salvaguardia del sistema normativo wayúu aplicado por el palabrero, (en adelante PES), Guillerno Ojeda Jayariyu. Asimismo, recoge las propias vivencias del investigador como invitado a actos de reparación. Es, por tanto, el fruto de haber abrevado en fuentes primarias de información acorde con las técnicas de la etnometodología. Por otra parte, recoge muchas de las informaciones que sobre la cultura wayúu han divulgado investigadores como Perafán (1995), Guerra (2007, 2000), Gutiérrez (2011), Martínez y Hernández (2005), Pocaterra (2006) cuyas informaciones las hemos contrastado y revisado con los miembros de la Junta Mayor de palabreros encargada del PES, organización que la Rama jurisdiccional ha reconocido mediante el Acuerdo PSAA-13-9616 del 20 del 2013.

1. Territorio y tenencia de la tierra.

El concepto de cultura adoptado arriba nos permite interpretar y comprender el territorio como el lugar, ámbito o área en que se realizan todas las prácticas, quehaceres y realizaciones de una comunidad. Según la ley colombiana, el territorio indígena comprende "no solo las áreas habitadas y explotadas sino también a aquéllas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales" (Colombia, Presidencia de la República, Decreto 2655/1998). De acuerdo con esta definición ¿Cuál es el ámbito territorial del pueblo wayúu? La pregunta implica varias consideraciones alusivas a su nacionalidad, sus regiones, sentido de pertenencia y la gobernanza territorial.

El territorio del pueblo wayúu no está circunscrito a los 12.000 kilómetros cuadrados de la Guajira colombiana; se extiende por Venezuela en una extensión superior a 3.400 kilómetros, sin contar su presencia masiva en la ciudad de Maracaibo. Los nacidos en uno u otro lado de la frontera de los dos países tienen la nacionalidad colombiana (Artículo 96 de la Constitución Política). Sin embargo, para ellos, ser wayúu es el más honroso de sus títulos. Persiste en el imaginario de este pueblo la pertenencia a la nación wayúu que le legaron sus antepasados: "su territorio ancestral y su patria primigenia, es más, es su verdadera matria, hábitat y útero materno que los abrigó en su origen y les da el sustento y el sentido, como individuos y como sociedad" (Martínez & Hernández, 2005, p. 58).

Su sentido de pertinencia está ligado a ese lugar donde subyace el principio /ii/; una unidad vital, fuente primigenia que "integra la historia de vida y origen de cada clan familiar materno" (Ojeda, 2013, p. 46). Ese lugar está asociado al territorio ancestral con fuente de agua dulce y un cementerio donde reposan los restos mortales de sus antepasados. Al ser un legado de sus ancestros, este territorio se considera de propiedad colectiva de la etnia.

En la concepción de territorio, los wayúu guardan especial respeto por los sitios sagrados de la /jepira/ y la /makuira/. La primera es el lugar donde reposan de manera permanente los espíritus de sus difuntos. Según el relato mítico, la /jepira/ se localiza en el Cabo de la Vela, zona fronteriza entre lo que se conoce como la alta y la media Guajira, en una porción de tierra mítica que se introduce en las tranquilas aguas del mar caribe. La /makuira/ se ubica en la alta Guajira caracterizada por una flora y fauna abundante, protegida, como todas las sabanas del territorio, por los dioses protectores de los montes y animales; son los dioses /se'e jüü/ que intimidan a los depredadores de la fauna y flora. Es un sitio al que se le guarda respeto del cual se extraen plantas medicinales.

Para los wayúu el sentido de pertenencia colectiva de la tierra no es óbice para que hagan un uso individual de la tierra. La propiedad colectiva de sus tierras está protegida por el artículo 63 de la Constitución del 91 que establece: "(…) las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de los resguardos (…) son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Esta norma que ha impedido que muchos de sus paradisiacos parajes hayan llegado a engrosar los negocios de inescrupulosos comerciantes de tierras. No obstante, a pesar del principio constitucional en la media guajira al lado de la carretera que conduce a Maicao, cerca de Riohacha, muchos terrenos han pasado a manos de particulares con la complacencia de las autoridades.

Este carácter comunal de los terrenos en donde se asientan las familias wayúu son heredados por los hijos uterinos del clan familiar para que hagan uso de los mismos, sin la posibilidad de venderlos porque son de la familia o de las comunidades. Por eso no existen escrituras de estos terrenos; la cercanía a las fuentes de agua dulce y, al cementerio son las señales inequívocas de que se pertenece a un determinado clan familiar. Algunos antropólogos han considerado que la respuesta a la pregunta ¿En dónde están los restos de tus antepasados? revela la procedencia de un determinado miembro de la etnia a un territorio. Así lo ratifican Martínez y Hernández (2005, p. 116) (…) es el territorio de sus ancestros, de sus padres y abuelos. Es el único espacio que realmente le pertenece porque es el territorio que recibió de sus ancestros (…)".

Sin embargo, los coordinadores del PES consideran que esta práctica ha creado más problemas que los que resuelve. Basados en el principio /ii/ (fuente de agua viva) y en la historia de algunos asentamientos, por ejemplo, Maicao (por estar cerca de la laguna / maijupa/, argumentan que los asentamientos, las rancherías, se efectuaron a partir del descubrimiento de fuentes de agua dulce. Por ende, quienes las encontraron son en verdad los primeros habitantes de las rancherías y no quienes llegaron después. A éstos, los primeros pobladores, por cuestiones climáticas y geográficas, les permitieron enterrar sus muertos en su cementerio. Esta solidaridad de los primeros pobladores ha sido el motivo de que esos posteriores habitantes del asentamiento pretendan ser sus ocupantes ancestrales alegando que allí se encuentran enterrados sus antepasados. Estas situaciones son el origen de la mayoría de los conflictos por cuestiones de territorio. Conflictos que, en no pocas ocasiones,

la justicia ordinaria ha pretendido resolver sin tener elementos culturales de juicio para adoptar decisiones ajustadas a la realidad.

Por otra parte, además, de las conocidas zonas en que se divide a la Guajira –alta, media y baja– donde mayoritariamente viven los wayúu, el Estado ha creado las unidades territoriales llamadas resguardos. Impone así en el territorio una práctica colonial estatuida por los españoles para mantener a raya a los aborígenes en el país. En la actualidad hay 14 resguardos creados por decreto. Los resguardos son entidades territoriales que contrastan con las tradicionales entidades constituidas por clanes. La imposición de esta entidad territorial está creando más problemas que los que pretendía resolver puesto que se ha querido imponer la figura del gobernador; una organización completamente ajena a la tradición y cultura wayúu.

Desde la óptica jurídica, la noción de territorio es un elemento básico para determinar la competencia de la jurisdicción indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. Según la Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional, los indígenas gozan de fuero, cuyos límites están determinados por:

> (...) dos elementos : uno de carácter personal con el que se permite señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad y uno de carácter geográfico que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque, algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia (Colombia, Corte Constitucional, 1996).

No obstante, para entender lo que implica la variable geográfica, hay que tener presente una interpretación de territorio basada en el decreto 2655 de 1998 (Colombia, Presidencia de la República, 1998). Según esta, el territorio "no son solo las áreas habitadas y explotadas sino aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales". De manera que ciudades como Riohacha y Maicao son territorio wayúu por cuanto son áreas de las *actividades económicas y culturales* de esta etnia.

2. La oralidad y el sistema normativo wayuu.

Junto con el territorio, la oralidad constituye el segundo elemento estructural de la jurisdicción especial wayúu. Todos los actos en que se ejerce la justicia ancestral de esta etnia se expresan de manera oral en lengua wayuunaki. Este sistema lingüístico es empleado aproximadamente por un tercio de los 600 000 habitantes del Departamento de la Guajira. Esta lengua se utiliza como medio de comunicación y recreación del universo cultural de los wayuu, además, una de las lenguas indígenas del país con mayor número de hablantes. Una lengua que no solo trasmite las tradiciones orales sino todo un sistema de normas o costumbres para administrar justicia, formas de conocer, simbolizar y vivir en la vida y la cultura de sus hablantes.

La mayoría de los actos de solución de conflictos entre los distintos clanes se realiza mediante diversas reuniones del el / putchipü´üi/, mediador entre las dos partes en conflicto, en el cual solo habla con ellos en wayuunaiki. Podría decirse que si, en la realización de los actos de compensación, se quieren guardar el debido proceso, estos tienen que realizarse en esta lengua. Esta exigencia que pareciera encriptar o ritualizar el ejercicio de la justicia, por lo contrario, constituye una condición sine qua non para que se haga un proceso de cara a la comunidad, guardiana de las narrativas que hacen posible que se relaten, expongan, expliquen, argumenten y polemicen los hechos en función de alertar a la etnia sobre las transgresiones cometidas y de encontrar los medios para que no se vuelvan a cometer y de la resocialización del transgresor.

Esta forma de administrar justicia resalta el poder multivocal y plurigestionador, emotivo y circunstancial de la oralidad, el pragmatismo de su poder comunal y comunitario (Gómez, 2014). Es poder multivocal por cuanto muchas son las voces que se escuchan durante el proceso de solución del conflicto que, como veremos más adelante, consta de muchos idas y venidas, vueltas y revueltas del palabrero de un grupo a otro, hasta llegar a un acuerdo con equidad; es plurigestionador en la medida en que son múltiples las diligencias y trámites para lograr una solución. Por su parte, la emotividad del cometido oral pone de presente las debilidades, iras, recelos, simpatías y antipatías de los actores involucrados en el conflicto. Y es circunstancial dado que son impredecibles los acontecimiento que pueden acaecer durante el proceso y en cada una de las diferentes reuniones de diálogo entre el palabrero y las dos familias en conflicto.

Estas cuatro características son indicativas de que la justicia entre los wayúu es dialógica, intersubjetiva y plurigestionada; a diferencia de la justicia ordinaria que, a pesar del nuevo sistema oral, no deja de estar apegada al *fijismo* de los códigos escritos. Codificación que, al decir de Bordieu (2000, p. 208), garantiza que, "salvo una revolución capaz de cuestionar los fundamentos mismos del orden jurídico, el futuro será la imagen del pasado (…)".

La milenaria tradición de la codificación de los códigos de la justicia positiva ha creado en las esferas de la cultura wayúu tensiones entre los partidarios de codificar las normas de su sistema normativo y quienes ven en la codificación la pérdida de la esencia misma del sistema.

El bloque de los partidarios de la codificación y traducción de las normas del sistema es dirigido por jóvenes abogados, originarios de la etnia quienes pretenden calcar el sistema de la justicia ordinaria al wayúu. Según estos nuevos dirigentes, la codificación ayudaría a corregir las inconsistencias que se dan entre unos procesos y otros, entre unas autoridades y otras, en el accionar de diferentes mediadores. Consideran que la escritura y traducción de las normas facilitaría la coordinación intercultural, condición estatuida por la Constitución para que exista la jurisdicción indígena.

En cambio, los administradores del PES tienen argumentos para rechazar la codificación de las normas y, mucho más, la traducción de las mismas al español. Estos son dos aspectos que exigen un examen detenido a la luz de las implicaciones sociocognitivas y de consideraciones pragmáticas que uno y otro problema conlleva para la cultura y la pre-existencia misma de las normas del sistema normativo wayúu.

La oposición a escribir el sistema normativo al wayuunaiki se origina en la naturaleza misma de cómo las gentes de este pueblo plantean sus conflictos. En primer término, no se trata del Estado contra un individuo, como acaece en nuestra justicia ordinaria, se trata de la querella de un clan que se considera agredido por otro, el agresor. No es un solo individuo el responsable de la transgresión y esta no se imputa solo al individuo, se le imputa a toda su comunidad, como afirma Urbay (2014, p.87), "la responsabilidad es clanil". En segundo lugar, la naturaleza del ejercicio de solución mediante un palabrero tiene, como se explicó antes, unas características que son imposibles de reproducir mediante lo escrito, a saber: carácter dialógico, intersubjetivo y plurigestionador. Además, en consonancia con la consideración anterior, son las comunidades involucradas en el conflicto las que aúnan sus voces para lograr la solución de la situación de crisis. En otras palabras, hombres y mujeres de uno y otro bando, con su concepción de la justicia, equidad y responsabilidad, mediante la acción pacificadora del palabrero, determinan cuál es la mejor solución y cómo se pueden armonizar las posiciones

de las partes. Tercero, las normas no son taxativas, como en el derecho positivo. Se trata, en esencia, de unos principios generales y "el problema no es percibido como 'violación de un código' sino como "generación de un daño" cuya solución se enmarca en "una lógica situacional muy rica" (Guerra, 2002, pp. 26-27). Cuarto, la transcripción de las normas constituiría un cambio fundamental en el sistema, cambio que dejaría por fuera a muchos de los palabreros que han ejercido su tarea de manera responsable, su labor de amigables componedores, durante miles de años. Esta apreciación nos induce a preguntarnos: ¿Para quién se trascribiría la norma? Por último, muy en la dirección del punto anterior, la escritura de las normas en wayuunaiki responde más a una "una tecnología de regulación, reproducción de un poder más que un medio de comunicación, innovación y legibilidad, puesto que es la sociedad, no la escritura, la que decide quién, cuándo, qué, para qué y cómo se escribe y en qué lengua" (Gómez, 2014, p. 72).

A los anteriores problemas sustantivos hay que agregar otro de naturaleza lingüística. No existe, entre los partidarios de la escritura en wayuunaiki, un acuerdo acerca de cuál sería el alfabeto para transcribir fonológicamente el sistema de su lengua materna. Una evidencia de este hecho se aprecia al comparar los términos con que se trascriben fonológicamente, por ejemplo, los miembros del sistema de parentesco en dos o tres autores. Tampoco existe consenso acerca de cuál de los dialectos del wayuunaiki es el más apropiado para la comunicación. Por algo han fracasado los intentos de traducir Cien Años de Soledad del nobel García Márquez a esta lengua. Sin embargo, no hay que pensar que sea por incapacidad de la lengua para expresar los matices de significación inmersos en esta obra.

Por otra parte, la traducción de las normas del sistema del wayuunaiki al español conlleva, aun más, problemas difíciles de resolver: es fuente de mayores tensiones entre los partidarios de una u otra corriente. Podríamos señalar dos problemas: primero, dado el carácter dialógico e intersubjetivo y circunstancial de la aplicación de las normas, no hay una norma fija a la cual se pudiera asignar un texto definido y decir, como en el derecho positivo de la justicia ordinaria, este es el texto acordado. Segundo, una traducción no es una simple traslación de palabra de una lengua a otra; no es fácil verter la cosmovisión de un pueblo expresada en su lengua en el sistema de otra. Por ejemplo, en español no es adecuado preguntar por el *uso* de las personas –en nuestra visión las personas no se usan–; igual sucede, en lenguas indígenas, con la expresión el *uso* de la tierra, puesto que en su visión tampoco los seres de la naturaleza pueden usarse; en cambio, en este caso, en español sí es adecuado.

Como reflexión final acerca de la oralidad en la cultura, habría que recalcar que este término es sinónimo de palabra; para los wayúu, la palabra es ley; es símbolo de la dignidad de los hombres de bien; es recreadora de su universo cultural; es portadora del espíritu razonador de la etnia. Por eso, la comisión coordinadora del PES, hasta principios de este año, ha organizado 44 ciclos de conversatorios con las autoridades tradicionales, denominados *círculos de la palabra* en donde solo se habla en wayuunaiki acerca de la necesidad de conservar la cultura y una de sus principales manifestaciones, el sistema normativo de este pueblo.

3. Cultura de la solidaridad, reciprocidad y redistribución.

A pesar de que entre los wayúu no se practica un sistema de tipo socialista, prima en ellos una unión de intereses, objetivos y propósitos que han permitido la subsistencia de la etnia en las condiciones adversas tanto ambientales como ante los embates de

los conquistadores y los nuevos colonizadores que han pretendido imponerles, a toda costa, su cultura, esto es: religión, valores, costumbres, formas de producción y consumo, su formas de impartir justicia, entre otros. Esta solidaridad se evidencia en múltiples prácticas culturales; nos detendremos de manera somera en algunas de ellas.

La solidaridad más generalizada entre los wayúu se origina en el principio de que no hay responsabilidad personal sino clanil. Así, ante un conflicto entre familias o clanes los miembros de las familias tanto la agredida como la agresora adoptan la solidaridad de cuerpo. En otras palabras, los miembros de ambas familias asumen el problema como propio para solicitar la compensación y el pago de la misma (Polo, 2015).

Por otra parte, son varias las situaciones u ocasiones en que se puede evidenciar la solidaridad entre las familias. Se observa en la consecución de la dote del miembro casamentero de la familia y en la adopción de los niños cuando sus padres perecen, como se verá en el apartado cinco de este texto; en el uso de sabanas comunales, zonas de pastoreo en los tiempos de mayor sequía; en la ayuda a miembros distintos de la familia que están relacionados por la casta y, en general, en la práctica de la reciprocidad.

La reciprocidad o intercambio mutuo o corporativo de favores, mano de obra, bienes, obligaciones y privilegios, es una práctica cultural ancestral entre los wayúu. Son actos y hechos que constituyen parte esencial de su código de persona íntegra, honesta y digna de la categoría cultural de *caballero*; es pertenecer, a la clase de personas que Pocaterra (2006) llama los */anaa, anaa aainjula/*, personas de bien.

Observada desde la óptica de la reciprocidad, la cultura de la compensación adquiere un nuevo fundamento. A largo plazo, los */apüshi/* que pagan por las faltas cometidas, en otras ocasiones podrán ser compensados cuando sus miembros sean agredidos. Se forma así "una suerte de macroeconomía de bienes específicos (…) que implican una permanente circulación de estos bienes dentro del contexto de la sociedad" (Perafán, 1995, p. 193). Es el conocido círculo de la reciprocidad del que hablamos antes. Igualmente, acontece algo similar en lo concerniente a la dote; cuando esta es alta u onerosa, los amigos contribuyen aportando sus bienes y dineros en el convencimiento de que habrá reciprocidad si llegaren a estar cortos de medios. La voz de Jesús Rodríguez es reveladora:

> Si yo tengo un problema acudo a los demás wayuu: vecinos, amigos y familiares. Ellos contribuyen o aportan al pago que debo hacer. Cuando ellos tengan problemas vienen a donde mí y yo tengo que devolverles lo mismo que ellos me aportaron cuando lo necesité, ni menos ni más. En esto consiste la reciprocidad en el pueblo wayúu (Martínez & Hernández, 2005, p. 148).

Por otra parte, en el plano de las obligaciones de reciprocidad, es posible considerar tres clases: la ayuda en labores del campo como marcar, castrar o cortar las orejas a las ovejas y el ganado; el intercambio de elementos de consumo cuotidiano, por ejemplo pescados y carnes por vituallas y frutas; y el trabajo en labores domésticas a cambio de la manutención en casos en que una familia carezca de medios para subsistir.

La redistribución es una consecuencia de la reciprocidad. En el sistema normativo wayúu, los pagos se entregan no para engrosar las arcas de los miembros de un */apüshi/* sino para que sean repartidos entre los miembros que han colaborado en las compensaciones. Los actos de redistribución están ligados a aquellas situaciones problemáticas en que haya cobro y pago. Esta forma de operar en los casos de crisis de las familias es el fundamento cultural del mantenimiento del orden social y de la economía de bienes con una *permanente circulación de estos bienes dentro del contexto de la sociedad*.

4. La cultura del cobro o pago.

Uno de los soportes fundamentales del sistema normativo wayúu es la compensación o pago por las ofensas, agravios, lesiones, o faltas cometidas por miembros de un clan, casta o familia contra otro de la etnia. En el sistema de la justicia ordinaria nuestra, esta práctica, aunque no está excluida, no forma parte básica de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esta práctica, que nos parece rara, ha existido en muchas culturas antiguas en las cuales es posible encontrar tablas de valoración o estimación del precio por pagar por las lesiones o faltas cometidas a otra persona. Esas tablas se encuentran en códigos como Hammurabi, babilonios, hebreos romanos y germanos.

El wayúu es consciente de que todas las formas de agresión de un individuo, parte integral del colectivo, deben ser reparadas y la única manera de hacerlo es mediante el pago de una cantidad de especies (collares, joyas, ganado bovino, caprino, ovino) o dinero. Una muestra de la consciencia de la obligatoriedad del pago se palpa en la intervención del señor Reverol Jayariyu en el acto de reparación por la muerte de un joven que perdió la vida al estrellarse con un camión de su propiedad. Así se expresó: como pueden observar, estoy luchando por mi vida (padece una severa enfermedad) pero como wayúu sé que tengo que responder (…) aunque el pago lo hago más a título de donación dadas las circunstancias de lo sucedido. (Polo, 2015a, p. 45). Es consciente de que el camión de su propiedad fue instrumento para la muerte del joven y que él, según la costumbre wayúu, es responsable por el uso de todo lo que le pertenezca a su clan.

Los cobros y los pagos son de diversa índole. Para los efectos de este apartado nos detendremos en tres tipos básicos: los cobros para la unión de las parejas, los pagos por muerte de un wayúu y los cobros por atentar con la honra y la integridad de las personas.

En relación con la unión de las parejas, como veremos más adelante, el hombre *paga* una buena cantidad de especies y dinero para entrar al clan de la joven pretendida. Esto se conoce como la dote o /*paünaa*/ que acrecienta el patrimonio de la familia de la madre de la joven núbil. Además de este pago, el novio debe indemnizar a la madre de su mujer por la sangre derramada en la primera penetración. Esta indemnización tiene más un carácter de regalo.

Por otra parte, en lo pertinente con la vida hay, al menos, dos pagos: el pago de la carne / isho'upana/ y el pago de las lágrimas / eewira/; los pagos se basan en el principio de que la "vida es sagrada; hay que conservarla a toda costa; por eso hay que compensar a los agredidos para que no se vayan a desatar guerras" (Polo & Ojeda, 2014, p. 113). El cobro de la carne /*rukuu*/ lo exige el clan de la madre, dado que el occiso es carne de la madre /*eirukuu/,* una compensación que se hace por intermedio del palabrero putchipu'ui el cual realiza la tarea de acercar a las partes para ajustar los hechos a la verdad y justicia en pro de la reconciliación de las mismas (Polo, 2015). Generalmente, antes del cobro de la carne se practica otro, conocido como cobro y pago de las *lagrimas* por la sangre derramada. Si el de la carne pertenece la familia de la madre /*apüshi*/, el de la sangre le corresponde a la del padre /*oupayuu*/. Este es un pago menor que reciben los familiares del occiso para contribuir a los gastos del entierro y velorio del muerto. El velorio suele durar varios días en que se le sirve comida y bebida abundante a toda persona que asista a solidarizarse con los deudos.

Otro de los sustentos culturales en que está inscrita la compensación entre los wayúu es el respeto a la honra e integridad de la persona (Polo & Ojeda, 2014, p. 113); su honra, buen nombre e integridad física, no pueden ser conculcados por un individuo de otra familia sin que tenga consecuencias socia-

les. Por eso si cualquier wayúu es herido, golpeado, calumniado, injuriado, agraviado, violada, imputado falsamente, abusado en su confianza, inducido al error por un mal consejo o despojado de sus pertenencias; su /apüshii/ tiene que cobrar la afrenta puesto que existe en la cultura solidaridad de cuerpo, el clan o casta, llámese uriana, *los de ojos sigilosos*; epieyú, *los nativos de la propia casa*; iipuana, *los que viven sobre las piedras*; Juusayu, *los mansos de altivez bravía*; y waliliyuu, *los de pies ligeros*.

Tan fuerte es este principio de la compensación que el /apushii/ que no cobra pierde el respeto de la comunidad y queda fuera del "círculo de reciprocidades del sistema de compensación, ya que este apüshi, en el futuro, estará sujeto a que lo increpen diciéndole: ¿Por qué me cobra a mí, si antes no le pagaron, no fue capaz de cobrar" (Perafán, 1995, p. 231). En muchos casos, la compensación se realiza de manera directa, por el diálogo entre los jefes o autoridades del clan; sin embargo, la más generalizada forma de resolver estos conflictos y problemas interetnias es mediante los buenos oficios de un palabrero o /pütchipü'üi/.

Ahora bien, este sistema de compensación, consistente en el cobro y pago respectivo por la afrenta recibida:

> (...) puede considerarse como un requisito esencial para lograr la concordia entre dos grupos familiares indígenas, pues la paz-según los palabreros wayúuno nace sólo de la voluntad política de los individuos de cesar las hostilidades sino del restablecimiento de los mecanismos ancestrales de control social (Guerra,. 2007, p.76).

Los efectos de la concordia lograda con la compensación se evidencian en las palabras que, según la tradición, las mujeres suelen comentar:

> (...) todo problema debe arreglarse porque es muy bueno andar con seguridad y tranquilidad por los caminos. Es bueno no tener problemas con nadie, puedes andar libremente, dormir en el monte, andar detrás de los animales, cazar, pastorear, trabajar en cualquier cosa sin temor de tener enemigos (Guerra, 2007, p.82).

Además, hay que recalcar que la solución de conflictos mediante este mecanismo rechaza de plano la privación de la libertad del agresor por considerar que al estar en prisión no está en capacidad de compensar su falta; hecho este que, para los palabreros, genera impunidad (Urbay, 2014).

Pero ¿Qué sucede cuando no hay acuerdo entre las partes? Es una situación que ha tenido serios efectos negativos tanto para la reputación de la etnia como en pérdidas de vida debido a dos tipos de sucesos: la venganza de la sangre y la declaración de guerra.

5. La verdad y la prevención de la repetición

La solución de las situaciones conflictivas entre los wayúu se erige sobre la verdad como punto de partida para la reparación y posterior reconciliación y en la no repetición como principio resocializador de los jóvenes.

En la cultura wayúu todo proceso de solución de conflictos y de reconciliación, como en todos los procesos de esta naturaleza en el mundo, se basa en la verdad. En la solución de los grandes conflictos del mundo han operado las comisiones de la verdad. No es posible llegar a una verdadera reconciliación sin que brille la verdad. Para los wayúu, decir la verdad y respetar la palabra son términos estrechamente dependientes. El respeto por la palabra se origina en el carácter colectivo que prima entre los miembros de un */apüshi/*. Con la palabra no solo se compromete la persona, se involucra a todo el clan. De manera que la mejor manera de llegar a la solución de un conflicto es diciendo la verdad por respeto a la palabra propia que, en últimas, es la palabra del clan.

Cuando un palabrero es invitado por una familia para *mandar la palabra* a otra familia por causa de una agresión, la condición necesaria es que los hechos que le indilguen a la otra familia sean ciertos. No es de su competencia establecer la veracidad de los hechos, objeto de la imputación de cargos. Parte del hecho de que la familia ha empleado los medios existentes en la cultura, como la confesión del agresor, testimonio de testigos, rastreo de huellas, espionaje en búsqueda de indicios y medidas preventiva, para tener la certeza de quién y de qué familia es el actor de la agresión. Inclusive, se debe determinar qué grado de concarnidad y consanguinidad tiene en esta familia. En el caso de no tener la certeza de la imputación, la costumbre es abstenerse, porque una falsa imputación es contra la norma que prescribe una compensación.

Por otra parte, la prevención de la repetición de las faltas o fractura de las normas del sistema se sustenta en la reciprocidad y la compensación. Como todos los elementos de un sistema guardan estrechas relaciones, también encontramos que la responsabilidad colectiva es una talanquera que previene la repetición de las mismas faltas. Recordemos las palabras con las que un /*ala*ü'*la*/- tío materno recriminaba a su sobrino después de un acto de compensación:

> (...) mire por usted, yo perdí mi cadena, vea ahora quedo con el cuello limpio, sin collares; el toro que estaba ahí me toco entregarlo. Entonces yo no quiero que siga usted buscando problema. Quiero que de ahora en adelante usted madure, se responsabilice y se dé cuenta del problema (en que nos pone) Urbay (2014, p.105).

Este mismo /pütchipü'üi/ agrega a continuación: *"es como para darle un castigo al clan"*. Con este tipo de reproches los jóvenes díscolos de las familias reprimen sus instintos agresivos. Además, después de dos reincidencias, por insinuación de la familia, se separa de esta para no perjudicarla más. Sin embargo, no se le destierra sino que se le envía a donde otros familiares a los que acceda a respetar.

De esta manera, la compensación opera como estrategia para que los miembros de la etnia no vuelvan a cometer las mismas acciones, sean estas lesivas al orden establecido o, simplemente, preventivas de acciones futuras, como es el caso del pago de la /*paünaa*/ o dote. Esta se convierte en una talanquera para que un joven de un clan no pretenda contraer matrimonio varias veces; pagar dos o más dotes de un solo hijo es una carga muy onerosa para un jefe de familia, máxime cuando hay otros jóvenes por casar para los cuales hay que tener las reservas necesarias.

6. La cultura de la /paünaa/-dote.

Una de las prácticas culturales de los wayúu que chocan de manera frontal contra la cultura del país es, la mal llamada compra de la mujer. Según el conocimiento común, existente en los medios y entre la gente del común, los wayúu compran a las mujeres mediante el pago de joyas, collares, animales vacunos y caprinos; e incluso, en la actualidad mediante dinero. Para los responsables de direccionar el PES, esto no es cierto. Esto responde a un conocimiento descontextualizado que, considerado fuera de la cultura de la cual proviene, se le hace coincidir con esa concepción que se practicó en occidente, no hace muchos años, en que las jóvenes eran prometidas y casadas, desde temprana edad, con varones que los padres escogían de acuerdo con la dote que estos recibieran.

Mutata mutandis, las jóvenes wayúu son entregadas por el tío materno o el padre, mediante el pago de una dote /*paünaa*/ a sus pretendientes; no pocos de buena capacidad económica. Hay que tener presente que, en la mayoría de los casos, la interme-

diación entre las dos familias se hace mediante un /pütchipü'üi/, o palabrero como se les denomina en español. Sin embargo, es posible trazar una gran diferencia en la finalidad de esa dote, en contraste con la concepción de dote en la cultura occidental. Hay, al menos dos clases de razones por las cuales esas especies (joyas, collares, ganado, etc.) que el hombre entrega al tío o al padre –más recientemente– como la primera autoridad del clan, responden a propósitos muy diferentes al de la simple compra de la mujer, e incluso, al empleo de la dote en ciertos momentos de la cultura occidental.

Primero, como se desprende del análisis de la palabra /*pa*ünaa/ o dote, del wauyunaiki , la cual literalmente significa *entrego esto para entrar a lo privado*; es la constancia del interés, voluntad y decisión del pretendiente de entrar al interior del clan de la mujer escogida y como símbolo de la unión de la pareja con repercusiones sociales dentro y fuera del clan. Segundo, y es lo más significativo desde el punto de vista del sistema jurídico, es el *case* que adelanta el hombre para la subsistencia y porvenir de la gran familia a la que pretende entrar. De ahí que hay que recalcar que esas especies y dinero, que la familia del clan del pretendiente entrega, tienen un propósito simbólico con un significado muy diferente al de la simple compra de la mujer.

Ahora bien, cuando observamos esta práctica en el contexto cultural de los wayúu, se evidencia cuán errada se halla esa apreciación de que los wayúu compran a sus mujeres. Para los palabreros, de acuerdo con su sistema ancestral, de esta práctica se derivan normas de derecho de obligatorio cumplimiento: la línea de sucesión de herencias, las reclamaciones por concepto de cesantías y derechos de los wayúu fallecidos, la crianza y asistencia alimentaria de los hijos y la patria potestad de los jefes de familias. Estas normas necesitan ser comprendidas por los administradores de justicia del país so pena de cometer desafueros en contra del sistema jurídico de los wayúu. Es el área intercultural que jueces, fiscales tienen que coordinar con las autoridades de la jurisdicción indígena.

A manera de ejemplo, conviene ilustrar estos cuatro casos, íntimamente relacionados con la coordinación interjurisdiccional; es decir, casos en que debe existir la coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política y explicitada la Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional que señaló: "se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución – entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse" (Colombia, Corte Constitucional, 1996)

Por el mismo hecho, los hijos de un wayúu engendrados fuera del clan de su mujer no heredan los bienes que este haya adquirido dentro del clan familiar de esta. Conviene anotar que en la cultura existe la poliginia. Los bienes, adquiridos mediante la dote, pertenecen exclusivamente al clan de la mujer; son bienes que administra el tío materno. Precisamente, la dote que el novio entrega al entrar al clan es la *semilla* que al germinar da frutos que pueden multiplicarse y que, indiscutiblemente, según la cultura wayuu, pertenecen al clan de la mujer. En este sentido, la costumbre se deriva del carácter matrilineal de la descendencia, por ende, del matrilinaje: el linaje de la madre y lo que esta posee en su clan lo heredan únicamente los hijos salidos de su vientre, no los otros hijos de su marido. La concepción de esta norma, que está en el centro de la identidad cultural y étnica de los wayúu, ha sido objeto de luchas entre los miembros uterinos y los

hijos del padre. Algunos de estos pretenden desconocer la tradición y acuden a la justicia ordinaria para que esta le aplique la norma de la justicia ordinaria. De hecho, los administradores de justicia wayúu están haciendo valer esta práctica cultural ante los tribunales de la justicia ordinaria.

Así mismo, al tenor de este sistema especial de justicia, para los wayuu es claro que sus autoridades claniles no deben apoyar las reclamaciones de las viudas y huérfanos de trabajadores wayúu de empresas nacionales y multinacionales cuando pretenden obtener los derechos de cesantías y seguro de vida del marido y padre. Puesto que este, al entregar la dote, ya ha cumplido con sus obligaciones futuras de mantener a sus hijos. Ahora bien, al ser el difunto, miembro de un clan diferente al de su mujer, esta clase de derechos, no entra al patrimonio del clan de esta sino al de la línea materna al que pertenece. Asimismo, el cuidado y protección de los huérfanos y viuda le corresponde al tío materno como autoridad y responsable del clan de su sobrina. En este sentido, se afirma que para los wayúu no existe la categoría de huérfano dado que el niño o niña al desaparecer el padre o la madre no queda solo, es deber del tío materno y del todo el clan hacerse cargo del mismo. Este conocimiento intercultural ha permitido al Bienestar Familiar de la Guajira dirimir casos en esta directriz de la tradición de la etnia. Se cumple así con la norma intercultural.

Ahora bien, cuando el Bienestar Familiar condenó a un padre de la etnia wayúu, por no proporcionar la asistencia alimentaria a sus hijos, estaba desconociendo el uso y costumbre de esta etnia que ha trasladado esta obligación en el tío materno, administrador de los bienes de la madre, provenientes en gran parte de la dote que la familia del padre de esos hijos entregó al comienzo de la vida de la pareja. En realidad, ya son pocos los casos que se dan a este respecto, dado que el Bienestar familiar ha comenzado a intercambiar ideas con las autoridades wayúu y con los miembros de la Junta Mayor de palabreros.

En este mismo orden de ideas, hay que reseñar tres tipos de conductas relacionadas con la costumbre de la dote /paünaa/: la crianza y educación de los niños wayúu como responsabilidad del tío materno, el respeto a la mujer y el carácter de indemnización de este pago.

El tío materno o el padre son responsables de la crianza y educación de los jóvenes. Esta responsabilidad va más allá de los límites de edades establecidos en la legislación nacional. Es así como él, jefe del colectivo o el clan, tiene que responder por los errores y desaciertos de sus sobrinos. De esta manera, la buena o mala educación de los miembros del clan son imputables a la primera autoridad del clan o /*ala*ü'*la*/. A este respecto, son muy significativas las palabras de Germán Aguilar, líder y gestor cultural residenciado en Uribia cuando afirmó, en el encuentro de palabreros celebrado en el XXVIII Festival de la Cultura wayúu: "*es el respeto a su tío materno cuya labor educativa queda en tela de juicio con los errores cometidos por sus sobrinos*". Así, en casos de reparación por delitos cometidos por un miembro del clan, es el tío materno, apoyado por su sobrina, quien debe hacerle frente a la situación.

Otra consecuencia de haber hecho ese case para formar un *patrimonio* con la mujer pretendida es la sagrada obligación de respetarla. Los wayúu practican el dicho popular que reza: *a la mujer no la tocas ni con el pétalo de una rosa*. Ellos saben perfectamente que pegarle a la mujer constituye una falta grave que tiene que ser reparada; que maltratarla es tocar lo más sagrado del clan y quien ose hacerlo es severamente castigado por todos

los miembros de la familia, en especial, por el tío materno que sale de inmediato en su defensa. En este caso, como en muchos otros, una etnia considerada *salvaje* da lecciones de vida a los miembros de otra, la *civilizada*.

Por último, hay que anotar que la dote es un mecanismo para que la unión de la pareja perdure. Suele acontecer que el hombre se aleja por mucho tiempo del territorio, por diversas circunstancias. La mujer, por respeto a las autoridades de las dos familias –la propia y la de su marido– y de la dote recibida de esta, tiene que guardarle la espalda. La norma sanciona de manera drástica la conducta de las mujeres que buscan otro marido. En este caso, la familia de esta mujer tiene que devolver la mitad de la dote más una compensación por la afrenta infringida e, incluso, por las flatulencias soportadas durante la unión matrimonial. Todo esto, sin contar con los daños morales causados al jefe y a toda su familia pues se convierten en objeto de escarnio ante los otros clanes.

7. La joven núbil en la cultura wayúu.

Una segunda concepción de la cultura wayúu, que choca con la del país nacional y que tiene implicaciones jurídicas, es la edad de la joven púber; un tópico relacionado con la pregunta: ¿A qué edad una joven está apta para *casarse?* De acuerdo con la norma de la justicia ordinaria del país, las jóvenes menores de quince años no pueden casarse sin el consentimiento de los padres; además, culturalmente se considera que no están aptas ni mentalmente ni desde la perspectiva de sus funciones como mujer y ama de casa para contraer. Por eso, el derecho penal castiga como corrupción de menores el acceso carnal a jóvenes menores de catorce años.

En cambio, en la cultura wayuu, una joven es apta para contraer desde el momento en que le aparece el período menstrual. No obstante, a diferencia de la cultura dominante, la joven es sometida, por las mujeres mayores del clan, a un ritual de varias semanas, el *encierro* en que se le prepara para desempeñar las labores de mujer y ama de casa. Este ritual termina con la danza de la Yonna; un baile más conocido con el nombre de la chichamaya, término que los gestores culturales consideran que no corresponde a la realidad lingüística y cultural de los wayúu. Según Mejía (2001, p. 94) sus entrevistados "coinciden en darle una gran valoración al encierro de la joven wayúu como un proceso educativo integral de gran repercusión en su vida futura para bien de la familia y de la etnia en general". Desafortunadamente, los internados, que son solo para las jóvenes, están terminando con esta costumbre imponiéndoles la concepción cristiana.

Esta práctica cultural da pie a varias normas jurídicas. En primer lugar, la joven puede casarse de acuerdo con las costumbres de la etnia; esto implica que no se considera corrupción de menor el acceso carnal voluntario, dado que la mujer está preparada para tener marido. No obstante, en estos casos, la autoridad a la que pertenece la joven está en la obligación de hacer reparar la falta de acuerdo con la tradición que exige el pago de la dote. En esta coyuntura, la dote se incrementa pues se juntan dote y reparación; es el carácter preventivo de la cultura que no admite que sus miembros se salgan de los moldes trazados por la tradición.

Un segundo caso es el acceso carnal violento a una joven o a cualquier mujer. Nunca el infractor wayúu es condenado a la pena de cárcel. Los administradores de justicia wayúu consideran que la condena del culpable con pena de cárcel es el comienzo de la impunidad puesto que no hay reparación; "se necesita que la persona esté en plena libertad para que haya reparación", así lo sentencia Urbay (2014). En este caso se trata de un afrenta grave al clan de la mujer; por ende, el costo de la indemnización es bien one-

roso para que afecte directamente al clan y sea este quien establezca las condiciones para la no repetición; es para, como afirma Urbay (2015), "disciplinar a los miembros de los clanes; estos no pueden ir creando conflictos entre las familias porque saben que afectan a todos sus miembros".

A manera de cierre.

Un recorrido por el desarrollo de los tópicos de este texto nos permite recalcar el hecho de que el sistema de normas de los wayúu no se puede separar, así sea por vía de análisis, de los factores que constituyen la cultura de esta etnia. Incluso, cuando observamos un factor como el territorio, que pareciera ser sólo el receptáculo de la cultura, encontramos que su concepción del territorio a partir del principio /ii/, fuente vital de agua dulce, sirve a los /pütchipü'üi/ para determinar quiénes fueron los primeros habitantes de un asentamiento o ranchería y los verdaderos poseedores de un territorio en disputa entre clanes.

En relación con el sistema normativo conviene tener muy presente que la aplicación del mismo está basado en tres principios: el diálogo, la solidaridad y reciprocidad, y la compensación y reconciliación. El uso de la palabra en que muchas voces, subjetividades y gestiones se entrelazan para la resolución de sus conflictos es la clave del control social. La solidaridad y reciprocidad recrean normas y condiciones que posibilitan la vida en territorios tan inhóspitos. La compensación y reconciliación crean lazos de convivencia y armonía en los clanes.

Referencias

Bordieu, P. (2000). *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo*. Bogotá: Uniandes.

Colombia (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Legis.

Colombia, Corte Constitucional (1996). Sentencia T-496/96.

Colombia, Presidencia de la República (1998). Decreto 2655. Recuperado de www.anm.gov.co/sites/default/files/decreto_2655

Gómez, H. (2014). *Caracterización de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de la región andina*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Guerra, W. (2006). Los conflictos intrafamiliares wayuu. *Revista de Antropología y Arqueología*, 9(1 y 2), pp. 81-92.

Guerra, W. (2002). *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayuu*. Bogotá: Ministerio de Cultura.

Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado,* 26, 85-105.

Martínez, S., & Hernández, A. (2005). *Territorio y ley en la sociedad wayúu*. Riohacha: Fondo Mixto para promoción de la cultura.

Mejía, O. (2001). *Conceptos de la sexualidad wayuu expresados en los mitos, leyendas y tradiciones*. Riohacha: Fondo mixto para la promoción de la cultura y artes de la Guajira.

Ojeda, G. (2013). *Sistema normativo wayuu aplicado por el palabrero. Plan especial de salvaguardia (PES) del sistema normativo wayuu aplicado por el palabrero*. Maicao: Junta mayor de palabreros.

Perafán, C. (1995). *Sistemas jurídicos: Páez. Kogi, wayúu, Tule*. Bogotá: Colcultura.

Pocaterra, J. (2006). Principios lingüísticos y culturales que orientan las normativas del derecho consuetudinario wayúu. *Frónesis,* 13(1), 92-107.

Polo, N., & Ojeda, G. (2014). Mirada a la cultura wayúu, base de su sistema normativo. *Verbum* 9(9), 109-117.

Polo, N. (2015). La reparación y reconciliación en el sistema normativo wayúu. *Advocatus*,

Polo, N (2015). *Materiales de la investigación. USAM-II-DESA-2015-10*. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda.

Urbay, A. (11 de abril, 2014). Entrevista con Elizabeth Pontón en el caso de la masacre de Bahía Portete. Uniandes.

Parrhesía y compromiso discursivo ciudadano: *La paradoja de Sócrates y la diferencia del coraje de la verdad*[*]

Rafael Alejandro Betancourt Durango[**]

Resumen: Este artículo explora el carácter discursivo de la *parrhesía* y su veridicción, su dimensión ético-estética, el problema de la formalidad lógica de la verdad y siete rasgos desde su perspectiva discursiva. Resalta la función de la p*arrhesía* como *homología* y plantea la inversión participativa del discurso del *parrhesiasta* entendido como el afirmador de la verdad.

Palabras clave: *parrhesía*, persona, veridicción, discurso, homología, compromiso

Abstract: This paper explores the discoursive nature of the *parrhesía* and its veridiction; ots ethical-aesthetical dimension; the problem of the logical formality of trut; seven traits its has from a discoursive viewpoint. The paper highlights the parrhesía functioning as homology, and points out the participative inversion of the discourse of the parrhesiast, as the one who states the truth.

Key words: *parrhesía*, person, veridiction, discourse, homology, commitment

I. El compromiso con la veridicción

La reflexión respecto a la relación entre discurso, participación democrática y persona que se propone en este artículo es al mismo tiempo polémica y sugerente. Particularmente, es polémica debido a los juegos de sentido que aventura a plantear respecto a la continuidad del pensamiento por lo público, juegos con los cuales se compromete. Es de igual manera, sugerente, toda vez que la política como arte de lo posible reclama un agenciamiento que, de modo implícito, acepta que tal posibilidad se reduce a la actuación de una persona específica en una situación específica.

En efecto, el dilema profundo que se enfrenta aquí es el de la realización individual, señalable con el dedo, de la justicia como principio fundamental del quehacer colectivo, es decir, de su capacidad de tener expresión concreta en la democracia que admite el discurso polémico.

Esta relación tripartita democracia-justicia-persona es polémica porque puede sorprender que se le dedique un esfuerzo filosófico profundo a establecer una relación entre la democracia de la actualidad con el planteamiento de los textos de Platón, quien, habiendo pertenecido a la civilización que la propuso, fue tan severo con ella. Dado que el tema

* Artículo resultado de la investigación *Dimensión ética del concepto de ciudadanía*, adelantado en la Maestría en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, dirigido por el docente Juan Edilberto Rendón Ángel, Magister en Filosofía y candidato a doctor de la Universidad de Antioquia.

** Abogado de la Institución Universitaria de Envigado y candidato a Magister en Filosofía de la Universidad Pontifica Bolivariana. Especialista en Seguridad Social de la Fundación Universitaria María Cano. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado, miembro activo del grupo de investigación *Auditorio Constitucional*. Correo electrónico: alebetadura@hotmail.com

fundamental que vincula a la filosofía y al derecho en este punto es la justicia, sorprende que autores como Przeworski (2010, 2012), Dworkin (2010) y Sandel (2009) apenas si hagan referencia a Platón en su esfuerzo reflexivo respecto a la relación tensionada entre este principio fundamental y su funcionalidad democrática. No cabe duda de que el planteamiento político platónico es elitista, y que su desconfianza y reserva hacia la democracia adquiere los lineamientos del desprecio.

En ese sentido, en Platón es clara la influencia pesimista de Heráclito respecto a lo público, por lo que sorprende la elisión, intencional o inadvertida, que hacen de Platón muchos de los autores que en la actualidad piensan la relación entre democracia y justicia. De ahí que la persona, la cual no se ignora ni se omite, tampoco cumple con el rol central que se le quiere conceder en lo que sigue.

Para que esta propuesta sea posible, se hace necesario que exista un elemento que dé relevancia al esfuerzo, y que lo haga viable y sugerente. Y es que hay una diferencia fundamental entre la postura de Platón como autor de los diálogos, particularmente el *Gorgias*, el *Protágoras* y la *Apología*, y la influencia que Sócrates, como fuente y fuerza inspiradora, tuvo sobre él en esa relación paradójica entre el maestro querido pero silencioso –el maestro que no escribe– y el discípulo genial y comprometido que trató de llenar de significado ese silencio.

En efecto, uno de los rasgos básicos de la filosofía platónica es que no es uniforme, y hay un sector de la obra, el que se considera la primera parte o *de juventud*, que tiene una indudable influencia directa del *maestro* en lo que respecta al valor político-democrático de las reflexiones que se llevan a cabo en ella.

En efecto, a pesar de que es imposible determinar a cuál de los dos filósofos pertenecen las reflexiones dado que quien escribió fue Platón pero en un clima emotivo y teórico influenciado por Sócrates, esta parte de la obra está abierta a una lectura no solo *política* sino *democrática*. Esto se debe a que aquella cumple un papel de hecho y el papel que puede cumplir en teoría el ciudadano en cuanto persona, es decir, caracterizado por la doble vertiente del compromiso público y de la aspiración privada.

Como se verá, en Sócrates no se puede establecer una distinción entre ambas vertientes, pues el hijo de Sofronisco dedicó su vida a tratar de comprender el oráculo negativo del dios de Delfos, el cual respondió que *no* a la pregunta de si había alguien más sabio que Sócrates en la Hélade. Pero esa dedicación hizo necesaria una interacción pública, y por tanto política, que tuvo interesantes implicaciones que, de la mano de Michel Foucault, vale la pena precisar como eminentemente democráticas, a pesar de que sea la democracia misma la que, después de condenar a Sócrates a muerte, queda en entredicho.

Esto último demuestra que en la obra de Platón hay elementos de interpretación de la democracia como un sistema de gobierno que, por muy reprochable que sea, fue el sistema de la Atenas clásica, el mismo que Sócrates honró al obedecerlo, aunque de modo claramente paradójico al cumplir con una sentencia que creía injusta. Platón pensó que, al condenar a muerte a Sócrates, la democracia se condenaba a sí misma como sistema de gobierno injusto. Pero la obediencia misma de Sócrates es un aspecto polémico, irónico si se quiere, que no haya sido tenido debidamente en cuenta, y que puede estar indicando que vale la pena preguntarse por la viabilidad de la democracia, a pesar de su imperfección, o quizá debido a la misma.

De acuerdo con lo anterior, cabe plantear que en la obra platónica existe un campo de

exploración en el que se puede proponer una relación conflictiva pero prometedora entre democracia, persona y palabra. Dicha relación es la que se establece entre justicia y verdad, es decir, un problema que es al mismo tiempo ético, jurídico y epistemológico. Y es Sócrates, en cuanto paradoja política y enigma teórico, la persona en la que confluyen.

Por tanto, el presente artículo busca proponer una reflexión respecto a la aparente contradicción que rodea a Sócrates en cuanto figura política. A pesar de que, al realizar tal reflexión, aparentemente se realiza un esfuerzo interpretativo que contraviene sus propias afirmaciones, se puede plantear una lectura que proponga el rasgo *público*, y por tanto activamente *político*, de la enigmática figura de Sócrates como parrhesiasta.

Esta alternativa es plausible si se recurre a la actitud ambigua y elusiva de Sócrates mismo, quien a pesar de haber asegurado que no tenía discípulos –porque solo quien puede enseñar algo los tiene– y que nunca escribió, llega hasta la actualidad gracias al esfuerzo narrativo de su discípulo Platón.

Lo anterior quiere decir que, inevitablemente, es necesario enfrentar el encubrimiento, y hasta cierto punto, la adulteración que imponen las palabras, y el reto de comprensión de la lejanía temporal y de las transformaciones culturales. Pero el esfuerzo vale la pena porque la fuerza misma de la personalidad de Sócrates influenció directamente a Platón de forma tal, que en lo que respecta a los temas de los diálogos helénicos de su juventud, y una parte importante de los diálogos del período intermedios –presentes a mitad de camino entre la dialéctica y la erística–, hace que resulte imposible resolver el enigma de lo que *realmente* le proviene del *maestro* Sócrates y de lo que *propiamente* se debe al genio creativo del *discípulo* Platón. Por eso vale la pena volver a plantear la pregunta de por qué resulta tan cautivante.

Pero no es necesario ir demasiado lejos ni ser demasiado aventurados para responder esta pregunta. Sócrates es, en gran medida, un invento del genio de Platón. Sin embargo, la vigencia y pertinencia hace que la obra del mismo Platón resulte siendo un medio y, conviene insistir, en un enigma que se encara con la intención de conferirle un nuevo significado, lo cual es plausible, antes que de pretender resolverlo. En este sentido, es imposible resolver este enigma en la medida en que siga habiendo una democracia que se deba a la tradición que comienza en la Atenas del siglo V a. C.

II. El problema de la formalidad lógica de la verdad

La lógica formalista de la verdad es insuficiente para comprender la riqueza y complejidad de la persona en su dimensión ciudadana. De ahí que la reflexión meramente funcional de la misma, construida a partir de una generalización de derechos y deberes con un sistema de castigo que no posee correlato, resulte siendo tan insuficiente como polémica.

En efecto, cuando se dice ciudadano es fácil pensar en contribuyente, en votante, en sindicado. Resulta siendo un procedimiento que simplifica la valoración legislativa y judicial que hace de la persona un individuo, tipificable, reductible y hasta analizable, pero que al mismo tiempo prescinde de toda una serie de aspectos de carácter político que son tan importantes como elusivos. Formalizar la persona la convierte en un individuo, pero del mismo modo, trivializa u omite los aspectos que son cruciales en la reflexión que sigue.

A ese respecto, se trata de una insuficiencia que solo se puede subsanar planteando una alternativa no formalista del rol del ciudadano, la cual abandona la aspiración por realizar efectivamente una coincidencia entre un

modelo predeterminado de verdad. En otras palabras, se debe dar un patrón de ciudadano que cumpla con una serie de requisitos normativos, al que se debe acomodar la serie de casos específicos que constituye la confirmación práctica de un modelo teórico. La dimensión en la que se puede plantear la alternativa no formalista *adopta la clave de lo ético-estético*, incluyendo la aceptación de la paradoja fundamental de la diferencia expresada por Sócrates frente a la democracia ateniense por y en la que vivió, y que lo condenó a muerte precisamente por configurar esa diferencia que no podía explicar ni reducir.

Se tratará, por tanto, la logicización de la verdad como un formalismo excesivo que sobresimplifica la persona, para plantear luego la alternativo veridictiva Foucaultiana.

En términos del pensamiento ético y del compromiso ciudadano, la verdad resulta siendo un problema que se plantea en lugar de una pregunta que se responde o una variable que se responde. Porque el *ser verdadero* no se puede concebir sin el ser justo. Y, por su parte, el ser justo no se puede concebir sin el ser bueno, ni el ser bueno sin el ser bello. Con lo que a las exigencias de carácter epistémico se agregan como corequisitos las exigencias de carácter político, ético y estético. Se trata, por tanto, de una postura holística de un alto nivel de exigencia. El aspecto formal está intrínsecamente relacionado con el aspecto lógico, y ambos con el aspecto jurídico de carácter normativo.

Este planteamiento resulta siendo muy difícil de comprender cuando la verdad se ha especializado de un modo tan radical como en la actualidad. Ya parece un síntoma de nostalgia metafísica hablar de la verdad o de una verdad. El pluralismo llegó primero a la epistemología, como sucede con los rasgos que son propios del relativismo caprichoso de las verdades en plural que, lejos de reivindicar las posturas autóctonas, lo que hacen es autorizar un eclecticismo tan disperso como sospechoso y dañino. La admisión a la verdad hace que cualquier cosa lo sea, con lo que el nivel del compromiso llega a niveles mínimos que, de lo bajo, resultan siendo bajezas.

El reto aparenten, superado por darle cabida a formas no institucionalizadas de la verdad, ha hecho que la pregunta misma pierda la competencia que, al menos para la filosofía y el derecho, está obligada a tener. La verdad relativizada y trivializada hace que la pregunta por la justicia se banalice hasta el punto de que el que entra en crisis, debido a esa falencia fundamental en el concepto mismo de Estado. Si se trivializa la verdad se trivializa la justicia; un Estado incapaz de administrar justicia entra de suyo en una crisis de legitimidad.

Pero el problema de la verdad tiene aquí elementos de carácter lógico y formal que desvían la preocupación fundamental. Se trata de aplicaciones procedimentales del derecho que lo formalizan de un modo radical, hasta el punto de establecer jerarquías entre la forma y el fondo que subordinan el segundo a la primera. El error básico de esta postura es el de asumir que el formalismo lógico, y su estructuración eslabonada y discreta que se asemeja a los pasos de un ensamblaje de piezas o de una receta, garantiza la calidad y limpieza en el tratamiento del contenido. Por tanto, no importa lo que se procese en la medida en que el proceso se guíe por un método preestablecido que se asume como claro y distinto. Si se garantiza la transitividad consistente de un paso a otro a partir de pruebas debidamente recolectadas, el resultado debe ser una verdad de carácter objetivo, es decir, verificable, confiable y concluyente.

En efecto, se trata de un error, pues esta postura formalista radical eleva el silogismo a la

categoría de lo universal y necesario, y pretende hacer que una conclusión que cumple con las condiciones de subordinación es por fuerza verdadera. Así, cuando se trata de la pregunta por lo justo, la estructura puede ser inadecuada, por no decir incorrecta, dado que el silogismo funciona muy bien en el contexto de lo objetivo, pero es altamente riesgoso en términos de los subjetivo, dado que su validez formal no basta: se tiene que tener presente su contenido semántico.

Un ejemplo simple de lo anterior, tomado del texto de Gula (2007, p. 206), es el siguiente: *Los anarquistas están inconformes con el gobierno* es la premisa mayor; *Harry está inconforme con el gobierno* es la premisa menor. La conclusión que la forma hace posible es que *Por tanto, Harry es anarquista*. Harry, entonces, no será simplemente un inconforme con el gobierno: está a un paso de convertirse en terrorista. Esto quiere decir que *la forma del silogismo es ciega para el contexto*: Harry bien podría ser integrante del partido que no está en el poder, o un profesor de filosofía política, o un senador de la oposición que hace control político. De hecho, el silogismo es un problema aun en lo objetivo, como lo expresa el siguiente ejemplo: *Todos los pingüinos son aves*, *Pascual es ave*, *Por tanto, Pascual es pingüino*. Pascual podría ser un ave diferente, un loro o un águila, por ejemplo. El silogismo es formalmente válido, pero semánticamente impreciso. A diferencia del error epistemológico de este último ejemplo, que se puede solucionar con una corrección objetiva, el primero introduce un riesgo subjetivo con importantes consecuencias en términos políticos.

¿Qué alternativa queda, si el problema lógico expresa una insuficiencia estructural que debe abrir el debate sobre el excesivo formalismo? Existe una posibilidad de abandonar este camino excesivamente formalista y plantear una alternativa de carácter filosófico. En efecto, es conveniente dejar la obsesión con el formalismo logicista de la verdad –herencia desafortunada del paso de la reflexión jurídica por el tamiz del positivismo–, y buscar una alternativa que integre de alguna manera los requisitos formales con las intenciones significativas. De este modo, antes que buscar una improbable síntesis integradora de carácter hegeliano, se debe plantear una opción no epistemológica, sino una que adopte un formato significativo de carácter ético-estético. Se trata del *criterio de veridicción parrhesiástico* propuesto por Foucault (2010, pp. 42-45) en su proyecto de construcción hermenéutico-subjetiva.

III. Dimensión ético-estética de la *parrhesía*

Es, pues, la diferencia veridictiva de la *parrhesía*, a saber, el coraje de la verdad como expresión de la participación política activa que no está interesada en el poder, la que permite plantear un rol ciudadano de la persona que no se reduce al mero cumplimiento de las normas y al ejercicio del voto de elección representativa. Un criterio meramente lógico-formal, es decir, positivizado, es insuficiente porque es extremadamente funcional. De hecho, dicho criterio no alcanza a ser ni siquiera una condición *sine qua non*, habida cuenta de las conclusiones inexactas en las que incurren, por ejemplo, las conclusiones del más mecanismo fundamental de la validez: el silogismo.

Cabe, por tanto, realizar una caracterización del concepto mismo de persona de modo negativo, o mejor, *negativizado*, en la medida en la que el énfasis está puesto en un compromiso que interactúa con el contexto democrático de forma que rete a la democracia misma a reivindicarse como sistema político competente, vigoroso y, por tanto, justo y legal. Esta negativización parrhesiástica se comprende como una participación en política desde la periferia, es decir, desde

la opinión, la contradicción, la denuncia, la pregunta incómoda, la caricatura. El *parrhesiasta* es el demócrata atento a las maniobras y gestos del cinismo democrático, una suerte de custodio de la democracia que se ve en la situación de comportarse de un modo que solo en la superficie parece antidemocrático.

En efecto, este carácter negativo del parrhesiasta frente a la democracia a la que pertenece será tratado con detenimiento en el apartado siguiente, por lo que la comprensión de su vigor depende de establecer un enlace entre la veridicción Foucaultiana y la función negativa del mismo frente a la democracia. Sin esta negativización política, el parrhesiasta sería el individualista desatento o atento solo para su propia conveniencia que, como lo asegura Castoriadis (2012, pp. 100-101), es una molestia y una carga para la *polis*, pero porque tiene un discurso incómodo, no porque sea un mal ciudadano.

En efecto, un aspecto fundamental de la democracia ateniense que sigue sin ser debidamente comprendida, y que abre el espectro de la participación política alternativa, es que la indiferencia, la desatención y el oportunismo –manifestadas discursivamente– son pecados en la política democrática. De ahí que sea una obligación participar en el gobierno de la *polis*, o en este caso, del Estado, de la manera que sea posible.

En el caso actual, ya que la democracia es representativa, se hace necesario participar por medio de la opinión, del ejercicio de hablar franco, esa vía negativa del cuarto criterio de veridicción de Foucault. Ya que Przeworski (2012, p. 111-117) mismo se pregunta con preocupación qué hacen los electores cuando no hay elecciones, a qué se dedican durante ese largo período se deben convertir en un mecanismo de control democrático. Si Colombia vive en un perpetuo período de elecciones, se debe en gran medida a que los electores solo adoptan una actitud activa depositando los votos en las urnas. Sin duda, es un gesto muy breve para ser celebrado como fiesta democrática. La alternativa es, sin duda, la participación negativizada, el hablar franco, el coraje de la verdad. Se trata de un uso políticamente competente de la libertad de opinión como derecho fundamental.

Ahora bien, en esta reflexión de índole filosófico-política puede parecer absurdo asegurar que el criterio de veridicción parrhesiasta posee rasgos ético-estéticos. El primer elemento es perfectamente comprensible desde el punto de vista de la filosofía práctica. El que resulta extraño, por no decir que irrelevante, es el *estético*.

Pero es a partir de este elemento estético el que se puede configurar la operatividad negativa del parrhesiasta para la democracia. En lugar de ser un elemento ajeno al que se le quiere ajustar por fuerza, es el que reivindica la participación ciudadana en un contexto democrático masificado como el actual. Este es el que expresa la actualidad del compromiso socrático, el del hombre que participó en la democracia solo porque era su deber como ciudadano, el del que prefirió el perfeccionamiento de su propia persona y la obediencia a un pronunciamiento oracular a su propia vida.

La paradoja es manifiesta. Esa es la razón por la que se propone esta actitud socrática como una participación democrática ético-estética indirecta, o mejor, negativa. Es un aspecto del ciudadano que ha sido dejado de lado por las excesivas exigencias formalistas de las normativas y por el distanciamiento al que los ciudadanos han sido sometidos a causa de la representatividad que es el mal necesario de la democracia compuesta por millones de ciudadanos.

En efecto, si se trata del arte de vivir como lo plantea Nehamas (2005), y del gobierno

de sí y de los otros como lo sugiere Foucault (2009), la pregunta por la vida justa es, necesariamente, la pregunta por la vida bella: lo ético se hace también estético. Mucho fue lo que perdió la pregunta por la política cuando consideró que su objeto podía prescindir de este rasgo fundamental que ha convertido a Sócrates en el perpetuo ausente en el esfuerzo por comprender la pertinencia de la democracia y a Platón en un crítico muy agudo al que no parece ser necesario responderle porque es un antidemócrata. ¿No debería ser, al contrario, este la figura central de toda la preocupación por reivindicar la democracia como el sistema de gobierno menos objetable?

Todos estos elementos están por ser debidamente considerados pues el proyecto de cuidar de sí, de conocerse a sí mismo, es también un proyecto de construirse a sí mismo. La participación en la democracia es también un gesto de carácter estético, y tal participación no es un mero activismo caprichoso porque es, conviene insistir, de carácter negativista. La veridicción, como alternativa a la verdad lógica, es un criterio ético que incluye ese aspecto estético. Es en Sócrates, el hombre de la *polis*, en el que se presenta tal coincidencia afortunada y esa actitud negativista.

IV. Cuatro rasgos de la parrhesía según Foucault

El filósofo francés señala cuatro elementos constitutivos de la parrhesía. El primero, es que "Se trata de un decir veraz, un decir veraz irruptivo, un decir veraz que genera una fractura y abre un riesgo: posibilidad, campo de peligros o, en todo caso, eventualidad no determinada" (Foucault, 2009, p. 79).

El segundo aspecto es que la parrhesía no es indiferente: "es siempre una especie de formulación de la verdad en dos niveles: un primer nivel que es el del enunciado de la verdad misma" (Foucault, 2009, p. 80) y "un segundo nivel del acto parresiástico, de la enunciación parresiástica, que es la afirmación de la verdad de lo que se dice: uno mismo lo cree, lo estima y lo considera en concreto como auténticamente verdadero" (Foucault, 2009, p. 80). Es decir que no se puede ser vocero de la parrhesía, que la parrhesía habita en quien la expresa, pues la parrhesía es algo más que la siempre manifestación de una verdad. Se trata de habitar una verdad riesgosa: "Digo la verdad y creo verdaderamente que es verdad, y creo verdaderamente que digo la verdad en el momento de decirla" (Foucault, 2009, p. 80).

El tercer rasgo es que "al margen del estatus y de todo lo que pueda codificar y determinar la situación, el parrhesiasta es quien hace valer su propia libertad de individuo que habla" (Foucault, 2009, p. 81). Es decir que se trata de cierta manera de hablar, de decir la verdad y, por tanto, de exponerse al riesgo por decir esa verdad.

Y finalmente, el cuarto es:

> La *parrhesía* es una manera de abrir ese riesgo ligado al decir veraz al constituirnos en cierta forma como interlocutores de nosotros mismos cuando hablamos, al ligarnos al enunciado y la enunciación de la verdad. Para terminar, la *parrhesía* es una manera de ligarnos a nosotros mismos en la forma de un acto valeroso. Es el libre coraje por el cual uno se liga a sí mismo en el acto de decir la verdad. E incluso es la ética del decir veraz, en su acto arriesgado y libre (Foucault, 2009, p. 82).

Porque en efecto, "el parrhesiasta, quien utiliza la *parrhesía*, es el hombre verídico, esto es: quien tiene el coraje de arriesgar el decir veraz, y que arriesga ese decir veraz en un pacto consigo mismo, en su carácter, justamente, de enunciador de la verdad. Es el verídico" (Foucault, 2009, p. 82).

De forma concluyente, conviene insistir en dos definiciones que proporciona Foucault: La primera es que "La *parrhesía*, por consi-

guiente, es la actitud por la cual es sujeto mismo se liga al enunciado, [a] la enunciación y a las consecuencias de uno y otra" (Foucault, 2009, p. 83). La segunda, que "la *parrhesía* es exactamente lo que podríamos calificar de uno de los aspectos y una de las formas de la dramática del discurso verdadero" (Foucault, 2009, p. 84). Es, por tanto, una puesta en escena de la verdad que no separa el discurso de su ámbito vital, es *una dimensión que abre la manifestación discursiva y vital de la vedad*.

V. Tres características adicionales de la parrhesía en dimensión discursiva

Pero estos rasgos señalados directamente por Foucault no son los únicos. Hay tres más que tienen mucha importancia para expresar por qué la parrhesía está ligada a la democracia y la fortaleza de la misma.

El primer rasgo básico de la parrhesía es que se trata de "cierta manera de decir la verdad" (Foucault, 2009, p. 73), pero "ésta no forma parte ni de la erística, y un arte de discutir, no de la pedagogía y un arte de enseñar, no de la retórica y un arte de persuadir, y tampoco de un arte de la demostración" (Foucault, 2009, p. 74). Por eso, "para esa palabra que, en su uso limitado a la dirección de conciencia, se traducía como 'hablar franco', creo que podemos, si se [le] da esta definición un poco amplia y general, proponer [como traducción] el término 'veridicidad'" (Foucault, 2009, p. 82). Asegura Foucault que "la *parrhesía* no se encuentra en lo que podríamos llamar estrategias discursivas" (Foucault, 2009, p. 74). De hecho, "la práctica de la parrhesía se opone punto por punto, al arte de la retórica" (Foucault, 2010, p. 32).

Lo anterior es muy importante porque se trata de la *expresión activa de esa negatividad de la figura de Sócrates*: "La *parrhesía* debe buscarse en el efecto que genera en el interlocutor, el efecto de contragolpe que el decir veraz puede producir en el locutor a partir del efecto que genera en el interlocutor" (Foucault, 2009, p. 74). Se trata de una consecuencia diferente a la de la retórica, a partir de la cual todo estímulo positivo, toda indicación de *haz esto o aquello*, *cree esto o aquello*, es visto como un gesto de superioridad y desprecio aduladores, como mecanismos retóricos de engaño y alienación.

El segundo aspecto es que el comportamiento del parrhesiasta parece temerario, es decir, desdeñar el riesgo de muerte. Es cierto que:

> Las personas que practican el *parrhesiázesthai*, que practican la *parrhesía*" son las que "dicen actualmente la verdad y, al decirla, se exponen, ellos que la han dicho, a pagar el precio o cierto precio por haberla dicho. Y en este caso no es cualquier precio el que están dispuestos a pagar y el que en el decir veraz afirman estar dispuestos a pagar: ese precio es la muerte (Foucault, 2009, p. 74).

Lo sorprendente es que, más que temeridad, se trata de una especie de desinterés por sí mismos que va ligado a la manera como establecen sus prioridades:

> Los sujetos se proponen por voluntad propia decir la verdad, y aceptan en forma voluntaria y explícita que ese decir veraz podría costarles la vida. Los parrhesiastas son aquellos que, en última instancia, aceptan morir por haber dicho la verdad. O, más exactamente, son aquellos que se proponen decir la verdad a un precio no determinado, que puede llegar hasta su propia muerte. Y bien, ahí está, me parece, el nudo de lo que es la *parrhesía* (Foucault, 2009, p. 73-74).

Para el parresiasta, por tanto, es más importante atreverse a decirle la verdad a su ciudad, aun cuando ese atrevimiento ponga en riesgo su vida.

Pero la muerte es una consecuencia mediata, la situación extrema de la práctica del coraje de la verdad. El tercer aspecto –de enorme relevancia filosófica– es que la parrhesía es un decir veraz de carácter negativo o disuasivo, tal como lo propone la voz daimónica

de Sócrates. En efecto, la parrhesía debe ser negativa porque el parrhesiasta debe tener el coraje de decirle a la democracia lo que está haciendo mal o lo que no debe hacer. Será la democracia la que se responsabilice del hacer positivo, de tomar decisiones diferentes.

De ahí que en la parrhesía:

> La introducción, la irrupción del discurso verdadero determina una situación abierta o, mejor, abre la situación y hace posible una serie de efectos que, justamente, son desconocidos. La *parrhesía* no produce un efecto codificado: abre un riesgo indeterminado. Y ese riesgo indeterminado está, indudablemente, en función de los elementos de la situación (Foucault, 2009, p. 78-79).

Foucault lo señala en una situación en la que el parrhesiasta se atreve a enfrentar al tirano, pero la continuidad con la democracia actual está determinada por la función que cumplen quienes ejercen la parrhesía en la actualidad.

No se puede ni olvidar ni minimizar en este punto un elemento de alto nivel de complejidad: que la democracia participativa es una forma de poder que puede tener serios problemas de autoreferencia e incapacidad de autocrítica que llegan a extremos análogos a los de la tiranía. El parrhesiasta cumple con una función de toma de conciencia que es valiosa en ambas situaciones. De hecho, su valor consiste en que siempre estará dispuesto a desenmascarar a la democracia cuando deje de portarse como tal. Su labor es, por tanto, permanente. De ahí que "la voluntad de dar muerte a quien ha dicho la verdad" (Foucault, 2009, p. 79) no es un gesto de rechazo exclusivo del tirano. Lo que se debe plantear aquí es por qué en una democracia también existe esa indeterminación riesgosa que puede llevar a la muerte de quien tiene el coraje de decir la verdad.

La tercera característica de la parrhesía se puede plantear a partir de tres interrogantes: ¿Qué es el coraje de la verdad? ¿Por qué se tiene que tener coraje para decir la verdad? ¿Qué tipo de verdad es para que exija coraje? Pues bien, la parrhesía es *un decir veraz negativo*, tal como lo propone la voz daimónica de Sócrates.

Sorprende, por tanto, considerar este criterio ético como elemento diferenciador paradójico que acontece en la democracia. Es paradójico porque tal acontecimiento se presenta contra ella, pero gracias a ella: si bien "la democracia no puede hacer lugar a diferenciación ética de los sujetos que hablan, deliberan y deciden" (Foucault, 2010, p. 64) Lo cierto es que la reacción de la democracia ateniense restaurada contra la diferenciación ética que Sócrates era indica que había un claro rechazo de tal práctica, pero se trataba de un rechazo configurado por la coincidencia del prejuicio general contra lo diferente y una estructura decisoria que empleaba la votación como medida antideliberativa.

No obstante, este rechazo es una expresión de *rechazo activo*, es decir, de *hostilidad manifiesta*, hacia la peculiaridad que era Sócrates, pero sin comprender la monición que el mismo Sócrates era. No era un sabio, ni un profeta, ni un *technites*. Era la diferencia ética en el modo de un criterio de veridicción que enlaza el conocimiento con el obrar y con el saber vivir, es decir, del discurso que no se distingue de la vida porque vida y discurso coinciden en Sócrates:

> Se trata de hace fracasar, por una parte, a Calicles, símbolo de esos hombres que piensas que la actividad no tiene otro sentido que el del goce que cada cual, según su energía, puede sacar de ella y, por otra parte, a los mitos antiguos, a las leyendas que estorban el pensamiento llenándolo de tradiciones confusas e inmorales. Platón reconstruye así, en abstracto, el devenir de la humanidad, a fin de proporcionar a sus coetáneos un modelo que les permita comprender cuál es el camino de la degeneración y, si se les presenta el caso, resistir a sus atractivos (Châtelet, 1995, pp. 145-146).

¿Cuál es la diferencia que planteó Platón y que tiene tanta relevancia para los esfuerzos por reivindicar la palabra en la actualidad? Es el mismo Châtelet el que proporciona la respuesta:

> He aquí lo que Platón nos dice en definitiva: Si la Razón carece de sentido, si las sombres que a la Razón oscurecen, como lo irracional, el mito y la dificultad de expresarse, no se insertan en el proyecto de la racionalidad, entonces tanto valen la violencia y Calicles, y tanto vale el hombre bestializado (Châtelet, 1995, p. 153).

Y el autor francés insiste en la importancia de este esfuerzo: "Repitámoslo: el adversario serio de Sócrates y de Platón no lo son los filósofos que hayan oscuras su teoría de la participación o su doctrina del lenguaje; lo es Calicles" (Châtelet, 1995, p. 159), es decir, el hombre de la crudeza realista que señala cómo son las cosas y no cómo deben ser:

> Lo que Platón inventa y viene a ser como la institución misma del filosofar es que el término mediato, gracias al cual se revelará el quid del Ser y el del hombre, *es* el hombre mismo en cuanto que se introduce, a sabiendas, en la coercitividad del diálogo. El diálogo es la relación verdadera. Aparentemente, según una seudo-naturaleza, la relación decisiva se manifiesta como una relación de potencia o de violencia. Gorgias sin agresividad, y Polos, Kalikles y Trasímaco con incontenida violencia todos ellos, se oponen al ingenuo Sócrates, que cree en la virtud de la palabra. Ellas han experimentado, directa o indirectamente, las infinitas posibilidades que ofrece el lúcido ejercicio de la violencia. Pueden aducir pruebas históricas: testigo, ese Arquelao que, perjuro y asesino, ha llegado a ser, contra toda 'justicia', soberano de Macedonia y disfruta de los placeres que proporciona el poder absoluto (Châtelet, 1995, p. 86).

Ahora bien, lo que resulta siendo muy llamativo es que:

> de todos modos, discuten con Sócrates. Como éste cuestiona sus creencias, juzgan ellos necesario justificarse y explicar por qué piensan y obran así y no de otra manera. De repente, se notan perdidos. Se habían metido –según pensaban –en un juego convenido: no habían llegado a entender que, en realidad, el tipo de diálogo impuesto por Sócrates les relegaba a un papel defensivo que ya significaba claramente una derrota. Asimismo, Kalikles, en el Gorgias, se ve forzado a admitir, ante la rígida argumentación de Sócrates, que ya no le quedan más recursos y que el único elemento decisivo el que en adelante podría apelas es el de los 'apaleadores'... (Châtelet, 1995, pp. 86-87).

Y es aquí cuando el parrhesiasta adquiere su relevancia, cuando su figura luminar, que se encuentra en el lindero de la política, pero que está preocupado en primera instancia por encontrar la clave que le permita decir de su propia vida que fue vivida de modo auténtico, resulta siendo un ejemplo de compromiso colectivo, aún a pesar de la insistencia por afirmar que no se trató nunca de un gesto político. El compromiso no se disocia ni se separa de la vida misma, y esta vida se encuentra precisamente en el esfuerzo por insistir en el valor de la palabra:

> La alternativa es inequívoca: entre la violencia y el diálogo, entre aquel para quien la palabra es mero grito de cólera y de pasión o de injuria, y aquel a quien cada momento le interesa saber qué se dice, por qué se dice y qué quiere decir aquello. Hay que escoger necesariamente. El rodeo consiste en esto: en confiarse a la virtud del diálogo, en dejarle actuar plenamente, lo cual es comprender ante todo las aporías de la opinión; es también, y principalmente, establecer entre los hombres una relación nueva que permita a cada cual desembarazarse de sus inclinaciones fugaces y de la vil tiranía de los intereses (Châtelet, 1995, p. 87).

La interpretación de Châtelet (1995) es, por tanto, que Sócrates como el negativo que debe morir para que prevalezca una positividad engañosa y dañina para la democracia. En efecto, la *parrhesía* debe ser negativa porque el parrhesiasta debe tener el coraje de decirle a la democracia lo que está haciendo mal o lo que no debe hacer. Será la democracia la que se responsabilice del hacer positivo, de tomar decisiones diferentes.

Aunque:

> no se trate de un tirano que tiene poder de vida y muerte sobre la persona que habla, lo que va a de-

> finir el enunciado de la *parrhesía*, lo que va a hacer precisamente del enunciado de su verdad bajo la forma de la *parrhesía* algo absolutamente singular, entre las otras formas de enunciados y las otras formulaciones de la verdad, es que en la *parrhesía* se abre un riesgo. En el progreso de una demostración que se hace en condiciones neutras no hay *parrhesía* aunque haya enunciado de la verdad, porque quien enuncia de tal modo ésta no corre ningún riesgo. El enunciado de la verdad no abre riesgo alguno si sólo lo consideramos como un elemento en un proceder demostrativo. Pero a partir del momento en que el enunciado de la verdad, sea además desde adentro –piensen en Galileo – o desde afuera de un proceder demostrativo, constituye un acontecimiento irruptivo, que expone al sujeto que habla a un riesgo no definido o mal definido, puede decirse que hay *parrhesía* (Foucault, 2009, p. 79).

Así pues, la parrhesía, es en un primer momento el coraje de correr el riesgo de decir la verdad.

VI. Parrhesía como *homología*

El que puede ser considerado el elemento más importante de la parrhesía es que quien la ejerce está movido por una disposición ética muy particular, que es al mismo tiempo una forma de valorarse a sí mismo y de tener una actitud política auténtica que lo lleva a tomarse muy en serio su compromiso con la verdad. Es aquel que considera que quienes necesitan escucharla son sus iguales.

Si bien "la *parrhesía* filosófica, tal como aparece en Sócrates, no es directa, inmediatamente política. Es una *parrhesía* distanciada de la política" (Foucault, 2009, p. 327), y que se trata de "una *parrhesía* en la que se trata de la salvación del sujeto actuante y no de la salvación de la ciudad" (Foucault, 2009, p. 327), es necesario distanciarse de estas afirmaciones del filósofo, porque toda manifestación discursiva de la verdad no se queda en el ámbito de influencia privada. Sócrates mismo asegura que abandonó muchos temas de carácter familiar y privado por atender la negación del Oráculo. La parrhesía no es solo palabra, sino una puesta en escena en la que no parece hacer nada tras el telón:

> Esta *parrhesía* filosófica no pasa ni forzosa ni exclusivamente por el *logos*, por ese gran ritual del lenguaje mediante el cual uno se dirige a la colectividad e incluso a un individuo. Después de todo, la *parrhesía* puede aparecer en las cosas mismas, en las maneras de hacer y en las maneras de ser (Foucault, 2009, p. 327).

Como recién se dijo, Foucault proporciona aquí importantes elementos para criticar su postura. Sorprende que el filósofo no se percate de que la parrhesía filosófica, tal como la plantea, no es un simple intelectualismo desprendido de su realidad contextual inmediata, de su situación política. Sí, es cierto que se trata, en primera instancia, de un proyecto de perfeccionamiento privado, que *una vida sin examen no merece ser vivida*, pero se debe tomar con muchas reservas una afirmación como la siguiente: "La desaparición de las estructuras democráticas no hace desaparecer del todo la cuestión de la *parrhesía* política, pero es obvio que restringe mucho su campo, sus efectos y su problemática" (Foucault, 2009, p. 346). Al contrario, la democracia es la estructura política en la que la parrhesía puede hacer todo el despliegue de su diferencia ética básica, en la medida en que el parrhesiasta sabe que él es la diferencia ética, pero debido a su compromiso y a la realización efectiva de este compromiso.

En términos políticos, sus conciudadanos son sus *homologoi*, sus iguales. De ahí que el parrhesiasta sea una diferencia ética, pero teniendo muy claro que eso no lo convierte en alguien superior. De ahí que la muerte no pueda ni atemorizarlo ni desanimarlo:

> La hija de la *parrhesía* no es, por supuesto, toda la filosofía, no es la filosofía desde su origen, no es la filosofía en todos sus aspectos, sino la filosofía entendida como libre coraje de decir la verdad y, al decir valerosamente la verdad, conquistar ascendiente sobre los otros para conducirlos como corresponde, y ello en un juego que debe aceptar, para

> el parrhesiasta mismo, un riesgo que puede llegar hasta la muerte. La guía de la *parrhesía* es, creo, la filosofía definida como libre coraje de decir la verdad para ganar ascendiente sobre los otros y conducirlos como corresponde aun a riesgo de la propia vida (Foucault, 2009, p. 346).

Sorprende, por esto, que Foucault pareciera no percatarse de que si la expresión del parrhesiasta es en primera instancia como ciudadano, entonces es al mismo tiempo una forma de cuidar de sí mismo tal como lo señala el filósofo, y una forma de comprometerse con la democracia. Y es que, en efecto, Sócrates es el personaje que:

> En las calles de Atenas, al negarse de manera sistemática a participar en la asamblea y dirigirse al pueblo, habla el lenguaje de todo el mundo y de todos los días. ¿Y por qué utiliza ese lenguaje de todo el mundo y de todos los días? Con el objeto de poder ocuparse de sí mismo rechazando de manera visible y manifiesta las injusticias que se le puedan infligir, pero también incitando a los otros, interrogándolos con desenvoltura, [a fin de] ocuparse de ellos para mostrarles que, como no saben nada, deberían en verdad ocuparse de sí mismos. El otro peligro que entraña una actividad como ésa, y bien, él lo asume. Lo asume hasta su último aliento, lo asume hasta la muerte aceptada (Foucault, 2009, p.356).

¿Y por qué la parrhesía, siendo el coraje de la verdad que brota de la aspiración a ser consistente con la propia vida, es también un gesto de compromiso político? Porque en tanto compromiso auténtico con la verdad en acción, es la antítesis de la retórica aduladora: "la *parrhesía* filosófica se sitúa en una relación, ya no de cara a cara o de exterioridad correlativa con respecto a la política, sino de oposición y exclusión con respecto a la retórica" (Foucault, 2009, p. 356). La retórica, afirma Foucault (2009, p. 374): "es el instrumento para volver a hacer desigual una sociedad a la cual se ha procurado imponer una estructura igualitaria por medio de leyes democráticas"

Foucault (2009) considera que en el *Gorgias* hay una relación parrhesiástica psicagógica, es decir, de educación del alma de quien escucha esa verdad incómoda, sin duda alguna porque Sócrates acepta que esos interlocutores agresivos y potencialmente mortales son sus iguales:

> La filosofía no tiene que decir lo que hay que hacer en política. Tiene que ser una exterioridad permanente y reacia con respecto a la política, y de este modo será real. Segundo, la filosofía no tiene que dividir lo verdadero de lo falso en el ámbito de la ciencia. Debe ejercer perpetuamente su crítica con referencia a lo que es embuste, engaño e ilusión, y de ese modo practicará el juego dialéctico de su propia verdad. Tercero y último, la filosofía no tiene que desalienar al sujeto. Debe definir las formas en las cuales la relación consigo puede eventualmente transformarse. La filosofía como ascesis, la filosofía como crítica, la filosofía como exterioridad reacia a la política (Foucault, 2009, p. 359).

Considera Foucault (2009) que este es el vínculo de continuidad entre la filosofía Antigua y la moderna. Este artículo se apoya esa afirmación.

Pero conviene hacer una precisión de suma importancia. La exterioridad a la que Foucault se refiere no es un extrañamiento del parrhesiasta ni un desentenderse o un aislarse de modo radical. Es una exterioridad, un aislamiento de carácter táctico. El parrhesiasta no tiene interés en pertenecer a la estructura de poder democrático. De hecho, para ejercer la parrhesía no puede hacer parte de ella. Pero no por una neutralidad que es imposible para un ciudadano comprometido, sino porque su función de denuncia le exigen esa postura, a pesar de las objeciones que surgen de que se puede terminar convirtiendo en un marginado o en un señalado, en una especie de víctima propiciatoria. Parrhesía implica correr el riesgo de la injusticia ajena: "lo importante no es escapar a la injusticia de los otros. Lo importante es no cometer uno mismo una injusticia" (Foucault, 2009, p. 367). De hecho, la afirmación del *Gorgias* en 479d es más valiente, más aventurada: "El segundo de los males en magnitud es cometer injusticia; pero cometerla y no pagar la pena es,

por naturaleza, el mayor y el primero de todos los males" (Platón, 1992, p. 75). El parrhesiasta es el que le dice a la democracia a la que pertenece cuándo está cometiendo la injusticia, los casos concretos en los que se manifiesta su ser-injusta. Está dispuesto a correr ese riesgo porque sabe diagnosticarlo al estar fuera de la estructura política.

Esta exterioridad tiene otra consecuencia crucial, y es el rol de *básanos* que cumple el parrhesiasta, es decir, la metáfora de la piedra de toque. Sócrates pone a prueba la autenticidad de las almas con las que entra en contacto, debe haber una "afinidad entre sí misma y el elemento que somete a prueba, por la cual la naturaleza de este último se revelará en virtud de lo probado por ella" (Foucault, 2009, p. 375). Además, "la piedra de toque actúa en dos registros. Actúa en el registro de la realidad y actúa en el registro de la verdad" (Foucault, 2009, p. 375). No es, por tanto, una relación agonística, sino de puesta a prueba (Foucault, 2009, p. 375), de sometimiento a un criterio de autenticidad que es al mismo tiempo discursivo y vital.

Lo anterior tiene una exigencia, y es que el parrhesiasta plantea su reto en pie de igualdad con el otro, es decir, que nunca lo considera ni superior ni inferior, lo que Foucault llama *homología*, "es decir la identidad del discurso entre dos personas" (Foucault, 2009, p. 376), que demuestre la calidad del alma, tiene que cumplir con tres criterios: "episteme, eunóia y *parrhesía*" (Foucault, 2009, p. 376).

Gracias a esta igualdad, el problema directo que plantea el ejercicio de la parrhesía es que es el contrario de la adulación retórica, un reto de autenticidad que no es dictado ni por el desprecio de quien se siente superior, ni por el resentimiento de quien se cree inferior: "Adular significa tomar lo que el oyente ya piensa, formularlo por cuenta de uno mismo como discurso propio y devolverlo al oyente que queda con ello tanto más fácilmente convencido y seducido cuanto que se trata de lo que él dice" (Foucault, 2009, p. 376). Adular es, por tanto, un síntoma de que no existe homología. Por el contrario, "La *parrhesía* establece, pues, entre quien habla y lo que dice un lazo fuerte, necesario, constitutivo, pero abre bajo la forma del riesgo el vínculo entre el hablante y su interlocutor" (Foucault, 2010, p. 33), en la medida en que esa homología, ese ser-igual-en-el-discurso, no implica una igualdad de poder o de autoridad.

¿Quién son, entonces, el hablante y el interlocutor? No se trata del gobernante con su consejero, como podría serlo en una monarquía (Foucault, 2009, p. 244). Como ya se dijo, hay una compatibilidad indudable entre quien habla y quien escucha, que es de un tipo específico que guarda indudables semejanzas con la retórica. Sin embargo, la retórica establece una *apariencia* de identidad entre ambos que no constituye homología (Foucault, 2009, p. 376). En este caso, "lo idéntico no es el logos mismo, sino las pasiones, los deseos, los placeres, la opiniones, todo lo que es ilusorio y falso. Eso es lo que se restituye y repite en la adulación" (Foucault, 2009, p. 376). La retórica adula porque quien habla dice lo que quien escucha quiere oír y no lo que necesita oír. La adulación es, por eso, engaño.

Así, pues, la homología es un criterio de consistencia, no de igualdad: "la *homología* del discurso es un auténtico criterio de verdad. Y el hecho de que los dos interlocutores sostengan el mismo logos no será adulación con una condición, que ambos estén dotados *episteme*, *eunoia* y *parrhesía*" (Foucault, 2009, p. 376).

Ahora bien, ¿Qué son episteme, eunoia y parrhesía? La *episteme* "no se refiere tanto a lo que el o los interlocutores saben en vir-

tud de un saber que hayan aprendido, sino [al hecho] de que nunca dicen lo que dicen si no saben efectivamente que es verdad" (Foucault, 2009, p. 377). Respecto a la *eunoia*, "para que la homología tenga en efecto valor de ámbito de formulación y prueba de la verdad, será menester que cada uno de los dos interlocutores tenga, por el otro, un sentimiento de benevolencia que suponga la amistad (eunoia)" (Foucault, 2009, p. 377). Y, finalmente, sobre la parrhesía asegura Foucault (2009) que:

> Para tener la certeza de que la homología no es simplemente la analogía del decir en la adulación, será preciso que cada uno de los dos utilice la *parrhesía*, es decir [que nada], sea del orden del temor, la timidez o la vergüenza, limite la formulación de lo que se cree cierto. Es necesario un coraje parrhesiástico (Foucault, 2009, p. 377).

Así, pues:

> la *episteme* por la cual se dice se dice lo que se cree cierto, la éunoia por la cual solo se habla en virtud de la benevolencia hacia el otro, la *parrhesía* que infunde el coraje de decir todo lo que se piensa, a despecho de las reglas, las leyes, las costumbres: ésas son las tres condiciones [bajo] las cuales la homología, esto es, la identidad del logos en uno y otro podrá cumplir el papel de básanos (Foucault, 2009, p. 377).

Se puede plantear, por tanto, que el compromiso parrhesiástico adquiere su relevancia actual en la medida en que se empeña en efectuar el señalamiento de los desajustes, problemas e inaplicaciones de la democracia.

El planteamiento es, como se puede notar, de una alta exigencia. Los requerimientos son al mismo tiempo epistemológicos, éticos y estéticos. No se trata de saber una verdad, sino vivir de acuerdo con ella, y como el rasgo que caracteriza y distingue dentro de una comunidad democrática a la que, a su vez, esa presencia veridictiva reta a asumir esa voz que demuestra su compromiso dando la apariencia de ser disidente.

El parrhesiasta es un ilustrado que aplica la libertad de conciencia, es un revolucionario que no se sale nunca del ámbito democrático y que le permite a la misma democracia entrar en la dinámica de autoinstitución que le permitirá.

VII. La inversión participativa del parrhesiasta: el poder de la palabra veraz

El sacrificio de Sócrates indicó que había triunfado la ética de la diferencia que desconoce el reconocimiento, es decir, la enemistad y la sospecha. Calicles y los retóricos triunfaron, pero esto significó la caída de la democracia en una práctica de adulación que sospecha del parrhesiasta y, por tanto, es deliberadamente ciega para sus propios errores. En este aspecto se encuentra la actualidad y relevancia de Sócrates para el presente de la democracia colombiana, en cuanto figura fundamental del coraje de decir la verdad.

¿Qué alternativa le queda, entonces, a la parrhesía? El humor, la caricatura, la parodia y la denuncia son formas no políticas, es decir, negativas, de la participación política. La democracia demuestra su vigor en la medida en la que *no mata a sus parrhesiastas*, a los negativistas que denuncian, señalan, incomodan, resisten, pero que, en ese mismo sentido, contribuyen a darle vigor a la democracia misma.

Por tanto, el vigor democrático se expresa al propiciar espacios y mecanismos para que sus objetores se expresen. De hecho, hay situaciones límite como la protesta que se convierte en asonada, el chiste ofensivo con el personaje público o el grafitti, que se le presentan a la democracia como expresión del coraje de la verdad que se hace escándalo, la manifestación valiente que se hace caótica.

Es crucial comprender, entonces, que esta diferencia ético-estética propuesta por el parrhesiasta es un caso no típico. Pocos son los que tienen el coraje de hacer una diferencia parrhesiástica para la democracia a la que pertenecen.

Cabe entonces formular la pregunta de la que parte toda actitud parrhesiasta: ¿Qué hace un ciudadano demócrata en tiempos que no son de elección? Pues bien, lo que hace es cumplir con el papel crítico de quien ha realizado una inversión pública muy costosa. El capital político y el análisis económico del derecho deberían tener un enfoque de carácter ético. El ciudadano es un inversionista que debe cuidar la inversión que ha realizado para que no sufra descapitalización, pues no otra cosa es la justicia y la falsedad. ¿Qué tasa de descuento puede aceptar o admitir un ciudadano demócrata en los valores que asegura compartir? La pregunta abre todo el campo de debate político, desde la función estatal, pasando por la corrupción y llegan a la crisis permanente de aplicación de los derechos humanos. Pero en este artículo se propone una respuesta más básica, menos ambiciosa, pero fundamental: el ciudadano debe comprometerse con la crítica permanente a la democracia que lo reivindica. La democracia se legitima permitiendo esta práctica. No tiene necesidad de fomentarla, pero entrara en crisis si no la garantiza:

> la *parrhesía*, (el hablar claro, la libertas) es exactamente la antiadulación. Lo es en el sentido de que, en la *parrhesía*, en efecto, tenemos a alguien que habla y que habla al otro, pero lo hace de tal manera que ese otro, a diferencia de lo que pasa con la adulación, va a poder establecer consigo mismo una relación autónoma, independiente, serie y satisfactoria. La meta final de la *parrhesía* no es hacer que el interpelado siga dependiendo de quién le habla, cosa que sí sucede en la adulación. El objetivo de la *parrhesía* es actuar de modo tal que el interpelado esté, en un momento dado, en una situación en la que ya no necesite el discurso del otro. ¿Cómo y por qué no va a necesitar del discurso del otro? Precisamente, porque el discurso del otro fue verdadero (Foucault, 2006, p. 361).

De acuerdo con lo anterior, la misión de Sócrates es someter a prueba el oráculo negativo que le afirmó a Querefonte que en la Hélade no había nadie más sabio. Esa misión tiene, de acuerdo con Nehamas (2005), tres características. La primera es "su intento individual de enfrentar a otros individuos con algunas verdades potencialmente perturbadoras acerca de ellos mismos" (Nehamas, 2005, p. 255). La segunda, "el examen que él les hace pasar a sus conciudadanos para determinar si de hecho ellos lo sobrepasan en sabiduría" (Nehamas, 2005, p. 255). Y la tercera, "el *elenchos*, crea gran hostilidad, cuya consecuencia principal serán los cargos que muy pronto causarán su muerte" (Nehamas, 2005, pp. 255-256).

Aquí es donde se puede plantear la gran paradoja de la parrhesía frente a la estructura política:

> Los peligros de su misión no previenen de ninguna manera a Sócrates de perseverar en ella. Un rasgo crucial, entonces, de la *parrhesía* socrática es [que] el riesgo de muerte, el riesgo que, según él mismo, lo prevenía de jugar un rol político se encuentra en el centro de su propia empresa (Nehamas, 2005, p. 256).

Porque la muerte de Sócrates, tal como lo expresa Platón en la Apología (38c-40c), *fue una decisión de carácter político*: la asamblea sea divide en dos grupos a partir de la aceptación de la diferencia que Sócrates le plantea a Atenas. Pero la *polis* está demasiado condicionada por el discurso adulador, es decir, por la anti*parrhesía*, y demasiado temerosa por la guerra recién perdida con Esparta, para no ceder a la tentación de convertir a Sócrates en el chivo expiatorio de todos sus errores y frustraciones.

Pero esta paradoja puede tener un enorme valor para el discurso político actual, pues Colombia se declara a sí misma deudora de los valores democráticos que surgieron en Atenas:

> La voz divina que previene a Sócrates de práctica política, por lo tanto, marca una distinción inmensamente importante. Coloca en un lado la *parrhesía* tradicional, la política, la práctica pública de decirles la verdad a los gobernantes y a los conciudadanos, una verdad que probablemente no desearán escuchar y la cual podría atraer el castigo a quien la dijera. Coloca, en otro lado, una práctica diferente de decir la verdad, de un carácter más privado tan arriesgada y peligrosa como el propio destino de Sócrates atestigua (Nehamas, 2005, pp. 256-257).

Pero en este pasaje hay, sin duda, una paradoja. Sócrates desestima repetidamente la función política de su misión. Y sin embargo, Nehamas (2005) señala "la insistencia de Foucault en la utilidad de Sócrates a su ciudad, la importancia de su figura para sus conciudadanos y en el beneficio para sus amigos" (Nehamas, 2005, p. 260).

Se presenta, por tanto, una aparente disyuntiva entre política y libertad de expresión: "O democracia o decir veraz" (Foucault, 2010, p. 63), pues "la democracia no puede hacer lugar a la diferenciación ética de los sujetos que hablan, deliberan y deciden" (Foucault, 2010, p. 64). Sin embargo, lo que se quiere plantear aquí es precisamente una dimensión no política, o política de otro modo, que haga de la parrhesía una manifestación del vigor de una democracia.

Así, pues, dado que la parrhesía es "la verdad con riesgo de violencia" (Foucault, 2010, p. 30), a la democracia se le plantea como reto de autolegitimación que esté en capacidad de darle voz al parrhesiasta, de aceptar sus denuncias y su coraje sin que esa violencia se llegue a ejercer, es más, logrando que el índice de posibilidad de esa violencia disminuya. La democracia no es la que ejerce la violencia, como en Atenas, pero es la que debe impedir que, dentro de su esquema de legitimación, esta sea ejercida sobre quien tiene el coraje de decirle la verdad que la democracia necesita escuchar. De lo contrario, seguiremos el cauce turbio de los juegos de poder, donde la ciudadanía representa la plataforma política de los oradores, ajenos a la convicción ética y estéticas de una democracia real.

Referencias

Castoriadis, C. (2012). *La ciudad y las leyes*. Buenos Aires: FCE.

Chatelet, Francois. (1995). *El pensamiento de Platon*. Madrid: Labor

Dworkin, R. (2010). *Justice for hedgehogs*. London, Cambridge: Harvard University Press.

Foucault, M. (2010). *El coraje de la verdad*. Buenos Aires: FCE.

Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los otros*. Buenos Aires: FCE.

Gula, R. (2007). *Nonsense*. Mount Jackson: Axios Press.

Nehamas, A. (2005). *El arte de vivir. Reflexiones socráticas de Platón a Foucault*. Madrid: Pre-textos.

Platón. (1992) .*Diálogos*. Trad. J. Cogen Ruiz. Madrid: Gredos.

Przeworski, A. (2010). *Democracy and the Limits of Self-Government*. New York: Cambridge.

Przeworski, A. (2012). ¿Qué esperar de la democracia? Madrid: Siglo XXI.

Sandel. (2009). *Justice. What's the right thing to do?* New York: Farrar, Strauss, and Giroux.

Iter procesal de la nulidad matrimonial, ante los tribunales de la Iglesia católica

Darío Alejandro Rojas Araque[*]

Resumen: Hablar de derecho canónico en el presente siglo es para muchos, mencionar asuntos jurídicos que no tienen relevancia en un mundo en el cual el laicismo ha ganado la partida dentro de la normativa jurídica internacional. Pese a ello, existe como rama extra constitucional del derecho y, dependiendo el sistema de relaciones -Iglesia – Estado, será su integración a la normativa nacional de cada país. Para comenzar hay que remitirse a la llamada *Questio romana*, que en el año de 1929, dio lugar al Tratado de Letrán entre Italia como Estado y la Santa Sede como sujeto atípico del Derecho internacional público, en ella, después de la pérdida de los Estados pontificios de 1870, el papado celebró el pacto de relaciones Iglesia-Estado, en donde Italia se comprometía con varias obligaciones que eran una contraprestación a la pérdida del territorio de más de la mitad de la república. Para el caso presente, se mostrará lo que es la jurisdicción canónica y el proceso más usado por ella, la declaración de nulidad matrimonial, con sus etapas y particularidades.

Abstract: Talk of canon law in this century is for many to mention legal issues that have no relevance in a world where secularism has won the game in the international legal regulations, nevertheless, exists as extra-constitutional body of law and depending on the system of relationships-Church - State, is its integration into the national legislation of each country. To begin please refer to the call *Questio romana*, in 1929, led to the Lateran Treaty between Italy and State and the Holy See as atypical subject of public international law, in her after the loss of the Papal States 1870, the papacy held covenant relationships Church - State, where Italy was committed to various obligations that were a consideration, loss of the territory of more than half of the republic as campirana boot. For this case, will show what is the canonical jurisdiction and process more used by it, the declaration of nullity of marriage, with its stages and particularities.

Keywords: Canonic law, Nullity marriage Process, Freedom state.

Introducción

Como consecuencia del Tratado de Letrán, aquel que dio a la Iglesia católica poderes y potestades como compensación a la pérdida de los Estados pontificios, la Santa Sede quedó reconocida como Estado, el Italiano, y con él realizó su declaración de ser la única religión de la República italiana, para ese momento, con todo. Este hecho no significa que en los Estados latinoamericanos, apenas hasta ese tiempo, se hayan celebrado concordatos, como se llama a los tratados entre la Iglesia y el Estado. En el caso colombiano, por ejemplo, hubo uno anterior a 1929, en el año de 1887, y otro posterior, en 1973, el cual se encuentra vigente. De esta manera, se demuestra la vocación internacional de la Iglesia como sujeto de derecho adscrito a la Organización de Naciones Unidas (ONU) como observador con voz pero sin voto.

* Abogado civil de la Universidad de Antioquia, doctor y magister en derecho canónico de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, Defensor del vínculo del Tribunal Eclesiástico Regional de Medellín, Colombia. Docente de tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado, Colombia. Conferencista en derecho de familia y derecho canónico. www.darioalejandrorojasaraque.com

Gracias a esto, es que los estados pueden tener como ordenamiento extra constitucional al derecho canónico, que comprende todas las disciplinas que se dan en la Iglesia católica y que se consolidan en el Código de derecho canónico de 1983, en vigor. Este código tiene que ver con el sistema de relaciones se explica de la siguiente manera: el sistema de concentración de relaciones y efectos por ejemplo en el caso del matrimonio, cuando, por su sola celebración el vínculo católico, tiene, *per se,* efectos civiles tales como la sociedad conyugal y todo lo que abarca las relaciones entre cónyuges e hijos. Ora el sistema de separación como en es el caso mexicano, propende porque el vínculo canónico de matrimonio sea válido para las autoridades religiosas, pero requiere una ratificación ante el brazo secular del Estado que, por medio del notario público o del juez competente, da plena validez al matrimonio celebrado entre los contrayentes.

Con todo, se preguntan permanentemente los ciudadanos casados si su matrimonio es o no anulable en el caso de los vínculos eclesiásticos católicos. La respuesta es simple, las nupcias que se celebran se pueden declarar nulas o inexistentes según el caso, por la misma autoridad canónica quien la constituyó cuando recibió el consentimiento de los, hasta ese momento, novios y ahora cónyuges. En lo sucesivo, se va a narrar cuál es la jurisdicción canónica en el Código de 1983 y su instrumentalización, procesalmente hablando, como una manera de impartir justicia en nombre de la Iglesia cuando ya no hay forma de que el matrimonio, como vínculo que tiene vocación de permanencia, pueda perseverar en su vigencia y plenos efectos.

Iter procesalis

Como primer elemento, se estudia el fuero competente para que se conozca de la demanda de nulidad matrimonial, una vez se ha tenido noticia de la presencia de una causal, tipificada por el código y todo el procedimiento señalado en la instrucción Dignitas Connubi de 2002. Esta ley actualizó el derecho procesal canónico para hacerlo más expedito y con mayores garantías de ley.

El proceso de nulidad matrimonial tiene, no solamente, una naturaleza procesal de justicia, sino también una motivación pastoral, esto es, la posibilidad de actuar como un remedio a la situación del Estado de libertad de las personas. Esto tiene su razón de ser, en tanto quieren volver a ser solteras, ya que han fracasado en su proyecto de vida en pareja y optan por una libertad sin reservas para vivir su civilidad sin el estar atados a un pasado que desean olvidar. Estas personas buscan, como consecuencia, la tranquilidad psíquica del católico bautizado que lo hace sentirse libre y en paz no solo consigo, sino con Dios y la sociedad que le rodea. El otro aspecto, de quienes acuden a los tribunales eclesiásticos, es muchos desean volver a casarse por el mismo rito religioso, ya que han encontrado otra pareja, y con ella pueden, de verdad, construir la familia al estilo que la Iglesia católica recomienda, en donde haya unidad, sacramentalidad, indisolubilidad y amor dedicado al bien de los cónyuges, como la manera de ver en el otro el rostro de la divinidad en la que creen.

Así, el proceso de nulidad matrimonial comporta la necesidad de resolver los problemas ya no de tipo civil, que en muchos casos, ya las personas han ventilado gracias al divorcio vincular, sino a los asuntos de tipo espiritual en tanto a que aun divorciados no se sienten libres y desean que las ataduras morales también sean rotas. Este procedimiento se lleva a cabo el fuero que tiene la competencia, esto es, es el proceso que juzga de fuero interno y externo a los asuntos de tipo espiritual en tanto a que, aun divorciados no se sienten libres y desean que las ataduras morales también sean rotas; por el

fuero que tiene la competencia, a saber, el proceso que juzga de fuero interno y externo, a saber, la justicia de la Iglesia.[1]

De esta manera, el proceso se iza como una solución pastoral más que jurídica y de justicia terrenal; es un remedio a la angustia de los fieles bautizados alrededor del orbe católico.

Las partes[2] en contención, son los contrayentes del matrimonio que luego de haberse casado, ya no es sostenible su vida de familia en conyugalidad en un mundo lleno de opiniones diversas sobre diferentes tópicos como la libertad. Esto se convierte, veces, en un caballito de batalla para quienes se casan en cuanto a que quieren ser igual de libres como lo fueron cuando estaban solteros, olvidando que el nuevo estado de vida y estado civil obliga, por ejemplo, a no tener multiplicidad de compañeros sexuales y relacionales. Al respecto, cabe señalar que debido a que el matrimonio es único y esto implica que si A se casa con B, cualquier C que aparezca en esa relación, es un intruso y violenta la vida conyugal que se ha formado. De este modo, cuando ya no se puede sostener la vida matrimonial, son ellos, los fieles, quienes acuden para que su caso sea resuelto en justicia, para saber quién es el cónyuge culpable de la ruptura y así ponderar su proyecto de vida hacia el futuro con otra persona o al menos libre de la anterior.

Estas partes se denominan actor cuando se es el demandante y convento en el caso del demandado. El fuero competente lo tiene el tribunal al cual pertenezca la parroquia en la que se han casado, por ejemplo si se casaron en el D.F., el tribunal competente será el perteneciente al arzobispado de la ciudad de México por ser sede del obispo principal del país. En ese lugar, quien obre como actor buscará la interposición de una demanda[3] en la cual pide el ministerio de la ley para que con base en unos hechos históricamente demostrables, se declare que su matrimonio es nulo o nunca existió por medio de sentencia ejecutoriada en un proceso contencioso de doble instancia, en el caso colombiano hay en todo el país 9 tribunales de primera instancia y un tribunal único de apelaciones como foro de segunda.[4]

En ese lugar, se entabla una demanda, y esta puede tener la suerte de ser aceptada o rechazada[5] en caso de que no cumpla con los requisitos legales, tal como sucede en el foro civil cuando el despacho devuelve el libelo para que lo corrijan o para que lo vuelvan a presentar en caso de rechazo. Luego, con la demanda en firme, el tribunal nombra, como se verá, el turno de jueces que han de conocer tal asunto: un juez ponente[6] y dos adjuntos, más el defensor del vínculo que funge como garante del proceso y ministerio público eclesiástico, una vez se tiene el tribunal colegiado debidamente conformado y aceptado por la parte demandante, ya que puede verse en causales de recusación alguno de sus miembros, se procede a declarar la duda de derecho, que es la causal o cau-

1 Pinto, J.M. (1994), *La giurisdizione*. Vaticano. Cittá del Vaticano.

2 Satta, S. (1958). *Il concetto di parte*. Vaticano: Padova.

3 De La Oliva, A. & Fernandez, M. (1990). *Derecho procesal civil*. V1. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces.

4 Moneta, P, & VV.AA. (1994). *Il proceso matrimoniale canonico*. Italia : Cittá del Vaticano.

5 Cuervo, L.E. (1981). *Algunas innovaciones en el derecho procesal del código reformado. V1*.Italia: *Universitas* Canonica.

6 Stankiewicz, A. (1987*). I doveri del guidice nel processo matrimoniale canonico. Apollinaris*. Italia: Universitas Canonica.

sales que serán acusadas para la nulidad que se pretende declarar.

Esa duda de derecho es la subsunción de los hechos en la causal de nulidad como un proceso de adecuación típica, como lo haría un juez penal con un comportamiento delictivo, esto es, convertir los hechos históricos al lenguaje jurídico canónico para así poder establecer la instancia procesal y que todo salga bien en pro de los intereses de las partes y su particular petición.

Una vez se determina la causal de nulidad, se notifica al convento para saber si desea intervenir en la instancia judicial, por medio del permanente llamado a participar del proceso y aportar su versión de los hechos que el actor puso en su contra y a su cargo. Es de ordinario que los demandados, en un amplio número, no tengan interés de contestar la demanda ya que no tienen deseo de participar, o no quieren asumir su responsabilidad con la justicia en los casos, por ejemplo, en donde hay graves eventos de parafilias sexuales, maltratos, drogadicción o alcoholismo crónico. Estos eventos graves revelan la verdadera miseria humana dentro del mismo departamento y en medio de la familia como víctima y espectadores. De este modo, cuando el convento no desea participar se deja constancia de ello y se declara ausente no sin antes haberle notificado de la instancia y que su declaratoria de ausencia es indicio grave en su contra. Por el contrario, cuando el convento contesta, hay casos donde la suerte de los contendientes se invierte, el demandante termina demandado o el demandado termina demandante en una verdadera reconvención procesal en donde quien acusa no prueba y quien contesta o se defiende prueba todo a su favor,

Luego, por medio de decreto judicial se abre a pruebas[7] el proceso y se da la práctica de todos los medio probatorios de que dispone, por ejemplo, el derecho civil y de familia del Estado –reconocidos por el código canónico– a saber, la confesión de parte, la declaración de parte, el testimonio, los documentos y el reconocimiento judicial, si el caso lo requiere.

Una vez se recogen todas las pruebas, pedidas unas y aportadas las otras, el juez las examina y les otorga el valor probatorio a cada una y desestima las que no sean conducentes, pertinentes o legales.

Cuando se tienen las pruebas suficientes y no hay ya forma de pedir nada más o ya se da la certeza moral y jurídica del caso[8], se pasa el expediente al defensor del vínculo quien lo examina y se pronuncia, por medio de su concepto previo a la sentencia. En ese concepto, el defensor puede dar su parecer acerca de los hechos y las pruebas donde, por ejemplo, pida nuevas pruebas o ampliación de las existentes para enriquecer el debate, e incluso, puede pedir el cambio de la duda, es decir, de la causal o causales que pretendan probar la nulidad o inexistencia del matrimonio o, si es del caso, apelar la sentencia de primera instancia para que brille la verdad en el caso.

Luego, el tribunal dicta la sentencia de la mano del juez ponente y se somete a votación ya que son tres jueces quienes conocen de la misma. Para garantizar que haya mayoría de votos, cuando ya se publica, las partes y el defensor del vínculo podrán, si desean, proponer recurso de apelación ante el tribunal superior, para que este infirme o confirme la decisión. En este caso, la apelación se

7 De Diego-Lora, C. (1967). *La apreciación de las pruebas de documentos y confesión judicial en el proceso de nulidad de matrimonio*. *Ius canonicum 7*, Navarra, 543.

8 Grocholewsky, Z. (1997). *La certeza morale nella pronuncia del guidice*. Italia: Periodica de re canonica. p. 81-104.

sustenta y pasa a una tercera instancia que sería el tribunal apostólico de la Rota romana que despacha desde la Santa Sede en el Vaticano. Cabe aclarar que por ser causas de interés personal, el principio de cosa juzgada es relativo, porque si a una persona, por ejemplo, no se le anula un matrimonio por las causales invocadas inicialmente, puede acudir a otras diferentes siempre que tenga el fundamento histórico y de derecho que requiere para demandar. El proceso anterior brinda más garantías en justicia y pastoral a los fieles que buscan retornar al estado de libertad personal que tenían antes.

La presencia de la tercera instancia se sustenta, además, por la necesidad de una doble sentencia canónica en diferentes grados de jurisdicción y competencia. En otras palabras, que el fallo que se registra ante los jueces de familia del Estado o ante quien haga sus veces, y ante la Autoridad eclesiástica, es aquel que ha tenido dos manifestaciones en cuanto al *sí* que consta de la nulidad del matrimonio sub judice.

Una vez ya queda la sentencia en firme y no le cabe nada contra su contenido, se pasa a la jurisdicción de familia para su homologación, como sucede en el caso colombiano, donde el juez estatal recibe el fallo y declara que lo encuentra conforme a derecho, otorgándole plenos efectos en cuanto a los asuntos civiles que debe regular. Ahora, si la sociedad conyugal que quedara disuelta y los cónyuges no hayan hecho la separación de bienes conyugales, el derecho también se pronuncia sobre la calidad de los hijos que se entenderán legítimos ya que fueron habidos dentro del matrimonio y no deben acarrear las consecuencias de la declaración de nulidad del matrimonio de sus padres.

En el foro civil y religioso se cancelan los registros civiles de matrimonio y las partidas de matrimonio, como efecto inmediato para poder probar la nueva libertad personal de cada fiel y, adicionalmente, se anota esa situación en el registro civil de nacimiento y en la partida eclesiástica de bautismo que tiene la misma finalidad, y es de servir de historial personal para el individuo.

Ya con estos documentos en regla nuevamente, los antes contrayentes, podrán optar por la soltería o por casarse nuevamente sea por lo civil ante juez o notario, sea ante la Iglesia católica, según su voluntad.

Cabe anotar que lo que tiene que ver con los tribunales que conocen de las causas de nulidad de matrimonio tienen en consideración los títulos de competencia cuales son:

El artículo 10 § 1 de la Instrucción *Dignitas Connubii* se expresa en estos términos:

> **Artículo 10 – § 1.** Para las causas de nulidad de matrimonio no reservadas a la Sede Apostólica o a ella avocadas, son competentes en primera instancia:
>
> **1.º** el tribunal del lugar en que se celebró el matrimonio;
>
> **2.º** el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio;
>
> **3.º** el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de la misma Conferencia Episcopal o dé su consentimiento el vicario judicial del domicilio de la parte demandada, el cual, antes de darlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción.
>
> **4.º** el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial de la parte demandada, el cual, antes de concederlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción (cf. can. 1673).

Esta situación se explica de la siguiente forma: se llama vicario judicial al sacerdote que es nombrado por el ordinario de lugar, esto es, el arzobispo u obispo que cuente con sede de tribunal ya que no todos los obispados tienen su fallador propio. En esto interviene, por ejemplo, como en el caso colombiano la Conferencia episcopal, ente que crea nuevos tribunales según el número de habitantes y las necesidades del servicio.

Esto sucede, igualmente, por ejemplo, cuando el Estado cree nuevos despachos judiciales, entonces cada obispo que modere y dirija un tribunal tiene una persona que hace sus veces con potestad vicaria, es decir, que actúa en su nombre y representación. Este sacerdote es quien nombra los jueces y los turnos para el reparto de las causas de nulidad matrimonial. Al referirnos a los otros sujetos que intervienen en el iter procesal en la curia, hablaremos de los notarios eclesiásticos, quienes practican las pruebas ordenadas por el juez o aportadas por las partes, ellos reciben los testimonios y llevan a cabo todos los interrogatorios de la causa, sin olvidar de la elaboración de los exhortos judiciales cuando los testigos o las partes se encuentran fuera de la jurisdicción del tribunal de origen.

Los defensores del vínculo[9] son laicos graduados en derecho canónico o sacerdotes con título mínimo de licenciatura jurídico canónica. Estos individuos son los garantes del proceso en toda la instancia y dan su concepto previo a sentencia. Los abogados litigantes o postulantes son personas que no solo ostentan su licencia jurídica sino también canónica impartida por una universidad pontificia. Ellos son inscritos en cada tribunal y son quienes, como externos pagados por los mismos clientes, actúan, defendiendo sus intereses. ellos llegan hasta representar causas gratuitamente, como en el caso colombiano, cuando se otorga, por parte del vicario judicial principal, el patrocinio gratuito que equivale a llevar una causa gratis por cada 5 contratadas de manera Onerosa. Para los fieles que no tienen la capacidad económica para sufragar los gastos de su causa, o sea, como patronos estables, esto es, los abogados pagados por el tribunal, quienes son los defensores de la causa de oficio como en el Derecho estatal, cuando en su proceso se necesita un facultativo para adelantar el caso.

Donde no hay tribunales por cada Sede episcopal, se puede crear la figura de los tribunales regionales que agrupan varios estados como en el caso mexicano o los llamados departamentos en Colombia, también llamados interdiocesanos. Por último, los tribunales apostólicos como la Rota romana, que lleva su nombre por la forma redonda de su mesa en la que se hace la plenaria y el Tribunal apostólico de la signatura apostólica que tiene competencia residual al de la Rota, es decir, decide asuntos que la Rota no conoce.

Cuando una causa se va hasta la tercera instancia en un turno judicial en la Rota, ya el abogado de la causa pierde su competencia para conocer de la defensa del caso. Para ellos, se debe acudir a los conocidos abogados rotales, que son los que llevan a cabo un estudio adicional a su doctorado canónico, de tres años en jurisprudencia rotal y en lengua latina, que es el idioma en el que se escribe las decisiones de esa alta corte como diríamos en el Derecho estatal.

Una singularidad del Derecho canónico es que los graduados en él, sea como licenciados o doctores, tienen competencia universal porque el derecho canónico es uno solo, lo único que lo diferencia es la lengua de cada país, por lo que un canonista, tiene competencia universal para ejercer, a no ser que lo haga en el Tribunal de la Rota donde requiere llevar su estudio adicional ya mencionado.

En el siglo XXI, es todavía un tabú hablar de estos temas, ya que en el imaginario popular se cree que el vínculo católico no se puede anular o declarar inexistente, o creen que por su profunda creencia religiosa, que se

9 Arroba, M. (1993). *Diritto processale canonico*. Roma: Lumen dei Roma.

es más cristiano mientras más se sufra en un matrimonio fracasado. También existen individuos que consideran que los procesos de justicia son impagable por los ciudadanos de a pie, aspecto que no es cierto, ya que las conferencias episcopales cuentan con criterios para fijar las costas judiciales en lo que se conoce como salarios mínimos legales mensuales, para el caso colombiano, sería en dólares una escala entre $1500 y $5000 por causa según la capacidad económica de los fieles, aclarando que esta cifra incluye el abogado postulante.

Lo cierto es que ya la Iglesia, como sociedad visible, ha relajado la ley en cuanto a que las parejas que han fracasado tienen derecho a otra oportunidad y a restablecer su vida y ser felices en brazos de las personas que realmente quieren y ante la fe que profesan.

En el tribunal al cual pertenezco, por ejemplo, el año pasado 2014, se anularon cerca de 510 matrimonios y de esos, aproximadamente un 40 %, son para segundas nupcias. Esto se explica en la nueva pastoralidad de la Iglesia con el fin de que los fieles sean más felices y no carguen eternamente una situación de angustia y de desconsuelo.

De hecho, el Concilio Vaticano II hizo énfasis en la necesidad de acercar más el hombre a la ley y en contraposición complementaria, la ley más al hombre, para darle aplicación el precepto evangélico de no ser esclavo de la ley.

Ahora, la anulación de matrimonios le ha generado a la Iglesia fuertes críticas en el sentido de que con esa forma de asegurarse el control de la vida del fiel, no permite la inviolabilidad ni la inmunidad que el mismo código de derecho canónico predica. Es preciso señalar que esto es falso, ya que la Iglesia, como manifestación divina en la sociedad visible del mundo, permite que cada fiel haga su tratado de vida y si fracasa, lo que hace es proporcionarle la solución a su problema a través de un remedio de salvación y de paz jurídica.

Retomando el hecho de que las causales son de diferente naturaleza[10], esto es, hay causales objetivas como los impedimentos que no permiten que el acto jurídico nazca a la vida legal. También se encuentran los vicios del consentimiento y las incapacidades que atraviesan a la voluntad de la persona como quiera que es ella misma, consciente, obligándose con el otro a ser en derecho y en espíritu.

En las causas que son de incapacidad en las cuales el fiel padece de alguno de los trastornos de personalidad determinados por el DSM – IV[11] o *Manual de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales de la asociación de psiquiatría de los Estados Unidos*. Si esa afección, determinada por el perito experto en psicología o psiquiatría, como grave, opera como medida de protección eclesial y social, el veto[12] como mecanismo de prevención de que una persona gravemente aquejada de anomalías psiquiátricas siga poniendo en peligro, proyectos de vida de sus potenciales compañeros y futuros cónyuges.

El veto es de naturaleza administrativa, no es una sanción judicial, lo que sucede es que en la Iglesia existe la concentración de poderes, el obispo diocesano puede delegar la potestad legislativa, judicial y la administrativa en sus vicarios, es decir, en las personas

10 Cfr. CIC. (1983). Cánones. Roma. Corpus Iuris Canonici.

11 Manual diagnóstico y estadístico de las enfermedades mentales de la APA, Asociación americana de psiquiatría.

12 Cfr. CIC. (1983). Canon. Roma: Corpus Iuris Canonici.

que hacen sus veces en la administración del pueblo de Dios. Para nuestro caso particular, el vicario judicial recibe dos potestades delegadas del superior jerárquico, una es la judicial en el sentido de dirigir el tribunal eclesiástico, y otra la de imponer como medida de prevención como se dijo antes, el veto y de levantarlo ya que es de carácter temporal y cuando una persona impedida para casarse nuevamente, se rehabilita. En otras palabras, lo anterior se efectúa cuando el individuo prueba su habilidad para actuar jurídicamente y obligarse conyugalmente, por medio de los dictámenes periciales de los auxiliares de la justicia canónica. Al individuo se le devuelve la posibilidad de ejercer el *ius connubii* o derecho a casarse válidamente, debido a que es capaz y sus actos son válidos.

Este tema reviste mucha importancia ya que en el imaginario popular existe la creencia de que la curia veta perpetuamente. Es preciso anotar que es falso que existe veto perpetuo, ya que quien pruebe lo contrario, esto es la habilidad legal, puede casarse de nuevo. El fiel podrá optar por no buscar su declaración de hábil o seguir soltero una vez se le ha anulado su matrimonio u optar por el vínculo civil, asunto que la Iglesia respeta aunque no comparte pero como tal debe no intervenir ya que el mismo código de derecho canónico dice que en la escogencia del estado de vida los seres humanos son inviolables.

Sobre la base de lo anterior, las etapas de un proceso de nulidad matrimonial son las siguientes:

Fase introductoria

La fase introductoria consiste en la entrevista de orientación que hace el tribunal al interesado ante uno de sus asesores, quienes pueden ser clérigos o laicos preparados como licenciados en derecho canónico o doctores. En esta instancia, se analiza la historia personal de los cónyuges y en ella se resuelve un cuestionario extenso en donde constan las cuatro grandes partes de la vida de cada pareja, a saber: antecedentes familiares de cada uno de los cónyuges –origen y la composición familiar–, los patrones de convivencia y disciplina interna, los asuntos económicos y las relaciones de poder y el manejo afectivo en el cual, por ejemplo, se determina cuál es información previa al matrimonio. En estos casos, es determinante ver cómo el ser humano repite lo que recibe desde la casa, si recibe cariño y respeto eso devuelve o maltrato si fue violentado. Es preciso aclarar que no es en todos los casos, cada regla general tiene una excepción como lo refleja la mayoría de reglas de la experiencia en asuntos matrimoniales y afectivos.[13]

Dentro de esta fase introductoria, se da elaboración de la demanda una vez queda claro que hay fundamento histórico y de derecho para pedir el ministerio del juez y que, por medio de su poder judicial, pueda resolver el caso.

La presentación de la demanda cuenta con todas las formalidades como un libelo en el foro civil. Esta debe llevar un encabezamiento protocolario, la determinación del juez, unos hechos, unas pretensiones, unos fundamentos jurídicos, las pruebas aportadas, un contradictorio, unas notificaciones y unas firmas de los litigantes. Con esto se asegura que se dé el principio de contención en tanto que las partes en conflicto matrimonial deben atender a unos requisitos para ser oídos en juicio, por ejemplo, no se debe aceptar una demanda sin la correspondiente

13 Instrucción Dignitas connubii art. 114 – 125.

dirección de las partes o sin la indicación de los fundamentos de derecho para demandar.

Luego se da la revisión de la demanda por parte del señor vicario judicial, quien se puede pronunciar sobre la suerte de la misma, es decir, un rechazo de plano o una aceptación del libelo. En canónico no existe lo que en civil que consiste en que cuando una demanda no cumple con la totalidad de las formalidades requeridas, se devuelve otorgando cinco días para cumplir con lo pedido por el juez para su aceptación, por lo que todos los rechazos son de plano.

Fase instructora

Una vez pasa la demanda, el vicario judicial presidente del tribunal, somete a reparto la causa en su expediente que contiene todos los documentos aportados inicialmente por las partes tales como partidas de matrimonio y bautismo y los demás que se alleguen para probar la nulidad alegada. Posteriormente, se reparte a alguna de las salas del tribunal, en el caso del foro canónico –siete salas que se reparten el trabajo del año judicial al estilo de los tribunales de distrito judicial del Estado–, en donde ejerce el vicario adjunto, un sacerdote igual que el presidente y mínimo licenciados o doctores en el área.

Una vez conocida la demanda por el juez o vicario adjunto, este procede a nombrar el turno de la causa, ese nombre lo lleva así porque todos los jueces, sean sacerdotes o laicos preparados, funcionan como los magistrados de los tribunales estatales, conformados por tres personas, donde uno es el ponente de la sentencia por sorteo y los otros dos son los votantes que darán su voto por el sí o el no. En estos casos corrientes de la nulidad matrimonial se nombran tres para que en la votación haya mayoría. Sin embargo, en casos en donde no se puede votar dos a uno, se puede recusar el juez y si aun así no hay quórum para votar y dejar fallada la causa, se debe nombrar un tribunal de cinco jueces. Este procedimiento en la práctica es muy escaso pero en cualquier momento puede llegar a suceder, debido a que la ley es predictiva.

Adicionalmente, se nombra dentro del turno al defensor del vínculo, quien funge como agente del ministerio público o como ocurre en México, el procurador, se explica como el garante del debido proceso y del derecho a la defensa de las partes que tiene como función esencial. Este funcionario puede ser laico o sacerdote licenciado o doctor en canónico, a él, se le notifican todos los decretos del proceso y se le comunica todo lo que pase con el expediente, para que revise, proponga pruebas nuevas o ampliaciones de las decretadas y aportadas, lo mismo que rinda su concepto previo a la sentencia, y una vez fallada la causa, si encuentra alguna posibilidad de impugnar la decisión, pueda apelar. En cualquier grado del tribunal o instancia es la misma constitución y actuación de todos los funcionarios, esto aplica desde los tribunales diocesanos, hasta la misma Rota romana en El Vaticano.

Luego de la constitución del tribunal el actor o demandante debe manifestarse para saber si lo acepta o recusa alguno de sus miembros, para así evitar conflictos de intereses o algo similar. El tribunal, por medio de decreto de trámite, fija la duda de derecho o el dubium, lo que es, manifestar la causal o causales por las que se va a declarar la nulidad del caso. Así, se cita a la parte demandante previa elaboración del cuestionario por el defensor del vínculo donde este hace hincapié de los hechos relevantes de la demanda, luego de hacer la adecuación típica de los hechos con el código y dar su visto bueno o pedir que lo cambien o lo amplíen, ya que pueden perfectamente, probarse varias hipótesis o causales en un mismo proceso.

Se procede igual con el convento, nombre que recibe el demandado, previa citación y notificación de la demanda. El convento tiene varias opciones: puede no contestar en el término que le da el código, puede allanarse, puede contestar y hacerse parte activa hasta sentencia y la segunda instancia o tercera si se va a Roma. En la mayoría de los casos, los conventos acuden a defender su tesis de los motivos de la causal y a falsear la postura del actor.

Una vez se recibe la contestación de la demanda o no habiendo recibido nada en el término que señala el código de quince días, se abre el proceso a pruebas por medio de decreto. En derecho canónico no se llaman autos sino decretos de trámite o de sustanciación.

Dentro del proceso, en cualquier etapa antes de sentencia, se puede presentar inactividad procesal imputable a las partes en juicio. Esto se sanciona con la declaratoria de la figura de la perención, que es el archivo de la causa cuando no se da impulso por un tiempo igual a seis meses, por lo que cuando la parte interesada aparezca a pretender su caso, tendrá que pedir el desarchivo y costear su reapertura, asumiendo el tiempo perdido y haciendo que su proceso se ponga en orden de aparición sin prelación alguna. Esta dilación violenta la duración ideal de un proceso de nulidad según el mismo código estipulado a doce meses meses, en primera instancia, y de seis en segunda como máximo plazo. Cabe señalar que muchas veces son las partes quienes retrasan el cronograma dado.

También pasa con frecuencia, que las partes conventas sean renuentes a comparecer al proceso, por lo que el juez no debe esperar indefinidamente a que esta se haga presente. Este sería un desgaste enorme como sucede en los tribunales estatales donde pasan lustros enteros y un proceso sin salir, la Iglesia está obligada por el código a realizar unas publicaciones o edictos emplazatorios en la prensa por tres oportunidades para que se le de publicidad y en la secretaria del tribunal fijar el documento para que el público pueda conocerlo.

Si definitivamente no comparece, se declara parte ausente y el proceso se sigue como en el caso de los procesos civiles cuando se nombra un curador que representa los intereses del demandado al cual se le notifican los actos procesales para no violar el debido proceso ni el derecho de defensa, hasta que se acaba la causa. Actualmente, se da en la práctica de los tribunales de la Iglesia que antes de la sentencia, en cualquier momento, ya sea que aparezca la persona, se le da a conocer el caso para que aporte y se defienda pero luego de sentencia no hay posibilidad de ello, salvo uno hechos nuevos graves que comprometan la validez de la causa y la sentencia.

Retomando el acápite de las pruebas, en esta clase de procesos no hay límite, es decir, son las mismas que se encuentran en los códigos procesales del Estado, donde se hayan por ejemplo: la declaración de parte, esto es, todo tipo de documentos escritos, fotográficos, quirografarios, filmográficos, de audio, de correo electrónico, pero siempre y cuando no se violente innecesariamente la intimidad y el buen nombre de la persona. Esto es similar en en civil que se pueden tachar pruebas, por ejemplo, de relaciones sexuales explícitas por atentar contra esos bienes jurídicos protegidos.

La confesión, igualmente, opera en este caso ya que la parte es libre de reconocer su actuar y su responsabilidad en el proceso. Sin embargo, como siempre se anota, no tiene obligación de auto incriminarse; los testimonios operan y son muy importantes ya que las más veces hay cosas que no constan en documentos y solo la versión de otro puede

corroborar o falsear lo que se diga. El dictamen pericial es determinante cuando en las causas se requiere de una ciencia auxiliar, como la psicología o psiquiatría, para probar la gravedad de los problemas de comportamiento y demás.

Hay otra prueba que trae el código pero en realidad ya ha caído en desuso, es el caso del acceso y reconocimiento judicial del lugar de los hechos como una inspección ocular de la causal en tanto el cómo y dónde se dieron los hechos. Sin embargo, esta prueba ya no se ordena en la práctica ni se tiene en cuenta.

Cabe ampliar que en los testimonios, hoy en día, los medios masivos de información en tiempo real y las redes sociales y toda la tecnología está siendo usada en las curias para resolver todo tipo de eventualidades. Para evitar que las personas se tengan que desplazar de un país a otro, hoy basta que se conecten ordenadores y cámaras y las pruebas de llevan a cabo a miles de kilómetros y de husos horarios diferentes.

Una vez se practican todas las pruebas, el juez concluye la causa y cierra el debate probatorio, para evaluar y darle el valor a cada una, y si es del caso desestimar las que no sean ni conducentes ni pertinentes. Cuando esto ocurre, las partes y sus apoderados pueden conocer todo el expediente para preparar sus alegatos de conclusión, usando la técnica de retomar lo dicho en la sentencia y tamizarlo con las pruebas para pronunciarse preferentemente sobre hechos probados y verdades procesales.[14]

Fase discusoria

Esta comienza cuando se presentan los alegatos de conclusión por parte de los litigantes y con ellos se le dan al juez elementos para proyectar su sentencia en busca de la certeza moral y jurídica de la existencia de la nulidad o validez del vínculo. Obviamente, la certeza jurídica se da con los hechos que se prueban durante todo el caso, pero la certeza moral va más allá de las actas de la causa, está la dan las reglas de la experiencia y la sensación de convicción que queda en la psiquis y el corazón del juez una vez emite su sentencia o decreto definitivo. Esta certeza es la posibilidad de que no quepa duda alguna razonable de decisión contraria.

Luego, se pasa el expediente al señor defensor del vínculo para que haga su concepto por medio de las observaciones generales y finales. En estas, la agencia del Ministerio Público Eclesiástico, presenta al juez todo su parecer de la causa y se pronuncia sobre lo que hay y lo que falta para una decisión sólida como una catedral. En esas mismas pesquisas, el defensor puede pedir la adición de la fórmula de la duda de derecho o causal, en el caso de que resulte probada más de una pero que no se imputó a la fórmula.

Una vez entregado ese concepto, el expediente vuelve a la sala, para que el vicario adjunto o juez ponente del turno proyecte la sentencia con todos los requisitos de una decisión definitiva. Con narración de hechos y jurisprudencia en la cual se basa, una vez la termina, se da traslado a los conjueces para que den por escrito su voto y se sume la mayoría, para declarar procesalmente la nulidad y proceder después a las declaraciones con referencia a los efectos civiles del matrimonio y a las calidades de los hijos habidos en el mismo.

Seguidamente, se da la notificación de la decisión para que las partes conozcan el contenido y apelen, si así lo tienen a bien. Si así

14 Cfr. Instrucción Dignitas connubii, arts. 126 – 228.

lo hacen, la decisión con todo el expediente se va para el tribunal de segunda instancia y así sucesivamente hasta la tercera en Roma. Ahora bien, si no se ha apelado, la sentencia queda en firme y ejecutoriada para que ya se opere el fenómeno de la cosa juzgada que, como ya se dijo, es relativa cuando recae sobre el Estado de las personas, por lo que siempre se puede volver a demandar en caso de una declaratoria no de nulidad, sino de validez del vínculo.

Una vez se surte la sentencia en doble instancia o ulterior, se debe dar traslado en el caso colombiano, a los jueces de familia del circuito para que ellos lleven a cabo el trámite de homologación de la sentencia eclesiástica, y así, darle plenos efectos a la decisión. Esta figura consiste en que el juez estatal declara que la sentencia la encuentra conforme a derecho y que declara la cesación de efectos civiles de ese matrimonio y que la prole conserva la calidad de legítima. Además ordena la cancelación del registro civil de matrimonio y su correspondiente anotación en el registro de nacimiento, para que en el caso de unas segundas nupcias, la persona pueda oponer a la sociedad y el Estado la libertad personal que ostenta.15

Fase ejecutoria

Puede parecer un poco ilógico que no se hayan incluido en esta etapa los últimos párrafos del tema anterior. Sin embargo, lo que se busca es que el lector de estos apuntes elementales, confunda la ejecución de la sentencia en lo civil y en lo canónico.

En este caso, de la ejecución canónica de la sentencia, hay que mencionar que esta etapa es bien interesante y parecida a lo que se hace en el Derecho estatal. El código menciona que la sentencia se ejecutoría y se debe anular la partida de matrimonio y hacer la anotación de la nulidad en la partida de bautismo en la parroquia donde reposa la fe del nacimiento, con el fin de que se demuestre ser libre. Si en la causa se declaró veto administrativo, como ya se vio, este se levanta para que el fiel pase a segundas nupcias. Con todo esto, lo que la gente hace es preparar nuevamente la fiesta y la celebración de las nuevas bodas para felicidad de quien se casa por primera vez e ilusión de aquel que reincide en la misma conducta dos o más veces.

Conclusión

A guisa de conclusión, se ha mostrado, de manera muy sencilla y práctica, la usanza de los tribunales eclesiásticos y su quehacer diario, en la función de administrar justicia en el fuero interno y externo como corresponde al derecho canónico, para bien de las personas, de la sociedad y de la Iglesia como comunidad visible. Se espera que este escrito resuelva las dudas que normalmente se tienen de este derecho tan solemne pero tan puesto en ignorancia por la misma sociedad y el Estado en su postura laicista, en la cual no se considera que se deba preocupar un fiel de su estado de disposición persona, en cuanto a su derecho a casarse o a su derecho a permanecer soltero después de haber resuelto su vida desde la óptica jurídica *ad intra* y *ad extra*.

Referencias

Acebal, J. L. (1990). *La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial. Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*. Salamanca: Universidad Pontifica de Salamanca

Acebal, J. L. (1980). *La sumisión a la justicia del Tribunal*. España: Ciencia Tomista

Arroba, M. (1993), *Diritto processale canonico*. Roma: Lumen dei Roma.

15 Cfr. Instrucción Dignitas connubii, arts. 229 – 246.

Bonnet, P. A. (1996). Comentario a los cánones 1592-1593, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico, Vol. IV/2*. Pamplona: Eunsa

Bueno, S. (1999). Algunos problemas y soluciones en torno al proceso canónico de nulidad matrimonial. *Ius Canonicum*, XXXIX, 503-553.

Cabreros, M. (1963). Comentario a los cánones 1842-1851 del CIC de 1917. *Comentarios al Código de Derecho Canónico, Vol. III*. Madrid, BAC.

Cañamares, S. (2003). *El matrimonio canónico en la jurisprudencia civil*. Pamplona: Aranzadi.

Cañamares, S. (2000). La eficacia obstativa de la oposición al reconocimiento civil de las resoluciones canónicas. Comentario a la sentencia 150/1999, de 14 de septiembre del Tribunal Constitucional. Aranzadi Civil, 5, 15-33.

Cfr. CIC. (1983). Cánones. Roma. Corpus Iuris Canonici

Cuervo, L.E. (1981). *Algunas innovaciones en el derecho procesal del código reformado. V1*.Italia: *Universitas* Canonica.

Daneels, H. F. (2006). *Una introducción general a la Instrucción Dignitas Connubii*. Roma: Ius Canonicum.

De Diego Lora, C. (1991). *Nuevas consideraciones sobre la ejecución civil de la nulidad del matrimonio canónico y de la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado*. Roma: *Ius Canonicum*

De La Oliva, A. & Fernandez, M. (1990). *Derecho procesal civil*. V1. Madrid: Centro de Estudios Universitario Ramón Areces.

Ferrer, J. (1996). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª,, de 23 de noviembre de 1995. R*evista de Derecho Privado*, 80, 480-504.

García, J.J. (1995). *Nuevo Derecho procesal canónico*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.

Goti, J. (2001). *Tratado de Derecho procesal canónico*. Madrid: Colex.

Grocholewsky, Z. (1997). *La certeza morale nella pronuncia del guidice*. Italia: Periodica de re canonica.

Hervada, J. (1987). *Elementos de Derecho Constitucional canónico*. Pamplona: Eunsa.

Iglesias, J. M. (1991). *Procesos matrimoniales canónicos*. Madrid: Cívitas.

Instrucción Dignitas connubii. (s.f). Pontificio consejo para los textos legislativos. Recuperado en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitas-connubii_sp.html

López, M. & Navarro-Valls, R. (2001). *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*. Madrid: Tecnos.

López, M. (1983). *El nuevo sistema matrimonial español: nulidad, separación y divorcio*. Madrid: Tecnos.

Moreno, M. (2000). La oposición de parte en la eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales (A propósito de la STC 150/99, de 14 de septiembre). *Actualidad Civil*, 30, 1109-1122.

Moneta, P, & VV.AA. (1994). *Il proceso matrimoniale canonico*. Italia : Cittá del Vaticano.

Navarro-Valls, R. (2004). El matrimonio religioso. *Derecho Eclesiástico del Estado español*. Pamplona: Eunsa, 295- 327.

Panizo, S. (1996). Comentario al canon 1509. *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico,* Vol. IV/2, Pamplona: Eunsa.

Pinto, J.M. (1994), *La giurisdizione*. Vaticano. Cittá del Vaticano.

Ruano, L. (2001). Problemas procesales en el proceso canónico de nulidad matrimonial. *Revista de Derecho de Familia*, XII, 270-272.

Satta, S. (1958). *Il concetto di parte*. Vaticano: Padova.

Stankiewicz, A. (1987*). I doveri del guidice nel processo matrimoniale canonico. Apollinaris*. Italia: Universitas Canonica.

Vega, F. (2000). *La eficacia civil en el ordenamiento español de las resoluciones dictadas según el Derecho canónico. Hominum causa omne ius constitutum est. Homenaje al Profesor Díaz Moreno*. Madrid: Comillas.

La conformación de la idea de hombre. De Zubiri a Laín: Fundamentos para una antropología integral

*Jonny Alexander García Echeverri**

¿Qué es en sí mismo este peculiar modo de realidad del cosmos, conocedor, ordenador y aspirante a colonizador de todo él, astros y nubes, mar y tierra animales y plantas, que llamamos "hombre"?

(Pedro Laín)

Resumen: Los conceptos de Xavier Zubiri se adentran en la propuesta antropológica de Laín, por ello se fundamenta desde la obra Estructura dinámica de la realidad la idea de filosofía que plantea su autor. Laín estará convencido de que en la contemporaneidad se debe hablar de materismo y no materialismo, sustantividad y no sustancia, estructura psicoorgánica y no división alma y cuerpo. Por esta razón, Laín acoge el tratado de Zubiri y lo radicaliza en tal forma, que haciendo propias las preguntas dejadas en la obra de su maestro, construirá su propuesta original de hombre: el monismo estructurista dinamicista.

Palabras Claves: antropología, metafísica, realidad, dinamicismo, estructura.

Introducción

La pregunta por el hombre y el preguntar del hombre siguen siendo, en la actualidad, una apuesta de la filosofía, siguen siendo vigentes. Asimismo, etas preguntas no pueden desplazase ni sustraerse de nuestras investigaciones. Beorlegui (2004) llama la atención al respecto, en su libro *Antropología filosófica: nosotros urdimbre solidaria y responsable*:

> (...) de la ciencia y de sus pretensiones de sustituir a la filosofía como instancia última de racionalidad, y ocupar su lugar, convirtiéndose en el saber por excelencia, dotado de respuestas suficientes a todos los problemas que la mente humana se pueda plantear (p. 232).

La existencia del hombre asegura y renueva cada incógnita: ¿Qué soy? ¿Quién pensó mi cuerpo? ¿Cómo se originó el mundo que existe a mí alrededor? o ¿Cómo han vivido otras generaciones? De ese preguntarse es del que hace mención Zubiri (1995) al postular al hombre como un animal de las realidades que posee un carácter único al hacerse cargo de su realidad y tomar conciencia del misterio al que se enfrenta. Aun así, no es la única definición, cuando del hombre se trata, salen a flote los más diversos conceptos y teorías que buscan dar explicación a la realidad que le envuelve.

Tal razón nos empuja a preguntarnos por las visiones más preponderantes que se han

* Bachiller Canónico en Filosofía (2007-UPB), Teólogo (2011-UPB), Licenciado en Etnoeducación (2011 IMA-UPB), Magister en Filosofía (2015-UPB), docente de tiempo completo de la facultad de Teología y Humanidades de la Universidad Católica Lumen Gentium, Cali. Área de interés: humanismo y antropología filosófica, teológica y cultural. Correo electrónico: garciajonny2011@hotmail.com

Nuevo Derecho, Vol. 11, No. 17, julio-diciembre de 2015, pp. 109-123 - ISSN: 2011-4540. Envigado –Colombia

tenido sobre el hombre a lo largo de la historia de la filosofía, por las perspectivas que se han generado en cada periodo de la filosofía. Este aspecto lo interpreta el profesor Conrado Giraldo (2008) al mostrarnos que hasta el mismo "Laín reconoce el legado dejado por otros respecto a la idea del hombre que él mismo maneja" (p. 24). Laín, en uno de sus textos titulado *Antropología Médica para clínicos* (1986), hace mención de las maneras como se ha entendido al hombre:

> (…) servidor y juguete de los dioses (sabiduría asirio babilonia), criatura viviente hecha a imagen y semejanza de Dios (sabiduría judeo-cristiana) y redimida por Él (cristianismo); microcosmos, universo en miniatura (sabiduría indoeuropea); bípedo implume (burlesca fórmula de Platón); animal dotado de logos, por tanto de habla y razón (Aristóteles) (p. 3).

Si cada pensador o época ha tenido algo que decir sobre lo que somos: ¿Qué tenemos que decir hoy nosotros? ¿En qué ha avanzado la visión filosófica que sobre el hombre se ha tenido? y, específicamente, ¿De qué manera la filosofía puede permear el mundo cotidiano para que la visión que se tiene del hombre pueda ser conocida y entendida por nuestra sociedad?

Ante la pregunta, dirá Laín (1991) en su libro *El Cuerpo Humano. Teoría Actual*, que la preocupación por el cuerpo cobrará vigencia a partir de nuestro siglo cuando bajo la influencia próxima o remota de la fenomenología, nazca formalmente una visión filosófica del cuerpo humano y por aquella que lucha por liberar la idea del hombre de su dualidad. Ya nuestro cuerpo no será una envoltura de una realidad mayor a ella –*Körper*– sino que al contrario, nuestro cuerpo será algo más significativo –*Leib*– en cuanto a sus vivencias se trata.

Del entendimiento de esta superación surge una visión filosófica elaborada por Ortega y Gasset, Gabriel Marcel, Sartre, Merleau-Ponty, Ricoeur, Lévinas, Zubiri, entre otros. Son estos los presupuestos básicos desde los cuales Laín construirá su pensamiento. Sin embargo, será la filosofía zubiriana sobre la cual Laín construirá, de forma directa, su concepto de hombre. Según Conill hay dos obras que se deben tener en cuenta a la hora de hacer un rastreo del tema en cuanto tal: *Sobre el hombre* y *Estructura dinámica de la realidad*. No bastando, con ello nos encontramos con el testimonio del propio Laín quien afirma la imposibilidad de concebir su tratado sin la influencia de Zubiri

1. El giro metafísico de la filosofía en Zubiri

Para la contemporaneidad, partiendo de Zubiri, la metafísica es el estudio de la realidad, ¿Qué ha sido antes la metafísica? ¿Cuál es la visión tradicional que llevó al descredito a la metafísica? Heidegger (2012), en su obra *Kant y el problema de la metafísica,* nos comentará: "La metafísica es la ciencia que contiene los primeros principios de lo que el conocimiento humano aprehende" (p. 3). Lo ambiguo de esta expresión está, en un primer momento, en el ideal de Aristóteles, quien, según Heidegger, intenta abarcar al ente en cuanto ente, buscando la comprensión de lo supremo, de lo que crea o fundamenta al ente[1]. De igual manera, busca, en un segundo momento, la dogmatización de la metafísica que será la razón de su decadencia.

En su obra, Heidegger (2012) hace explícitos esto motivos: "El primer motivo concierne a la estructura del contenido de la metafísica y se deriva de la interpretación cristiana del mundo, basada en la fe, según la cual todo ente no divino es algo creado: el Universo" (p. 6). Dentro de esta visión de la metafísica,

1 Cf. p.5.

el hombre ocupa un lugar primordial y alcanzar la salvación de su alma es el objetivo que se persigue.

El segundo motivo está aliado al entendimiento de la metafísica como conocimiento puro o razón pura, tal como lo comenta Heidegger 2012):

> En la metafísica, como conocimiento puro y racional del ente "en general" y de la totalidad de sus regiones principales, se efectúan un "traspasar" de lo que la experiencia puede ofrecer de parcial y particular. Traspasando lo sensible, este conocimiento trata de aprehender al ente suprasensible. Pero "su método hasta aquí ha sido un mero tanteo entre meros conceptos (p. 7).

Frente a este escenario, la filosofía en España dará un giro al problema. Según comenta Zubiri, Ortega y Gasset será el iniciador de una reflexión filosófica sobre la realidad. Sin embargo, será directamente Zubiri (2001) el que proponga como tema de la filosofía la realidad: "Ha sido el tema de mi libro *Sobre la esencia*: la filosofía no es filosofía ni de la objetividad ni del ente, no es fenomenología ni ontología, sino que es filosofía de lo real en cuanto real, es metafísica" (p. I-II).

La filosofía de la realidad o de lo real es el tratado preponderante en el pensamiento zubiriano, para abordarlo hay que tener en cuenta la elección del método metafísico que iniciará en 1962 cuando publique su obra *Sobre la esencia*. Con relación al método metafísico y la filosofía de la realidad nos dice Zorroza (2007):

> Zubiri ha sido considerado un metafísico estricto, un filósofo de la *realidad*; y la perspectiva desde la que él formula su antropología y su reflexión sobre la persona y la realidad humana tiene un sesgo marcadamente *metafísico*: nuestro autor realiza sobre ella una *reductio ad realitatem*. (Zorroza, 2007, p. 195).

Metafísica y realidad devienen en el pensamiento zubiriano como el punto de partida para una reflexión filosófica y, en nuestro caso, para una reflexión sobre el hombre. El itinerario filosófico de Xavier Zubiri se inicia con la reflexión sobre la realidad en sí misma y culmina en el hombre como realidad. No se podría pasar por alto la admiración que despierta en muchos la palabra metafísica. Para nuestro tiempo, escoger la metafísica como herramienta para interpretar al hombre y sobre todo para hacer filosofía es una acción que pone en duda la contemporaneidad de los planteamientos de un autor. Emplear la palabra metafísica da mucho que pensar. Se necesita estar fuera de órbita para emprender una actividad que podría resultar decepcionante para muchos lectores.

Descalificar a la metafísica por la condenación de una época, sin permitirse hacer el camino a solas puede parecer una opción facilista, no obstante retomarla en un momento de sospecha y tener la seguridad que de ella nacerán nuevas luces para la posteridad es un acto de heroísmo. Aun así, no se emprendería este camino sino hubiese archivos históricos que nos dieran luces sobre el problema que enfrentamos como tal. Sobre esto hay un ensayo realizado en 1988 por el pensador Jesús Conill titulado: *Zubiri en el Crepúsculo de la metafísica*, en el que se argumenta: "Tras las reiteradas y persistentes *crisis de la metafísica*, nos encontramos en una situación crepuscular: no sabemos a ciencia cierta si lo que realmente se anuncia es la noche oscura o una nueva aurora" (p. 33).

Una filosofía caracterizada por su mismo autor como metafísica despertaba sospechas a la vez que impedía que otros pensadores pudieran acercarse con interés a sus obras. Cerezo (1995) testifica el desinterés de la filosofía de su época con relación a la metafísica: "Lo que más alejó a Zubiri de los jóvenes de mi generación fue un acontecimiento cultural de primera magnitud: la crisis de la metafísica" (p. 222). No es esto lo más relevante del comentario de Cerezo (1995), sino

la importancia que da al quehacer filosófico de Zubiri, quien, en medio de la crisis, abrió nuevos caminos para hablar de metafísica aunque ésta padezca o sufra de olvido:

> Zubiri adoptó una actitud que sólo puede calificarse hoy de ejemplar: no se dejó inhibir. Ni se puso al margen ni se acomodó intelectualmente a ella, ni intentó saltársela a la torera o evadirse hacia horizontes intelectuales más seguros. Simplemente tomó la decisión intelectual de atravesarla, esto es, de hacer metafísica aun en medio de la crisis, o mejor, por medio y a través de ella, superándola y emergiendo hacia un nuevo continente. (Cerezo, 1995, p. 222).

Para el momento histórico de la vida de Zubiri, la filosofía había perdido la pregunta por la verdad, estaba el primado de la representación sobre la realidad, de la conciencia sobre la reflexión y del objeto sobre la verdad. Es frente a esta desazón que Zubiri elige el distanciamiento de la universidad y el camino de la metafísica, claro está, bajo una mirada diferente.

Para una mejor comprensión, señalamos la manera como el pensamiento de Zubiri ha sido diferenciado en tres etapas con sus respectivas obras. La etapa más polémica del pensamiento zubiriano será la segunda –Sobre la esencia–: "Estos fueron años en cierto modo trágicos en la biografía de Zubiri. (…) Zubiri apareció como un escolástico, sin duda más actual e interesante que los demás, pero escolástico al fin y al cabo" (Cerezo, 1995, p.14). Muchos de los discípulos de Zubiri se apartarán de forma silenciosa de su pensamiento y a la crítica de su obra él mismo responderá con dos obras más, tal y como comenta Martínez (1963) en la presentación de la obra *Sobre la realidad:*

> (...) la primera, en 1968 con el curso Estructura dinámica de la realidad (Alianza Editorial/Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 1989) y a la segunda, con el curso Sobre la realidad. Uno y otro, en diversos aspectos coincidentes o complementarios, son prolongación natural de Sobre la esencia. (Martínez, 1963, p. III).

Lo importante de estas dos obras de Zubiri se desprende de la ocupación del pensador: organizar el problema de la realidad en sus publicaciones. En Zubiri (xxx) la realidad es el interrogante del hombre contemporáneo. De igual modo, en cuanto al estudio se refiere, este es sin dudas metafísico. Sobre esto dirá: "Nadie tiene obligación de interesarse por la metafísica, pero supuesto que uno se interese por ella, no puede extrañar que hable acerca de la realidad" (Zubiri, 1995, p. 7).

Parece que a Zubiri no le importaba el hecho de que a sus lectores leyeran como vanidad la elección de la metafísica como tema principal de su obra. Ni siquiera le importaba si con ello alejaba a sus discípulos o causaba decepción en otros pensadores. En él estaba la certeza de que en cuanto a la metafísica se trataba, la tradición la había asumido por un camino equivocado, era preciso, entonces, dar un giro en la manera de abordarla, aquel que pasaba de la esencia a la realidad.

La metafísica de Zubiri (xxx) no buscaba representar la realidad, fundarla; sólo pretendía comprender la forma como la realidad se presenta al hombre libre de presupuestos, según él: "(…) el verdadero problema nace de que el objeto presente, en este caso la realidad en cuanto tal, no es sin más un término sobre el que recae libremente mi acto de intelección" (Zubiri, 1995, p. 11).

Es este tal vez el viejo error de la tradición, tomar la realidad como salida de la conciencia. Pensar que cuando de la verdad se trata entra en juego la razón, mi yo, la intelección, el sentido y el lenguaje. Es en estos casos cuando podemos decir que la realidad ha sido inflada de sentido, quedando desfigurada y por ello no resulta legible.

Este es el problema de la metafísica tradicional, problema por el cual se ha reiterado de muchas formas una superación e inclusive la

muerte de la metafísica. Encontramos en la actualidad incontables tesis que se dedican a la muerte o remoción de la metafísica. Ya tengan éxito o no estas tesis, aspecto sobre el que no podemos hablar, sólo podríamos juzgar que ya son tantas las veces que en la actualidad hablamos del tema que nos encontramos frente *al final del final de la metafísica*. Razón ante la cual Conill dirá que la metafísica se encuentra en una situación crepuscular.

Digamos algo más, una de las razones por las cuales se hace necesario un giro en la manera de entender la metafísica está dada por la ausencia de la realidad en la forma de plantear la metafísica. El viejo modo de encuentro entre metafísica y realidad ha estado mediado por un acto de conciencia cuando el "objeto sobre el que recae la pregunta por la realidad en cuanto tal, no es un término meramente extrínseco sino algo, que en una u otra forma, se me presenta a mí desde mí mismo" (Zubiri, 1995, p. 11).

En *Estructura Dinámica de la Realidad* encontramos un porqué del giro metafísico de Zubiri, es aquí donde se hace posible la relación entre realidad, metafísica y filosofía. Según Zubiri (1995): "El *esse reale*. Con lo cual, sin embargo resulta bien claro que en la concepción clásica la *realitas*, el ser "real", es un adjetivo cuyo sustantivo es el *esse*. La realidad es un momento y un modo del ser" (p. 24).

Es en este justo momento donde en la filosofía, la realidad va al ser, entendiendo por realidad, como el mismo Zubiri (1995, p. 30) lo argumenta: "La realidad (…) es en sí misma dinamismo […] Y ser dinamismo no consiste en tener carácter procesual, sino en que en su constitutiva realidad es una dar de sí, un estar siendo lo que efectivamente ya es". El giro lingüístico en Zubiri –del ser a la realidad, de la realidad a la filosofía– ¿De dónde surge? o aún más ¿Dónde surge la idea sobre la filosofía como ciencia de la realidad? A lo que fundamenta Zubiri (1995: "(…) es un completo error hablar del *esse reale*. De lo que hay que hablar es de *realitas in essendo*" (p. 27).

De esta manera, la filosofía libera a la realidad de ser un actor secundario, es ahora la existencia y el ser un acto precedido por la realidad, razón por la cual en la historia de la filosofía contemporánea se da inicio a una nueva perspectiva sobre la metafísica que nos hace interrogar acerca de su futuro. Queda afirmar que la grandeza del planteamiento metafísico zubiriano se funda en el hecho patente de que el autor no busca superar la metafísica dándole fin, sino antes bien, de otro modo, como lo menciona Martínez (1963, p. II): "libera el concepto de realidad de su adscripción a la sustancia y la del inteligir de su primordial función de juzgar".

Por último – tal y como comenta Martínez (1963) – se realiza un trabajo metafísico coherente en el que: "(…) el saber y la realidad son estrictamente congéneres, y, otra, que la intelección humana es formalmente mera actualización de lo real en la inteligencia sentiente" (p. IV). De esta manera, se da a comprender que, en Zubiri, tanto la filosofía como su opción metafísica, buscan abordar la realidad como tal sin necesidad de más interpretaciones. Este autor busca que la realidad surja por sí misma, siga dando de sí y pueda ser abordada por el pensador sin perderse de ella.

1.1 De la realidad al hombre: el hombre, estructuralmente, animal de realidades

Ya es evidente el giro interpretativo en la metafísica como método, aquel que lleva del ser a la realidad. Es hora de emprender un viaje de vuelta a casa, viaje que permite entender por qué era necesario ahondar en términos como metafísica y realidad antes de llegar a la comprensión de lo qué es el

hombre. Surge la necesidad de recurrir al pensamiento de Zubiri para entender que la verdadera trascendentalidad de las cosas no está en el lenguaje, ni en la intelección de las cosas sino en su propio contenido, en lo que las cosas son por sí mismas y no les puede ser robado: el *de suyo* mencionado por Zubiri . Según Zorroza (2007): "(…) sólo partiendo del hombre como *realidad*, para llegar a su peculiar carácter como *animal de realidades* lograríamos – según Zubiri – dar asiento a todas las demás dimensiones que preocupan y ocupan a los filósofos de nuestro tiempo" (p. 196).

Un tema de nuestros días, según Zorroza, es el de la realidad, el del hombre como animal de realidades e irrealidades. Esta es una de las ocupaciones de los filósofos en la actualidad. Pero, dado esto, nos preguntamos ¿De qué modo estos primeros fundamentos se relacionan con el pensamiento de Laín? A lo que se nos responde: "Entender la persona como sustantividad abierta, como *suidad* formal y trascendente es su aportación antropológica frente a los diferentes monismos modernos y frente al dualismo en la comprensión del ser humano" (Zorroza, 2007, p. 196).

Esto es un planteamiento que nos recuerda el propósito de la obra de Laín: la superación de los monismos y dualismos de la antropología contemporánea. Si abarcar la realidad como tema de la filosofía lleva consigo al cambio de visión que tenemos sobre el hombre, entonces se hace necesario no dejar pasar por alto la importancia de la reducción metafísica que hace Zubiri, como hemos propuesto al inicio de este capítulo, cuando nos referimos al giro metafísico en el pensamiento zubiriano.

Aun así se nos propone:

> Por eso, aunque pueda parecer a primera vista una *reducción*, un estudio aquilatado de la realidad humana habría que empezar por señalar lo que es *como realidad*, plenificando el significado de "realidad" hasta permitir que abarque lo simbólico, lo espiritual, lo intelectual, lo lingüístico, lo social, lo cultural (Zorroza, 2007, p. 196).

En otras palabras, mentar la realidad debe significar, para nuestro estudio, el camino de ida hacia la integridad del hombre. Estudiar la realidad nos conducirá a entender al hombre de una nueva forma. Es importante tener en cuenta que, a la hora de estudiar la visión del hombre en Zubiri, el tema puede resultar lo suficientemente amplio como para no terminar. Las principales obras que podemos revisar para hacer un recorrido por los planteamientos antropológicos del autor son estas: *Cuerpo y alma* (1950-1), *El problema del hombre* (1953-4), *Sobre la persona* (1959), *El hombre y Dios* (1973), *Tres dimensiones del ser humano: individual, social e histórica* (1974). Además, hay unas publicaciones póstumas que resultan esclarecedoras: *Sobre el hombre* (1986*), El hombre y Dios* (1984) *y Sobre el sentimiento y la volición* (1992).

En estas obras y en otros artículos, se encuentran dos líneas fundamentales que aportan una visión sobre el hombre: aquella que parte del estudio metafísico de la realidad como sustantividad dinámica y la que afirma que la inteligencia es una nota diferenciadora que hace posible que una realidad tenga una determinada posición en el mundo.

a. El hombre como sustantividad dinámica

Dentro de esta primera línea del planteamiento antropológico zubiriano, se hace necesario aclarar el concepto *de suyo* o *suidad* que es tan característico del planteamiento filosófico de este autor. La importancia de ampliar estos conceptos reside en la posibilidad de afirmar lo que el hombre realmente es. Hablar del hombre, como hablar del

mundo, no es una cuestión solamente de puntos de vista o perspectivas, se trata de un tema objetivo como tal. Mundo, hombre, realidad, tres conceptos que se sumergen dentro de un mismo contenido. La realidad es de suyo, así como el mundo y el hombre. No se trata de un juego de palabras en el que la realidad es un concepto dominante que todo lo envuelve, se trata de la pura y simple realidad. Es la metafísica de la realidad en cuanto realidad. Esto es lo que Zubiri denominará la filosofía de la realidad.

El concepto *de suyo* despliega muchos conceptos más, es lo formidable del planteamiento zubiriano, un concepto está contenido dentro de otro hasta hilar una multiplicidad de conceptos que no tienen separación. Decir *de suyo* es abordar el tema de la materia, el dinamismo, la sustantividad, la estructura, la apertura, la inteligencia, el mundo, el hombre, la filosofía. El concepto *de suyo* es necesariamente una noción que nos encamina al tratado de la realidad humana y en ella se unen esta multiplicidad de notas. En este sentido, se nos dice:

> El tratamiento zubiriano de la realidad humana se enfrenta, de modo particular, al dualismo y al reduccionismo monista de entender al hombre, partiendo del hecho de su unidad y buscando sus estructuras metafísicas fundamentales, defendiendo que si bien la persona es *realidad,* hay una irreductible apertura y trascendentalidad que no puede dejarla constreñida a ser mera *realidad* concreta (Zorroza, 2007, p. 201).

La aclaración expresa la situación de irreductibilidad que posee el hombre, en él la realidad no es limitante. Aquí vale recordar aquel curso dictado por Zubiri en los meses de febrero y marzo de 1967 titulado *El hombre: lo real y lo irreal* en el cual nos dejará claro el modo como el hombre está en la realidad: creando irrealidad. La aclaración sirve a su vez para afirmar que el hombre, en su realidad, es sustantividad, unidad psicoorgánica, por lo que no podría ser algo sustancial. En otras palabras, se despliega en este episodio la crítica hecha por Zubiri a la filosofía tradicional que aborda al hombre como algo sustancial cuando no lo es. Aceptarlo será continuar con el dualismo antropológico aún existente.

El hombre como sustantividad está compuesto de un sistema unitario de notas entre las cuales algunas son psíquicas y otras son corporales. Este sistema es inseparable, por ello Zubiri, al mencionar lo que es una sustantividad, advierte que es un sistema clausurado y cíclico.

b. La inteligencia como una nota diferenciadora: la posición del hombre en el mundo.

Del concepto de sustantividad se desprende el de *apertura*, este es un elemento diferenciador de la realidad del hombre frente a la realidad radical. El hombre es una realidad abierta en cuanto posee inteligencia con la cual se hace cargo de la realidad y de su realidad. El tema se hará legible en la obra *Estructura dinámica de la realidad,* allí se hará mención de las realidades abiertas y de las realidades cerradas. Dice Zubiri (1995):

> (…) en esta esencia abierta la apertura es una modificación de las estructuras que en sí posee el sujeto humano, la realidad humana. La realidad humana es algo en sí, que en sí misma es abierta. Donde la apertura, por consiguiente, representa y constituye un modo del *en sí*. (p. 207).

La inteligencia es esa nota diferenciadora que hace irreductible al hombre, ayuda a que el hombre trascienda y se tenga que ocupar de su realidad individual. "De este modo es la única realidad que es capaz de entrar en respectividad no sólo ante otras realidades, sino ante lo otro (y ante sí mismo) *como realidad* y por ello puede hacerse cargo de sí y de lo otro en cuanto tal" (Zorroza, 2007, p. 207). El hombre posee una realidad que lo ayuda a abrirse a lo real como real, que le da apertura, el hombre es: "animal de

inteligencia", "animal de realidades" (Zubiri, 1995, p. 211).

En síntesis, para Zubiri (1995): "Abierta a sí misma como realidad, la sustantividad del hombre no solamente es de suyo, sino que es una forma especial "de suyo", que consiste en ser "suya". No es lo mismo ser suyo, que ser de suyo" (p. 207). Aquí hay una razón valedera para quitar de la mente aquel prejuicio sobre el sentido que le da el hombre a la realidad. No puede ser banal el hecho de que el hombre llene de significado el mundo ya que este es suyo. La realidad no es solamente *de suyo*, la realidad le pertenece al hombre, el hombre domina la realidad, la hace suya y es este acto lo que da fuerza a tal afirmación: "el hombre es animal de realidades" (Zubiri, 1995, p. 211). Esto es lo que constituye, a la vez que diferencia al hombre. Dirá Zubiri (1995): "Esta es la verdadera sustantividad, la radical sustantividad. El hombre es *estructuralmente animal de realidades*; modalmente es realidad "suya": persona" (p. 207).

Para muchos esto no tiene nada de novedoso. Tal vez lo escrito alcance a tener punto de comparación con otros autores de la historia de la filosofía, pero, tal como fórmula Juan Bañón (1995), hay que atreverse a enunciar que la novedad de toda filosofía está calificada por el *otro modo de decir las cosas*:

> toda filosofía que se precie de serlo debe al menos plantear los problemas de otro modo. Si quizás no se pueda pedir tanto como arrojar definitivas soluciones sobre los problemas que están ahí y seguirán estándolo, lo que sí debe exigírsele es plantearlos de otro modo, situarlos bajo una nueva luz (Bañon, 1995, p. 75).

2. Pedro Laín Entralgo: fundamentos para la idea de hombre. Leyendo a Zubiri en su obra.

Son muchas las razones por las cuales nos damos a la labor de afirmar la influencia de la propuesta zubiriana en la obra de Laín. Precisar el lenguaje es una necesidad, por ello es de mucha importancia hacer un rastreo en la obra de Pedro Laín Entralgo para darnos cuenta de cuál fue la importancia que concedió a los conceptos zubirianos y de qué manera los abordó para obtener como resultado una nueva concepción de hombre en la contemporaneidad. Es necesario esclarecer los conceptos zubirianos desde el pensamiento de Laín, comparar su interpretación con la de Zubiri y permitir que las conclusiones asciendan por sí solas sin presión de ninguna clase.

Aun así vale la pregunta: "¿Por qué le ha concedido tan alto valor Laín a la filosofía de Zubiri?" (Conill, 2002, p. 178) El empeño de Laín no surge de la nada, está acompañado del pensamiento filosófico de Xavier Zubiri. En él encuentra la inspiración para dar inicio a un tratado científico filosófico sobre el hombre, a él hace referencia en la mayoría de sus obras. Se hacía necesario, antes de construir una visión integral del hombre, aclarar los conceptos más destacados de la obra de Zubiri en el pensamiento de Laín.

2.1 Desarrollo de los conceptos zubirianos en el pensamiento de Pedro Laín Entralgo

Es momento de pasar al planteamiento de Pedro Laín Entralgo, es preciso señalar que en él encontraremos una continuación de los planteamientos de Xavier Zubiri. Será en 1936 cuando Laín se dedique con esmero a la labor intelectual de construir al hombre. Algunos cursos de verano abrieron la puerta a su labor intelectual. Posterior a ello, se dedicó a la actividad histórica de la medicina, en ella encontrará el lugar para dar a conocer una visión científico-filosófica del hombre en cuanto sano, enfermo, sanable y mortal.

Esta actividad se convierte, según él, en "la ambición de su vida"[2], estas palabras apa-

2 (Cf. Conill, 2002 p.184).

recen en su obra *Descargo de Conciencia,* con ellas se deja en claro que para la posteridad su labor intelectual está definida por la antropología. Sobre esto comenta Conill (2002): "En principio, creo que puede afirmarse con rotundidad que es la antropología lo que constituye el núcleo de la labor intelectual de Laín y que su inspiración filosófica última ha ido proviniendo cada vez más de Zubiri" (2002, p. 184).

No hay así error alguno, ni necesidad de recorrer un camino a tientas, como si no hubiera elección posible y el azar fuera el punto de partida de estos primeros acercamientos al pensamiento de Pedro Laín Entralgo. Por ello, tras dar claridad a la opción fundamental de la labor intelectual de Laín se hace necesario exponer, ampliar y fundamentar los principales conceptos que hay de Zubiri en Laín. Ya nos habíamos preguntado acerca de la importancia de los planteamientos de la filosofía zubiriana en el pensamiento de Laín, permitamos ahora que otros autores nos señalen un rumbo fijo. Con Conill (2002) podemos afirmar: "(…) el enfoque filosófico de Zubiri le ha parecido la mejor base (por él conocida) para elaborar una nueva antropología que sepa articular los conocimientos científicos y los filosóficos" (p. 178).

Son muchos los conceptos que se deben tratar para poder articular con eficacia los fundamentos sobre los cuales se levantará el nuevo edificio donde habitará el hombre en la contemporaneidad. Entre ellos encontramos la consideración del hombre *desde dentro* y *desde fuera*, el concepto de realidad, la nueva concepción de materia, entre otros. Será de gran ayuda recordar que el mismo Laín en su obra *Antropología Médica para clínicos,* retoma continuamente los apuntes filosóficos de Zubiri. En esta obra se hace una síntesis de los conceptos más relevantes de su libro *Sobre esencia*. Términos como *sustantividad*, *talidad*, *trascendentalidad*, *respectividad*, *esencia abierta*,*sistema psicoorgánico*, entre otros, será necesario tenerlos en cuenta para un mayor entendimiento del tratado sobre la estructura del hombre.

Son estas las notas esenciales que permitirán, al tocarlas, entender la concepción de hombre que se da en Laín y que se origina en Zubiri. Cómo no aclarar que para algunos pensadores los nuevos conceptos que surgen de la filosofía de Zubiri producen desconfianza. Según ellos, Zubiri recurre a la creación de nuevos conceptos para fundamentar sus planteamientos filosóficos. Interrogantes de esta clase son los que previenen a lectores frente a un autor, aun así, podría afirmarse que la importancia de los nuevos conceptos acuñados por Zubiri radica en el enriquecimiento que da este pensador contemporáneo a la historia de la filosofía. El mismo Marquínez (1965) aclara que gracias al tratado filosófico de pensadores como Ortega y Zubiri la filosofía nacerá al castellano, tendrá una nueva lengua (p.1 6).

Una razón más por la cual Zubiri recurre a nuevos conceptos se debe a que en el castellano algunas categorías se encuentran viciadas por alguna interpretación, por lo que se hace necesario, más que una nueva interpretación, un nuevo concepto que libere el significado erróneo que se ha creado con el tiempo, permitiendo tener un punto de referencia sobre la nueva manera de entender un concepto o una idea. Por ello, a partir de Zubiri no se hablará solo de materia, sino de materismo –materia dinámica–, no se hablará de sustancia, sino de sustantividad –conjunto de notas que hacen que la cosa sea–, pero de forma especial la metafísica quedará bajo una nueva interpretación: el tratado de la realidad en cuanto realidad.

Esos conceptos de Zubiri serán aprovechados de forma creativa por Laín, con ellos fundamentará su antropología científico-filosófica. Los nuevos términos –neología– y

la metafísica serán los presupuestos básicos para proyectar su teoría del cuerpo humano libre del dualismo antropológico y del materialismo fisicalista.

a. El concepto de materia

Uno de los objetivos que perseguimos en esta investigación, al ampliar conceptos como materia, realidad, estructura y dinamismo, es entender la concepción estructurista-dinamicista. Laín retomará los conceptos para completar lo ya dicho por Zubiri desde un abordaje científico, por eso hemos sido claros en reiterar sobre la fundamentación científico-filosófica de la antropología lainiana. Ante la pregunta por la materia Laín ofrece un breve tratado en su obra *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida* (1999). Nos dice:

> ¿Qué es, pues, la materia? (…) es "algo" que, por una parte, procede de un antecedente no material y que, por otra, "es" pudiendo ser dos cosas al parecer mutuamente excluyentes – masa material, energía electromagnética–, en cuanto que hoy por hoy no parece científicamente posible encontrar entre ellas un *tertium quid* satisfactorio. (p. 37).

En otra de sus obras, *Idea de Hombre* (1996), precisa: "¿A qué llamamos materia? "La experiencia nos dice que algo es *materia* cuando opone resistencia a nuestros sentidos (Diltthey, Scheler y Ortega)" (Laín, "Idea de" 87). El recorrido por el concepto de materia comienza en Aristóteles, Descartes y Leibniz, pasa por Boyle, Dalton, Lord Kelvin y termina en Ostwald. En medio de esta exposición cronológica se resaltará el concepto de materia en Zubiri: "Pues bien: para mí, el recurso intelectual hoy por hoy más idóneo para avanzar en tal empeño es el que ofrecen dos conceptos muy centrales en la cosmología de Zubiri: el concepto de 'dar de sí' y el de 'dinamismo'" (Laín, "1996, p. 93).

Entra en escena una definición de materia cargada de física y metafísica, filosofía y ciencia. La realidad de la materia está descrita en Zubiri como algo que es *de suyo*, que se posee así mismo, que es propio, de allí el concepto *dar de sí*. A esto añade Laín (1995): "Pero además de 'ser de suyo' las cosas físicas son lo que son 'dando de sí'" (p. 93).

Lo real es algo *de suyo*, por eso es real, está compuesto por un sistema de notas que no pueden dividirse pues cada una compone una integridad. El *dar de sí* es un concepto que cabe en la ciencia, que define el dinamismo del cosmos, la manera como este crea su actividad esencial. Este apunte nos conduce al concepto de dinamismo: ¿Por qué la materia es dinamismo? Dirá Laín (1996): "La respuesta de Zubiri es terminante e inequívoca: en su dar de sí, la realidad del cosmos es 'dinamismo'. Por ser real y sólo por ser real, la realidad *es en sí* y *por sí misma* dinamismo" (p. 94).

De aquí se desprende el nuevo concepto científico-filosófico de materia: *materismo*. A partir de Zubiri el concepto de materia ha tenido una variación, este no es estático, inerte, sino, todo lo contrario: la materia es dinamismo. En palabras del mismo Laín (1996):

> El dinamismo zubiriano no es un ente de razón, como la forma sustancial aristótelica o el número imaginario, sino el nombre de un concepto a la vez físico y metafísico. Físico, porque se refiere al modo de ser real del ente que llamamos cosmos. Metafísico, porque nombra el ser real del cosmos en su totalidad y de cada una de sus partes, átomos, moléculas, astros o seres vivos (p. 94).

b. El concepto de Estructura:

La realidad es el objeto de estudio de la filosofía según Zubiri, a partir de ella se desprende una forma de acercarse a lo que es el universo. Somos los intérpretes del mundo, la única realidad que está abierta a él. No solo le damos un sentido trascendente a lo real, a las cosas, al mundo, también poseemos la capacidad de crear realidad, poblar conceptos de significado y vivir para ellos.

El hombre es el único animal que vive para su finalidad. Ya escribía Laín en su obra *Antropología Médica para clínicos* (1986): "A lo largo de líneas rectas, meandros, o ciclos, reposante o activo, lento o apresurado, el hombre se me presenta como una realidad corpórea siempre en camino, siempre itinerante" (p. 9).

La realidad itinerante del hombre es el punto de partida que utiliza Laín para conectar el cuerpo y su intimidad o, a modo de metáfora, el vehículo y su conductor. Aquí está presente una visión tradicional que debe ser superada, la que polariza la realidad de ser hombre: cuerpo y alma, vehículo y conductor. Para lograrlo Laín (1986) expone la noción de estructura, entendiéndola como "(…) la ordenada composición interna, por tanto espacial, de un cuerpo material sólido" (p. 10).

Entender el concepto de estructura es ampliar los caminos que conducen al hombre, ofrecer una comprensión científica y filosófica de lo que él es. "Desde el origen mismo del universo, el radical dinamismo cósmico se actualiza estructurándose, produciendo estructuras; y lo hace a lo largo de un proceso al que técnicamente damos el nombre de evolución" (Laín, 1996, p. 97).

Si la estructura no es otra cosa que la actualización del cosmos, entonces el proceso de evolución es una manera como el cosmos *da de sí*, *de suyo* para crear, para mostrarnos su dinamismo. Conceptos como materia, estructura, evolución, dinamismo son conceptos que parten de la realidad de las cosas y que sirven de fundamento para la filosofía. Este aspecto es innegable, no se necesita forzar el texto para poder afirmar que el giro metafísico se posibilita así mismo.

Dentro de la noción de estructura es importante subrayar dos momentos de conexión que se dan: la solidaridad y el dinamismo. En un cuerpo todos los elementos están relacionados entre sí. En esos conceptos hay unidad. Es en este mismo momento en el que Laín (1986) recurre a Zubiri para darnos a entender lo que es el hombre en cuanto estructura psicoorgánica. Nos dice: "En la realidad del hombre, todo lo orgánico transcurre psíquicamente, y todo lo psíquico transcurre orgánicamente, ha escrito una y otra vez Zubiri" (Laín, 1986, p. 11).

De este específico momento no podemos perder rastro. La idea de hombre creada por Laín parte en primera medida de la concepción de estructura propuesta por Zubiri. Laín retoma esta concepción y la amplia de una forma científica, antropológica, filosófica. Este autor dirá que el hombre como sustantividad es un sistema psicoorgánico el cual está a su vez constituido por dos subsistemas: el psíquico y el orgánico.

Cada subsistema se puede trabajar por separado y las ciencias lo han hecho. El mismo Laín presenta un desarrollo de aquellos sistemas que hay en el hombre y que se pueden estudiar. No es la intención de este escrito entrar en detalle en algo que es preponderantemente de la ciencia médica, pero al menos vale la pena mencionar los sistemas que conforman la estructura del hombre: El sistema de las estructuras operativas, el sistema de las estructuras impulsivas, el sistema de las estructuras significativas, el sistema de las estructuras cognitivas, el sistema de las estructuras expresivas, el sistema de las estructuras pretensivas y el sistema de las estructuras posesivas.

En su libro *Antropología Médica para Clínicos* Laín (1986) hace una presentación amplia del tema, al igual que en el libro *La incógnita insoportable. El sentido del hombre en Pedro Laín Entralgo* el profesor Giraldo hace un resumen de ellas (2008).

c. El concepto de dinamismo

En cuanto del dinamismo se trata, entra en escena la crítica planteada a Zubiri tras la publicación de su libro *Sobre esencia*. Aparte de llamársele escolástico y metafísico, se decía que su concepción sobre la realidad era estática y conceptual. Es debido a estas interpretaciones que Zubiri responderá a las críticas que se le hacen en *Estructura Dinámica de la Realidad* (1995): "La realidad como esencia es una estructura. Una estructura constitutiva, pero cuyos momentos y cuyos ingredientes de constitución son activos y dinámicos por sí mismos" (p. 71).

Hablando del dinamismo, Natal (1999) expone de manera exacta la razón por la cual la realidad en Zubiri se muestra como dinámica: "La realidad no es "en sí" ni "para sí" sino que es "de suyo" y "da de sí" (p. 577). El *dar de sí* de la realidad implica un momento activo de la materia, es la expresión que mejor enfatiza su actividad propia. "Así la *dynamis* o potencia no brota de la realidad 'sino que 'es' la *constitución* misma de la realidad en cuanto realidad'. Toda realidad es activa por ser real" (Natal, 1999, p. 580).

Sobre el dinamicismo Laín también dará su aporte. Dedicará un capítulo de su libro: *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida* (1999) el cual titulará *El dinamicismo de Xavier Zubiri*. Dice: "(…) Zubiri es a mi modo de ver, el pensador que de modo más convincente ha ofrecido una visión dinamicista, a la vez científica y filosófica, de la realidad del cosmos" (p.29). Para Laín resulta claro el concepto que Zubiri ha presentado en *Estructura dinámica de la realidad,* parte de la realidad cósmica como tal y puede ser aceptado por filósofos y científicos. Procura, a su vez, mostrarnos la síntesis sobre el tema, aclarando que la mejor expresión del dinamicismo de Zubiri es la siguiente:

> La realidad del cosmos es en sí misma dinamismo… Es falso decir que el mundo *tiene* dinamismo…Es igualmente falso decir que el mundo *está* en dinamismo, sino que *es* dinamismo. Y ser dinamismo no consiste en tener carácter procesual, sino en que en su constitutiva realidad es una dar de sí, un estar siendo lo que efectivamente ya es… El mundo es *formaliter* en su propia realidad algo que consiste en dar de sí (Laín, 1999, p. 30).

Por último, dentro de la concepción dinamicista Zubiri distingue cinco formas de dinamismo cósmico: El dinamismo de variación, entendido como movimiento espacio-temporal de las primeras partículas elementales; dinamismo de la alteración, entendido como la estructura deveniente da lugar a una *cosa nueva*, discernible por lo tanto de la anterior; dinamismo de la mismidad entendido como el hecho de que una estructura siga siendo la misma en el curso del tiempo; el dinamismo de la suidad, esto es, toda estructura cósmica *es de suyo*; y el dinamismo de la convivencia o la relación del hombre con las demás personas).[3]

3. Laín y la concepción estructurista-dinamicista del cuerpo humano

La pregunta qué es el hombre es considerada en primer lugar por Laín desde su conjunto global: el cosmos. Es la pregunta por su esencial condición material. Al despejar aquí concepto por concepto, logramos ascender de un tratado cosmológico a uno antropológico. El hecho de que la realidad sea dinamismo y que entre sus modos esté el de suidad abre el camino hacia el hombre, aquel que recuerda que solo la estructura humana se posee: "El hombre es persona, y lo más radical de la persona es precisamente la capacidad para poseerse a sí misma. En tanto que persona, el individuo humano es 'suyo', *suus*, y a esta peculiaridad física y metafísica llama Zubiri *suidad*" (Laín, 1999, p. 43).

3 Para ampliar este tema se recomienda la lectura del libro *Estructura dinámica de la realidad* de Xavier Zubiri. También Pedro Laín Entralgo retoma el tema en sus obras *Idea del hombre* y *Qué es el hombre: evolución y sentido.*

El tratado cosmológico de Zubiri posibilita:

1. La afirmación científica de la génesis de la especie humana.

2. Discernir en la inteligencia una nota especial de la estructura humana que le permite *hacerse cargo de la situación*, la conversión del *medio* en *mundo* y la posibilidad de autorreferencia según los modos que expresan los términos *me* (*me gusta*, *me interesa*), *mi* (*en mí*; *mi cuerpo*) y de modo supremo el pronombre *yo* (*soy yo*, *yo sé quién soy*).

3. El concepto de *proyecto* y con éste la pretensión de realizar la posesión de lo real como apoderamiento (Lain, 1999).

Es así como la concepción dinamicista de Zubiri lleva a Laín a encontrar fundamentos para su idea de hombre. Es en la estructuración del dinamismo como se logra ascender hasta un tratado del hombre en el que surgen conceptos como persona y convivencia. Dentro del dinamismo de la convivencia se dará la fundamentación de la dimensión social e histórica del hombre.

Esta concepción de realidad es la que permite a Zubiri aplicar una noción diferente de materia y estructura en la que la realidad corporal del ser humano se ve envuelta. Es más, de este modo de comprensión brota el planteamiento de sustantividad que será enfrentado al tradicional: sustancialidad. Conill (2002) enfatizará que, a través del concepto de sustantividad, Laín encontrará la formulación del estructuralismo dinamicista: "He aquí el sustantivismo (que no sustancialismo) de Zubiri, convertido en Laín definitivamente en explícito estructurismo dinamicista, ya que la sustantividad – la realidad sustantiva – es una estructura dinámica" (p. 187).

Ya aquí asciende un planteamiento lainiano en el que se da continuidad al tratado de Zubiri acerca de la concepción cosmológica y antropología de la realidad. Podría decirse que por medio del estructurismo dinamicista Laín responde a dos preocupaciones centrales de la obra de Xavier Zubiri: "(…) una sobre el '¿cuándo?' del 'brotar' de la psique 'desde' las estructuras de la célula germinal, otra sobre si el zigoto resultante de la concepción es o no un hombre ('la célula germinal ¿es un hombre?')". (Conill, 2002, p. 190). Laín intenta dar una respuesta razonable a los interrogantes de Zubiri. Dirá que es a través de la estructuración de la materia en *persona humana* como la materia se hace *materia inteligente*. A esta concepción es a la que se le ha denominado "visión estructurista de los actos humanos" (Conill, 2002, p. 190).

Aun así, la aportación más original de los planteamientos de Laín con respecto a Zubiri será la de la relación existente entre el cerebro y el psiquismo en la concepción estructurista del cuerpo humano. Preguntas como: ¿Es el cerebro el órgano central de todo el cuerpo humano? o ¿El cerebro es ejecutor o autor de las actividades superiores del psiquismo? Son las que abarcan el pensamiento de Laín. La manera de responder las preguntas da lugar a la concepción estructurista dinamicista del cuerpo humano, una concepción que supera al monismo materialista. En medio de la evolución del cosmos el dinamicismo (especialmente el de suidad) dará lugar al proceso de hominización en el que la estructuración de la materia, al convertirse en cuerpo humano, da una novedad al cosmos: la aparición de una realidad abierta que sabe sobre sí y sobre la realidad radical. Comenta Conill (2002, p. 191): "Con la aparición del cuerpo humano la nueva estructura de la materia se hace esencia abierta, siente hallarse en el centro del mundo y llega a ser 'yo', 'persona', siendo capaz de apoderarse creativamente de la realidad y sus posibilidades".

Para finalizar, en su obra *Cuerpo y alma* (1991) Laín plantea de forma decisiva: "(…) sólo por su cerebro y con su cerebro puede el hombre ejercitar y manifestar la esencial suidad de su estructura" (p. 237).

Conclusiones

En suma, Laín y Zubiri son dos hombres geniales, unidos por una amistad, comprometidos con su historia, que se permitieron repensar la crisis de su patria. Especialmente en Laín sobresale ese espíritu reconciliador al que más tarde pensadores contemporáneos dedicarán palabras en su honor. Dice Conill (2002):

Su labor teórica y práctica de reconciliación se plasma en los más diversos ámbitos del saber y de la vida: reconciliación de las personas, de la razón y la fe, de la filosofía y la ciencia, de la razón y del corazón, de las utopías y de la historia, de la ética y la política, de las ilusiones y la esforzada vida cotidiana (p. 178).

Más que nunca en la historia de la filosofía, el pensamiento español se ha abierto caminos dentro del tratado filosófico. Ortega, Zubiri, Laín, Marías, entre otros, más son el testimonio de un pensamiento filosófico original que se enfrenta a los problemas de su época, que se adentra hasta las raíces de su propia historia. A esto se suma el logro de establecer los conceptos sobre los cuales hacer filosofía en castellano. Ya para nuestra época se hacen amplios los aportes del pensamiento español a la filosofía que abordamos: cosmología, ciencia, metafísica, sociedad, hombre, realidad, medicina, religión, entre otras más.

Laín Entralgo retoma a Zubiri posibilitando una conciliación, a través de sus planteamientos unirá los caminos de la filosofía y la ciencia. De igual forma, dará respuesta a las inquietudes dejadas en la obra de Zubiri y se convertirá de este modo en uno de los pensadores más innovadores de la filosofía contemporánea.

En cuanto a su concepción estructurista dinamicista, si bien es un planteamiento que nace de la obra de Xavier Zubiri, es enriquecida con su visión científico-filosófica y la originalidad de su pensamiento. Es por medio de esta concepción como Laín fundamenta su idea de hombre y cómo da una respuesta integral a los monismos antropológicos reduccionistas de nuestro tiempo.

Referencias

Bañón, J. (1995). Zubiri hoy: tesis básicas sobre la realidad. En J. Muguerza (Ed.), *Del sentido a la realidad. Estudios sobre la filosofía de Zubiri* (pp. 73-105). Madrid: Trotta.

Beorlegui, C. (2004). *Antropología Filosófica: nosotros urdimbre solidaria y responsable* (2ª. ed.). Bilbao: Universidad de Deusto.

Cerezo, P. (1995). El giro metafísico en Xavier Zubiri. *Del sentido a la realidad. Estudios sobre la filosofía de Zubiri* (pp. 221-254). Madrid: Trotta,.

Conill, J. (1988). *El crepúsculo de la metafísica*. Barcelona: Anthropos.

Conill, J. (2002). Laín Entralgo y Zubiri. De la analítica de la existencia a una concepción estructurista-dinamicista del cuerpo humano. *Pensamiento*, 58(221), 177-192.

Conill, J. (1995). Zubiri en el crepúsculo de la metafísica. En J. Muguerza (Ed.), *Del sentido a la realidad. Estudios sobre la filosofía de Zubiri* (pp. 33-49).Madrid: Trotta.

Giraldo, C. (2008*) La incógnita insoportable. El sentido del hombre en Pedro Laín Entralgo*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Heidegger, M. (2012). *Kant y el problema de la metafísica*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Laín, P. (1976). *Descargo de conciencia (1930-1960)* (2ª. ed.). Barcelona: Barral.

Laín, P. (1986). *Antropología Médica para clínicos*. Barcelona: Salvat.

Laín, P. (1991). *Cuerpo y Alma: estructura dinámica del cuerpo humano*. Madrid: Espasa Calpe.

Laín, P. (1991). *El cuerpo humano. Teoría Actual* (2ª. ed.). Madrid: Espasa Calpe.

Laín, P. (1996). *Idea del hombre*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

Laín, P. (1999). *Qué es el hombre: evolución y sentido de la vida*. Oviedo: Nobel.

Marquínez, G. (1965). *En torno a Zubiri*. Madrid: Studium.

Natal, D. (1999). La estructura dinámica de la realidad en Zubiri. *Estudio Agustiniano*. 34(3), 577-601.

Zorroza M. (2007). Sustantividad, apertura, dominio y trascendencia. En J. F. Selles (Ed.), *Propuestas antropológicas del siglo XX (II)* (pp. 195-217). Navarra: EUNSA.

Zubiri, X. (1995). *Estructura Dinámica de la Realidad* (2ª. ed.). Madrid: Alianza.

Zubiri, X. (2001). *Sobre la Realidad*. Madrid: Alianza.

El panorama de los muros de la infamia: una expresión de populismo penal en Colombia*

*Sotera Catalina Rincón Ramón***
*Diego Alexander Fonseca Maldonado****

Resumen: Este artículo pretende abordar los vestigios del populismo punitivo en Colombia: mediante el análisis de *Los muros de la infamia*. Se estudiaron tanto los orígenes del populismo punitivo como tendencia dentro un Estado penal como las grandes transformaciones y las implicaciones que este ha traído no solo en Norteamérica o en Europa, sino también las consecuencias que frente a América Latina y particularmente en Colombia. La ley Megan, surgida en California, Estados Unidos, es el principal origen de los llamados muros de la infamia, una medida que fue adoptada al estilo colombiano, pero que sus resultados no fueron tan satisfactorios como los dados por la ley originaria en su época. Este artículo abordará cada uno de estos efectos y consecuencias del expansionismo punitivo con relación a los muros de la infamia en Colombia.

Palabras clave: populismo punitivo, Estado penal, muros de la infamia, crisis penitenciaria, nuevas formas de derecho penal.

Abstract: This article it tries to approach the vestiges of the punitive populism in Colombia: by means of the analysis of "The walls of disgraceful". Studying the origins of the punitive populism as trend inside a penal State; the big transformations and the implications that it has brought not only in North America or in Europe, but also the consequences that opposite to Latin America and particularly in Colombia. The law Megan (arisen in California, USA) is the principal origin of the so called walls of the disgraceful, a measure that was adopted to the Colombian style, but that his results were not so satisfactory as the given ones for the original law in his time. This article will approach each of these effects and consequences of the punitive expansionism with relation to the walls of disgraceful.

Keywords: Punitive populism, penal State, Walls of disgraceful, penitentiary crisis, new ways of criminal law.

Introducción

Los *Muros de la infamia*, surgen como una iniciativa política ante la evidente preocupación de la sociedad sobre el aumento de los abusos y agresiones sexuales a menores y mujeres en Colombia. Se consolidó como una alternativa política para reafirmar la popularidad en el país. Esta consistía en publicar vallas gigantes para visibilizar los rostros, además de los nombres completos de los violadores, abusadores, agresores de niños, niñas y mujeres. El objetivo principal era que la sociedad conociera a todos los autores de los delitos sexuales, para prevenir este tipo de conductas y, de modo certero, lograr el restablecimiento de los derechos de las víctimas; resultando ser una medida absurda y desproporcionada.

* Este artículo surge como resultado de la investigación adelantada en la *materia Seminario de investigación sociojurídica II* de la Universidad de Pamplona.

** Estudiante de 10° semestre de la Universidad de Pamplona. Integrante del Semillero *Emiro Sandoval Huertas en Criminología*, adscrito al programa de derecho de la misma universidad. Correo electrónico: cataramon15@hotmail.com. Dirección: Calle 15 N°.16-652, Pamplona.

*** Estudiante de 10° semestre de la Universidad de Pamplona. Integrante del Semillero Semillero *Emiro Sandoval Huertas en Criminología*, adscrito al programa de derecho de la misma universidad. Correo electrónico: difonseca4@hotmail.com. Dirección: Calle 15 N°.16-652, Pamplona.

El artículo trata cuatro aspectos importantes: un primer punto desarrollado a partir de los antecedentes del discurso y el Estado penal, el cual presenta las grandes transformaciones que sufrió la constitución del Estado penal desde sus orígenes. En segundo lugar, estudia la acogida del Estado penal en Latinoamérica y la forma como esos cambios generados en grandes naciones comenzaron a manifestarse a gran escala en América Latina. En tercer lugar, se exponen las manifestaciones del populismo punitivo en Colombia, las implicaciones que ha traído consigo en este país. Por último, se estudian los muros de la infamia como una forma de populismo punitivo en Colombia.

Antecedentes del discurso y el Estado penal a finales del siglo XX

De gran interés resulta abordar el estudio de las nuevas políticas y prácticas adoptadas por distintos países dentro de su sistema penal como consecuencia de las constantes transformaciones que sufre una sociedad en diversos ámbitos, a saber, el político, económico, cultural o social. Estas constantes transformaciones han tenido como potencial centro de estudio países como Estados Unidos, Gran Bretaña y algunos Estados europeos. Esto tiene su razón de ser, toda vez que son naciones, en algunos casos, federalistas en las que se pueden encontrar multiplicidad de legislaciones, delitos, sanciones, donde existe infinita diversidad cultural, social o racial; aspectos fundamentales en lo que respecta a la creación de un sistema penal.

En Estados Unidos y Gran Bretaña, por ejemplo, se han generado en el último siglo, transformaciones diversas en lo que respecta a su sistema penal. Estos cambios se dan como resultado del estudio particular de cada sociedad, su población, su clase social, los delitos existentes, las penas, las políticas y programas de resocialización aplicadas, el encarcelamiento, así como su frecuente evolución. Garland (2001) en su obra *La cultura del control* se sumerge en este tema. Este autor hace un estudio de los sistemas penales de Estados Unidos y Gran Bretaña, que, más que comparativo, se encarga de resaltar las similitudes existentes en ambos sistemas, partiendo del punto que son dos grandes naciones federalistas, en las cuales existen una multiplicidad de legislaciones que hacen que el abordaje de sus sistemas penales sea más complejo.

Para este autor, "muchas de las nuevas transformaciones del derecho penal y su aplicación pueden ser comprendidas mejor, mirando el campo como un todo en lugar de tomar cada elemento individualmente" (Garland, 2001, p. 14). Sin embargo, estas nuevas políticas y prácticas dentro del derecho penal, no solo han surgido en las grandes naciones, estas tendencias se han expandido a tal punto, que América Latina no es ajena a ello.

Por otra parte, Garland (2001) hace un detallado estudio que muestra cómo un sistema penal entendido desde todos los agentes que en él intervienen se ven enfrentados a nuevos problemas prácticos en su quehacer cotidiano nacidos a partir de la presencia de altas tasas de delitos y de la incapacidad de la justicia penal de controlarlos y fomentar la seguridad dentro de un Estado.

Así, afirma Gerard (2001, p. 37): "Durante dos décadas, como mínimo, el derecho y la política penal han estado funcionando sin mapas de ruta claros, en un terreno en gran medida desconocido". No obstante, esta afirmación no resulta en vano ya que desde principios del siglo XXI ya se abría paso a esta nueva percepción de aplicación del sistema penal y se incorporan nuevos principios que de una u otra manera pasaban a reagrupar o delinear nuevos supuestos fácticos. Dichos supuestos fácticos generan

una reconfiguración del campo del control del delito, donde paralelamente impulsa un cambio en la sociedad frente a la respuesta hacia el mismo. Sin embargo, hay que tener en cuenta, y, bien lo alude Garland (2001), esto se configura a raíz de las constantes transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales que se dan en cualquier sociedad, que hacen que las estrategias, políticas y prácticas de control frente al delito se transformen recíprocamente.

De la misma manera, estas grandes modificaciones sufridas no solo en Estados Unidos, Gran Bretaña y Europa, frente a la nueva concepción del nuevo Estado penal, han sido objeto de debate de gran envergadura a tal punto que sus vestigios han aterrizado en América Latina. Así mismo, este conjunto de modificaciones al sistema punitivo se puede entender como uno de los comienzos o antecedentes de lo llamado por Sozzo (2005): *Populismo penal*; quien en una de tantas entrevistas ha hecho referencia a él como "una tendencia dentro de las existentes trasformaciones de la política penal, no la única ni siquiera la más importante; (…) se trata de una tendencia más marginal, oportunista, que aparece y desaparece de acuerdo a las coyunturas" (Gómez, 2012, pp. 7-8). Bien lo afirmaba Garland (2005) como fue mencionado anteriormente, entre tanto las sociedades estén en constante evolución, ya sea política, económica, cultural o socialmente, el sistema penal se verá forzado a estar en una insistente transformación. Pero ello no implica que dichos cambios creen políticas marginales producto de ideologías de clase social, de grupo, de status, donde se tiene como teoría que los grupos sociales menos favorecidos son los que más tendencia tienen a cometer delitos.

A esto hace referencia Wacquant (1999) en su obra *Las cárceles de la miseria*, este autor elabora un análisis de la marginalidad, la pobreza y el delito como un resultado social inevitable en una sociedad que está en constante cambio. En estas sociedades se tiene como fin último la constitución de un Estado penal que logre el control de la pobreza y la marginalidad así como el castigodel delito, aumentando, de esta manera, la comunidad carcelaria y el creciente reclamo de la *tolerancia cero*, cuya nueva concepción de Estado penal se resume en "restablecer o endurecer" (Wacquant, 1999, p. 39).

Sin embargo, ¿En qué consiste la tolerancia cero? Esta es una figura, por decirlo así, que reforma la seguridad de Nueva York, creada en Estados Unidos por William Bratton, un ex jefe de la policía de Nueva York, arquitecto de las medidas policiales ultra represivas, entendida como un:

> instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta -la que se ve, la que provoca incidentes, desagrados en el espacio público que alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz e incongruencia (Wacquant, 1999, p. 32).

Esto nos lleva nuevamente a que los supuestos facticos creados por el Estado penal van dirigidos en términos de Wacquant (1999) y Garland (2005) a la población social menos favorecida o marginada.

Por otra parte, según Garland (2005), existen variaciones emocionales dentro de la política criminal, en tanto que la aplicación de políticas públicas reguladoras del delito y su castigo, generan dentro de una sociedad, sentimientos colectivos. Esto, en términos del autor, es,

> El sentimiento invocado para justificar las reformas penales era en la mayoría de los casos un sentido progresista de justicia, una evocación de la «dignidad» y la 'humanidad' y una compasión por las necesidades y los derechos de los menos afortunados (Garland, 2001, p. 44).

Sin embargo, estas variaciones emocionales surgen como medidas subliminales de los

grandes políticos, tenidas como estrategias de poder para controlar a los pobres, a los marginados, a las personas de vecindario o barrios peligrosos. Se erigen como una forma de control del delito y de la sociedad misma. Es así, como dentro de una sociedad y, bien lo afirman los autores antes mencionados, se genera un temor, un miedo a la delincuencia, a la comisión de delitos.

Los medios de comunicación forman parte esencial dentro del Estado penal, ocasionando pánicos sociales y miedo al delito. De esta forma, la sociedad siente repudio al Estado penal, por no contar con estrategias para contrarrestarlo, debido a que se dedica a castigar y encarcelar, olvidando e incluso evitando las políticas de resocialización y programas de rehabilitación social como mecanismos alternativos para controlar el delito.

El Estado penal no solo discrimina a los más pobres, vulnerables o marginados además, estimula la desigualdad y discriminación, dejando de lado los principios y fines esenciales del Estado. Dentro de los aportes hechos por Wacquant, están las continuas advertencias ante las nuevas políticas sociales que adoptan los sistemas penales. Frente a este contexto, aparecen países como Estados Unidos, Gran Bretaña o algunos países de América Latina en donde se implementaron políticas asociadas a una administración de la pobreza urbana, ocasionando una criminalización de la miseria en una sociedad que tiene cada vez más miedo (Espín, 2007).

Por otra parte, advierte Wacquant que es necesario moldear estrategias para atacar la pobreza y la marginalidad, y una de ellas es la penalización. Al respecto, afirma Wacquant (2010):

> La penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los problemas sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado (p. 446).

Al respecto, el autor enfatiza que es necesario crear nuevas leyes, decretos o medidas para castigar los delitos. Este hecho genera que el nuevo Estado penal regularice nuevas conductas, la mayoría de ellas, por no ser aceptadas socialmente, lo toma como una medida de limpieza e higiene social. Este es uno de los aspectos que ha soslayado el Estado penal, tipificando como delitos las conductas que para una sociedad son inmorales o simplemente no son bien vistas ante los ojos de ciertas personas dentro de una comunidad.

La adopción del Estado penal en Latinoamérica: una revisión desde la Sociología del castigo

El llamado populismo penal, visto como el conjunto de grandes cambios y transformaciones de políticas sociales, culturales, legales en el ámbito penal, empezó a reflejarse en América Latina. Países como Argentina, Chile, México o Colombia son fieles ejemplos de naciones donde se encuentra a primera vista la existencia de este fenómeno. Estos cambios evidencian sus resultados en las prisiones, la trayectoria de lo social y cultural a las cárceles. Wacquant (1999), en su obra *Las cárceles de la miseria*, enfatiza en cómo las cárceles de Norte América se convierten en depósitos de culturas, bien sea, afro descendientes, pobres, inmigrantes, etcétera.

> No obstante, 'Quien recorra las prisiones de máxima seguridad de ciudades y pueblos en Latinoamérica o sus reformatorios' -en realidad deformatorios (…)-, se encontrará con lo que desde hace años constituye un nuevo estereotipo caracterizado por la coloración de la piel, casi siempre negra o pardusca, (…)' (Neuman, 1997, p. 2).

En efecto, a partir de este autor se pueden identificar a grandes rasgos dos circunstan-

cias encontradas inicialmente, y de forma reiterada, la población de las cárceles, personas de color, pobres y menos favorecidos socialmente hablando. Actualmente, el estereotipo de personas que deben ser aceptadas y, por ende, respetadas o menos vigiladas son aquellas que tienen dinero, poder, status social que, como comúnmente se dice *miran por encima del hombro*; personas que por su condición social, siguiendo la teoría del Estado penal, no cometen delitos. De ahí que Neuman los denomina "delincuentes de cuello blanco y de trato diferencial". Pero ¿Por qué esta denominación? Como bien lo alude, son personas con dinero, determinado estatus social, dueños de grandes empresas quienes cometen delitos como corrupción, soborno, delitos financieros e informáticos, entre otros, y que permanecen cobijados por una cortina de humo muy grande: la delincuencia común, la cual mantiene ocupada a los aparatos judiciales, autoridades policivas, etc.

Sobre el particular, David Matza señala que, las personas más poderosas política, económica y socialmente son quienes en mayor proporción, escapan al arresto y a la condena por tener las condiciones intelectuales o económicas para contratar un defensor, a diferencia de aquellas personas que carecen de poder o de un status social. Por ende, es tanto el reproche social que ayudado de los medios de comunicación edifican la base de esas políticas de castigo y encarcelamiento, en el cual esos delincuentes de *cuello blanco* de manera inusual llegan a manos del aparato judicial y, en menos medida, a un establecimiento carcelario. Es por eso que, según el autor, no resulta paradójico decirlo a estas alturas; por ejemplo, "(…) en la Argentina, expoliada por la corrupción, el soborno y los delitos económicos, hay alrededor de doscientos autores de delitos de "cuello blanco" y ninguno preso" (Neuman, 2005, p. 4).

En segundo lugar, lo que este autor denomina "reformatorios -en realidad deformatorios-". Para nadie es extraño saber o entender que en la mayoría de países latinos, Colombia, Argentina, Chile e incluso México, entre otros; no existen o simplemente pasan a ser letra muerta, las políticas de resocialización dentro de las cárceles. Sin importar el tipo de delito por el cual fueron condenados, son mezclados unos con otros. Por consiguiente, al carecer de estas políticas se genera una visión al delito con más ansia, es decir, en lugar de aprender cómo aportar a la sociedad desde el campo laboral, cultural, económico incluso a partir de la experiencia vivida, se especializan en la comisión del delito debido a que los únicos maestros que existen son ellos mismos. Las conductas delictivas cometidas constituyen un medio para enseñar. Al respecto, muchos doctrinantes se han referido a ello como la universidad del delito, que surge como respuesta a la falta de programas y políticas de rehabilitación y resocialización, fomento del trabajo, de la cultura y de la educación.

Es evidente que en los países latinoamericanos se consolidó una crisis punitiva y carcelaria muy clara, el aumento de conductas punibles, de las penas privativas de la libertad, la carencia de políticas de resocialización sumado al potencial aumento de delincuentes, el hacinamiento dentro de los establecimientos carcelarios y la indiferencia del Estado frente a ello, son suficiente razón para desatar dicha crisis. La prisión, lejos de perder protagonismo, se ha posicionado como una de las instituciones preferidas por los Gobiernos regionales para responder a las manifestaciones criminales resultantes de la inequidad social. Todo ello es uno de los resultados de la implementación del Estado penal: tener la atención puesta en la delincuencia común, pobres, marginados, menos favorecidos. Esto genera penas por periodos más largos, nuevos supuestos fácticos o delitos y paralelamente prestar poca o ninguna

atención a las cárceles. Asimismo, la total carencia de políticas alternativas de castigo, la masiva violación a derechos humanos fundamentales dentro de las mismas reflejan el desdén de las autoridades y la poca atención a las condiciones dignas con las cuales debe vivir un asociado en un Estado, condiciones tales como, espacio físico, higiene y salubridad y vida digna, en general. Pero los Estados están tan ocupados mitigando la delincuencia que sus ojos no ven más allá de ello; su idea es condenar, recluir y olvidar.

El hacinamiento, por su parte, es una de las más grandes y principales preocupaciones dentro de la crisis carcelaria en Latinoamérica. En primer término, es la razón fundamental que explica las condiciones precarias en las que se encuentran los presos, lo que provoca que esta problemática haga más compleja dicha situación. Sin embargo, detrás del hacinamiento se pueden identificar un sinfín de problemáticas más que sociales, de raza, estirpe y condición. En palabras Ariza, L & Iturralde, M (2011), la prisión es entendida como un depósito que guarda latinoamericanos pobres, marginados, sin educación, que se ven de cara a la comisión del delito, es por ello que afirma:

> (...) allí las celdas se compran y se venden; que los recién llegados son explotados y golpeados; que las personas de piel negra se ven obligados a dormir en húmedos túneles que no se sabe para qué fueron construidos; que homosexuales y transexuales son tratados como sirvientes y que los acusados como violadores son sistemáticamente asesinados (...) (Ariza, L & Iturralde M, 2011, p. 22).

De ahí, es posible reiterar una vez más, que no solo se trata del delito y del castigo, es entender cómo ese castigo aporta positivamente a la sociedad. La privación de la libertad como medida de control social no es solo aislar a los delincuentes por largos periodos de tiempo y no ir más allá. La concepción del nuevo Estado penal, se encarga simplemente de ejercer control mediante la creación de nuevos delitos y su castigo penalmente. Sin embargo, el Estado se ha ocupado tanto en esta cuestión que olvidó ocuparse de soluciones alternativas de castigo, políticas de resocialización y programas sociales al igual que del fomento del trabajo dentro de los establecimientos carcelarios, de la educación, la cultura, medidas que de una u otra manera sirvan para crear conciencia entre ellos mismos, como la artesanía, la carpintería, el baile, el teatro, la música o el canto, en fin, multiplicidad de actividades que el Estado podría implementar en estos lugares. Esto genera más que un castigo, una forma de resocialización a los presos con lo que se aporta positivamente a la sociedad.

Para Iturralde (2011), en países como Chile, Argentina, Colombia y México las cárceles, antes de perder importancia han ganado protagonismo, sigue siendo uno de los principales instrumentos para dar respuesta a los problemas sociales. En consecuencia, según los diversos reportes realizados sobre la cantidad de población de las cárceles y las condiciones de vida dentro de las mismas, se demuestra el nefasto panorama encontrado (Ariza, L & Iturralde, M, 2011, p. 26). Son inimaginables las precarias condiciones en las que viven los presos dentro de establecimientos carcelarios, falta de higiene, espacio físico, incluso hasta el agua ha llegado a faltar por ausencia de intervención del Estado.

Por ejemplo, en Venezuela, en el año 2004, fue necesario declarar *Estado de emergencia penitenciario*, con el objetivo fundamental de reunir todos los poderes públicos con el fin de tomar medidas respecto de la creciente problemática dentro de los centros penitenciarios. Venezuela, al igual que los demás países latinoamericanos, no es ajena a esta problemática. Las violaciones a derechos fundamentales de los reclusos se convirtieron en pan de cada día. Para nadie es secreto lo que acontece en las cárceles venezolanas, situaciones de hacinamiento,

seguido de problemas de higiene, salubridad, drogas, esclavitud, muertes y un sinfín de situaciones que desataron esta emergencia. En este país, aunque en su mayoría de aspectos dentro del sistema penitenciario es similar al de países como Colombia, Argentina, Chile o México; Venezuela tiene el más alto porcentaje de muerte dentro de estos establecimientos. Esta es la razón por la cual, aunque se instalaron algunas políticas y programas de resocialización, estas no siempre son las adecuadas. Es por ello que "las cifras (...) comparadas con las de otros países de Latinoamérica, ponen de manifiesto que hubo en Venezuela, en el año 2008, cinco veces más muertes violentas que en las cárceles de México, Brasil, Colombia y Argentina juntas" (Morais, 2009, p. 8).

De esta manera, es claro evidenciar, con más claridad, que la crisis penitenciaria como resultado de la constitución del nuevo Estado Penal y del populismo punitivo, este último no es ajeno a nuestros días, ni se da únicamente en Estado Unidos, Gran Bretaña o países Europeos. Tanta ha sido la articulación del populismo punitivo que sus vestigios se han reflejado en la mayoría de países Latinoamericanos, ocupándose y omitiendo los mismos aspectos.

Manifestaciones del populismo punitivo en Colombia

El control del delito en América Latina y la inclinación a crear trasformaciones dentro del sistema penal, se ha convertido en un tema del común, lo que ha generado implicaciones dentro de sus tantos aspectos como la creación de nuevas reformas dentro de la justicia penal, la creación de nuevos delitos y el endurecimiento de algunas penas, donde no se pueda acceder a ciertos beneficios, reducción de las posibilidades de excarcelación, el significativo aumento de la población carcelaria, el hacinamiento dentro de los establecimientos carcelarios y la creación de los jueces de pequeñas causas en el caso Colombiano (Sozzo, 2005, p. 10).

Varios doctrinantes han explicado el populismo punitivo desde el punto de vista político, entendiéndolo como el derecho penal utilizado por parte de políticos que buscan sacar créditos defendiendo teorías político criminales como un medio para disminuir la tasa de delincuencia. Sin embargo, esto no resulta absurdo. En Colombia es propio encontrar multiplicidad de ejemplos, candidatos políticos que prometen la pena de muerte para violadores, o cadena perpetua para abusadores de niños, penalizar el maltrato animal, o la protesta social como solución al conflicto. Dichas propuestas que tienen como fin generar una respuesta de la sociedad dejando de lado la idea de hacer frente al problema. Sobre el particular, ha hecho referencia Uprimny (2011), al respecto señala: "Resulta entonces, políticamente popular promover esas iniciativas de endurecimiento punitivo. Y en eso consiste lo que la sociología ha llamado el "populismo punitivo".

En Colombia, sucede algo muy particular: Los medios de comunicación se aferran a un tema en específico por determinado periodo, es decir, los canales nacionales de amplia difusión o sintonía se ocupan de un mismo tema. Así, si un conductor ebrio en determinada ciudad se accidenta ocurriéndole la muerte a una persona, se convertirá en el tema de debate y se buscarán todos los casos similares. De igual manera ocurre con los homicidios, abusos a menores; en otras palabras el *tema de moda* ocasionando en la comunidad repudio, temor o miedo hacia dichas conductas. En consecuencia, abrá un político, congresista, senador o representante a la cámara que busque su tipificación como delito con su eventual pena o castigo, que por lo general, son siempre, penas privativas de la libertad. Estos eventos ocasiona, de una o u otra manera, pérdida

de la capacidad pensante y socializadora de la sociedad.

> Desde hace algunos años, crece a lo largo de Europa uno de esos pánicos morales capaces, en virtud de su amplitud y su virulencia, de modificar profundamente las políticas estatales y redibujar de manera duradera la fisonomía de las sociedades que afecta (...), se inscribe en una vasta constelación discursiva de términos y tesis procedentes de los EE UU referentes al crimen, la violencia, la justicia, la desigualdad y la responsabilidad (...) (Wacquant, 1999, p. 21).

Por su parte, en lo concerniente a los medios de comunicación, Garland (2001), hace referencia a ello de manera muy clara. Al respecto señala:

> (…) riesgos y problemas que antes estaban localizados y limitados en su importancia, (…), pasaron a ser percibidos en forma creciente como problemas de todos al comenzar a aparecer en los salones de todas las casas imágenes sobre ellos. La visibilidad de eventos e individuos dejó de depender de la existencia de una experiencia local y directa compartida y, en cambio, pasó a depender de los medios de comunicación y sus decisiones respecto de qué trasmitir y cómo hacerlo (2001, p. 153).

El populismo punitivo es el resultado del encuentro entre la política y las sanciones penales o su endurecimiento, utilizado en América Latina como herramienta para unificar la sociedad a través del sentimiento de temor y miedo. Esto es a lo que Chevigny llama "populismo del miedo" surgido a raíz de las crecientes tasas de criminalidad. Por ende, estas sanciones penales, creadas desde perspectivas políticas, se dedican es a maquillarse como instrumentos de lucha contra el delito y los problemas sociales.

Es así como, de manera casi que sistemática, se da el populismo punitivo en este país. Al igual que en otros países latinoamericanos, no se buscan medidas alternativas de solución o castigo, no se toman medidas preventivas ni de rehabilitación a los ya condenados. Para Dammert (2007), las medidas que pueden adoptarse son de tres tipos: "control, prevención y rehabilitación" (p. 10) y resulta muy obvio a simple vista, pero es más complejo de lo que parece. Ahora bien, es preciso señalar que Dammert (2007) plantea estas medidas desde el ámbito local.

De esta manera, el populismo punitivo en Colombia busca crear conciencia en la sociedad, pero una conciencia manipulada. Asimismo, este sistema busca generar un sentimiento colectivo dentro de la sociedad misma en el cual se ve la pena como forma de control del delito para alcanzar una disminución de las tasas de delincuencia y del delito. Ahora bien, el populismo punitivo constituye como de una cortina de humo que esconde los verdaderos intereses particulares convirtiendo, así, al sistema penal como un medio para lograr fines políticos.

Asimismo, es posible hallar en Colombia, producto del aumento de las penas privativas de la libertad por todo tipo de delitos sin importar su índole, que al igual que en muchos países latinoamericanos, como fue visto anteriormente, los establecimientos carcelarios han llegado a punto del colapso. Durante décadas, la población carcelaria en Colombia ha aumentado progresivamente aspecto que genera una incapacidad de control por parte del gobierno y las instituciones involucradas. Frente a esto, el Estado colombiano ha chocado con una realidad que sin dudas debe enfrentar. La crisis penitenciaria y carcelaria no es más que otra de las tantas en este país ante la cual el gobierno no ha enfocado un legítimo interés de asistir de forma alguna. Como ejemplo de esto se encuentra al borde del colapso el Instituto Penitenciario. Como bien lo afirma Iturralde (2011), los altos índices de delincuencia sumados a las altas tasas de encarcelamiento es una problemática global, que no sólo afecta a Colombia, donde la población reclusa aumenta progresivamente sin que los sistemas penitenciarios tengan la capacidad de contrarrestar la situación, lo que parale-

lamente conlleva al empeoramiento de las condiciones de vida de los presos ante la "indiferencia o incapacidad estatal" (Iturralde, 2011, p. 115).

En los establecimientos carcelarios colombianos no es ajeno o extraño encontrar las mismas situaciones que se presentan en todas las cárceles de América Latina, problemas de hacinamiento, higiene, salubridad, drogas, violencia en todas sus formas. Estas problemáticas se han y se siguen chocando frente a un Estado indiferente a su situación. Sin embargo, la legislación colombiana garantiza que las personas recluidas y privadas de la libertad vivan en condiciones dignas, en donde se respeten los derechos fundamentales y las garantías constitucionales mínimas, los derechos universalmente reconocidos. También se espera que la legislación prohíba las manifestaciones de violencia en cualquiera de sus formas: psíquica, física o moral, pero, como si fuera poco, se predica el derecho a la igualdad prohibiendo cualquier forma de discriminación. Sin lugar a dudas, como muchas de las leyes en Colombia, han pasado a ser letra muerta. Las cárceles son los principales lugares en los que se violan los derechos fundamentales y se vive en condiciones de precariedad, aspecto recurrente, y surgen sitios donde no existe, ni en su más mínima expresión, condiciones dignas de vida, en donde la igualdad y el respeto sea lo más ajeno a su realidad.

> En un contexto de pobreza exacerbada, violencia y criminalidad, el protagonismo excesivo de la pena privativa de la libertad explica el colapso de un aparato penitenciario que no responde a la creciente segregación punitiva. Su éxito supone su fracaso paralelo. El resultado más visible de esta paradoja es la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de las personas presas. El hacinamiento, la violencia, la escasez de programas de resocialización (Iturralde, 2011, p. 20).

En otro contexto, la Ley 65 de 1993 "Por la cual se expide el Código de procedimiento penitenciario y carcelario" señala en su artículo 9°: "La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación"[1]. En cierta medida, los Estados, no solo el colombiano, deberían revivir las leyes y el propósito con el cual fueron creadas. La realidad es evidente, en las prisiones se vive en condiciones infrahumanas, precarias, donde sin duda el gobierno debe enfocar su mirada. Las políticas y programas de resocialización no resultan una idea absurda. Está demostrado que a través de la culturización, la educación, la música, el baile, la alfabetización, el trabajo, la artesanía, la escritura, incluso la religión, se puede inducir en la vida de una persona. No solo se trata de crear, condenar y castigar, la percepción de la pena debe tomarse como literalmente se afirma como una forma de resocialización y rehabilitación.

Al respecto, afirma Iturralde (2011) que las cárceles no tienen como función principal el disminuir la delincuencia, ni mucho menos el rehabilitar a los criminales, sino reducir el

1 Sumado a las precarias condiciones en que viven los reclusos se encuentra la carencia de programas de rehabilitación, curación y resocialización, como fin último de la pena. Es reiterativo, pero necesario señalar que es la constitución del nuevo Estado penal, la consolidación del populismo punitivo en Colombia, en donde se hizo necesario generar un sistema penal más tosco, con penas endurecidas y con nuevos delitos, los que provocaron o hicieron más intencional la desviada mirada y atención del gobierno ante los establecimientos penitenciarios, lo que sería lo ideal a lo real. Antes que rehabilitar o resocializar, el fin último de la pena se ha convertido en castigar y condenar. Las cárceles en Colombia se convirtieron en bodegas de aislamiento de personas indeseadas en la sociedad, sin más remedio que ese: alejar. "Las prisiones, colombianas y de otros países, también ponen de relieve la tendencia de diversas sociedades contemporáneas de afrontar los problemas estructurales y la inestabilidad social principalmente a través de mecanismos represivos plasmados en la política criminal, lo que ha consolidado una forma de gobernar a través del control del crimen" (Ariza, L & Iturralde, M., 2011, p. 119).

miedo al delito medido como *sensación de inseguridad*. Si se tratara de disminuir la violencia y el delito se seguirían políticas más racionales que señalan un vínculo directo entre la desigualdad –no la pobreza– y la violencia social, y en lugar de aumentar la criminalización de sectores que ya de por sí son marginados por el sistema, se haría un énfasis en su inclusión a través de programas sociales o, al lo menos, se haría un mayor esfuerzo para que las cárceles realmente cumplan una función rehabilitadora a través de programas educativos y de trabajo que permitieran la reinserción en la sociedad con destrezas útiles para los mercados laborales (2011).

Sin embargo, en Colombia no se desconoce la falla del sistema penitenciario. Se tiene claridad sobre las debilidades de un sistema que no ha podido con la demanda de prisioneros ni mucho menos con la idea de rehabilitar para acabar con la delincuencia o evitar que los delincuentes reincidan en la comisión de delitos. Los reclusos reinciden, la población carcelaria aumenta, la crisis empeora, la desigualdad social se hace más evidente, las condiciones infrahumanas de vida persisten y el sistema se hace cada vez, más incapaz[2].

Por otra parte, como fue mencionado, uno de los más fieles, ejemplo de la presencia del populismo punitivo en Colombia es la iniciativa de condenar a cadena perpetua a los violadores, secuestradores, maltratadores y asesinos de niños, impulsada por la ex senadora Gilma Jiménez. Esta ex magistrada, quien en las últimas elecciones en las que participó, obtuvo la séptima votación más alta del país, dejando una clara evidencia de su nivel de popularidad. Además, la iniciativa del senador Roy Barreras consiste en condenar con una medida privativa de la libertad a conductores en estado de embriaguez, como alternativa política para ostentar el poder.

Los muros de la infamia: una forma de populismo punitivo en Colombia

Los muros de la infamia no son del todo nuevos, tienen sus orígenes en Estado Unidos. Además de los pandilleros, pobres, marginados, los negros, surge una figura que sirvió como detonante de la mentalidad física y moral de los norteamericanos: el abusador sexual, el pedófilo. Wacquant (2009, dedica un capítulo de su libro *Las cárceles de la Miseria* para tratar este tema. Al respecto, señala que durante la década de los 90 Estados Unidos se vio enfrentado al miedo por los delitos sexuales. Para el autor estos acontecimientos tienen dos precedentes históricos importantes en el siglo XX, durante la era progresista cuando los llamados pervertidos sexuales fueron identificados y posteriormente en entre los años 1936-1957 cuando se creía que psicópatas sexuales recorrían todo el país buscando víctimas inocentes. (Wacquant, 2009)

2 En Colombia, para el mes de enero de 2014, la población reclusa a cargo del INPEC registro 120.623 internos(as). La capacidad de los *Establecimientos de reclusión del orden nacional* es de 76.066, durante el mes en estudio no hubo cierre ni apertura de ningún establecimiento. Condiciones excepcionales: los grupos de población reclusa en condiciones excepcionales se distinguen por sus características específicas de sexo, etnia, edad, nacionalidad, discapacidad física, que los diferencian del resto de la población solo en cuanto requieren de un acompañamiento especial dirigido y unas acciones adecuadas a su condición, establecidas mediante programas específicos que garantizan sus principios de igualdad y equidad como seres humanos. Con base en lo anterior, en enero de 2014 el 81% se encontraba bajo esta condición o características específicas como: etnia 10%, afrocolombianidad 41,8%, extranjeros 8,5%, tercera edad 28,5%, madres lactantes 0,3%, madres gestantes 1,3%, con discapacidad física 9,1% e inimputable 0,4%. En lo concerniente a la Sobrepoblación y hacinamiento: Hoy en día la población carcelaria y penitenciaria del país supera la capacidad de los establecimientos de reclusión, situación que se ve reflejada en el mes de enero donde se presentó una sobrepoblación de 44.557 internos(as), equivalente a un hacinamiento del 58.6%. (INPEC, 2014).

Después de varios intentos para controlar el abuso sexual en California los abusadores sexuales estaban obligados a registrar ante la policía su domicilio cinco días posteriores a haber cumplido su condena. Además, aquellos que reincidentes al omitir dicha obligación se verían condenados a purgar otra pena, además de tener prohibido estar o laborar cerca de menores. A raíz de esto, en 1996 se aprobó la ley Megan[3], "ley que exige a las autoridades llevar una lista negra de delincuentes sexuales y ofrecerlos a través del control permanente y abierto a la execración pública" (Wacquant, 2009, p. 304). De igual manera, estos delincuentes están obligados a actualizar sus datos anualmente. La aplicación de dicha ley en California resulta apropiada, los índices de delitos sexuales disminuyeron haciendo que la ley se propagara por el resto de Estados. Además de las medidas adoptadas, se determinó que la campaña contra el *depredador sexual*, así llamado, generó como resultado el activismo de los medios de comunicación y de los políticos. Señala el autor:

> La cobertura sensacionalista de los periódicos, canales de televisión y especialmente canales de noticias emitidos durante las 24 horas, aunados al crecimiento de una verdadera industria especializada en la imagen espeluznante de la delincuencia se han combinado con el aumento de la explotación electoral de la violencia criminal para inflar la cuestión en el escenario público más allá de toda proporción (Wacquant, 2009, p. 305).

De esta manera, es posible reflejar los orígenes de los muros de la infamia, una medida que para la época, en primera instancia, resultó favorable, que en gran proporción disminuyó los delitos de abuso sexual, pero que en la actualidad queda en duda. La política, ha sido una de las principales fuentes del populismo penal en Colombia. Un claro ejemplo de esto es el proyecto de ley que busca que se condene a cadena perpetua a los abusadores, agresores de niños y niñas, como respuesta a la necesidad de imponer medidas más drásticas antes los delitos que atenten contra la vida, la integridad o se explote sexualmente a los mismos. Este tipo de iniciativas políticas son solo medidas oportunistas adoptadas por los políticos para obtener mayor popularidad.

En palabras de Vélez (2007), los muros de la infamia, producto de las manifestaciones del populismo en Colombia, resulta ser una "medida que tiene como características comunes la de aumentar la intervención punitiva y limitar las garantías procesales y penales de quienes han cometido esta clase de delitos contra los menores". (p. 3).

A raíz de diversos casos de abuso sexual cometido a niños y a mujeres en Colombia, conocidos a través de los diferentes medios masivos de comunicación, en su mayoría amarillistas, se logró mover en grandes masas la opinión pública de manera tal que los legisladores debieron aprovecharse de ello. Se narraban casos de abuso y ataques a la vida, dignidad e integridad sexual de estas personas y se visualizaba una realidad reprochable pero más que eso, se buscaba estimular el sentimiento de rabia, repudio, temor e indignación en toda la sociedad. Es así que se ve reflejado dentro de los llamados Muros de la infamia dos de las principales manifestaciones del populismo punitivo: la gran interferencia de los medios de comunicación y el oportunismo político para ocasionarla. Sobre el particular señala Garland (2001), que en la década de los 80 se creó

3 La ley Megan lleva su nombre por una niña de siete años de edad Megan Kanka, una menor de Nueva Jersey que fue violada y asesinada por un delincuente sexual que se encontraba en libertad condicional que se había trasladado al otro lado de la calle de la familia sin su conocimiento. A raíz de la tragedia, Los Kankas intentaron que las comunidades locales advirtieran sobre los delincuentes sexuales en la zona. Éste asesinato ocurrido en 1994 desató una ola legislativa imparable (Wacquant, 2009).

un movimiento de víctimas, el cual fue descubierto por los medios de comunicación y los políticos, hecho que generó que el tema relacionado con las víctimas adquiriera un significado político muy diferente, obteniendo como respuesta debates políticos sobre el castigo, tema que nunca había formado parte de las preocupaciones políticas de la época. (2001).

Es común, que al incidir en grandes proporciones en la opinión pública, se genere conciencia, se provoque repudio, miedo, temor, ante lo cual no falta el político oportunista que mediante avisos publicitarios y proyectos de ley imprevistos busque ganar popularidad y hacer creer que tiene la solución en sus manos frente a dicho reproche social. Los Muros de la infamia, son producto de ello, de mover conciencia a través de los medios de comunicación, para generar miedo y repudio ante un hecho social y un político que sale a la luz para erradicar el problema.

Aunque en principio, la medida resulte tentadora, es necesario profundizar en sus orígenes y sus consecuencias, para llegar a concluir que es una medida realmente absurda al no obtener resultado alguno. La Corte Constitucional mediante sentencia C-061 de 2008 afirmó al respecto:

> Existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados.

Como bien lo alude Vélez (2007) es necesario profundizar en temas como las garantías de los sujetos justiciables y la afectación de los fines de la pena. La Corte Constitucional (2008) en la sentencia ya referida señala:

> que la pública exposición de los condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores implica la cosificación de quienes son sometidos al escarnio público y utilizados para amedrentar a otros, los posibles infractores futuros de la ley penal, lo cual no puede en realidad entenderse como una medida de restablecimiento y garantía para las víctimas de esos delitos (…) (2007, p. 19).

Por otra parte, respecto de las garantías de los sujetos justiciables y a la afectación de los fines de la pena en Colombia, la Corte Constitucional (2008) en reiteradas ocasiones ha sido muy enfática en afirmar lo siguiente:

> Los penados podrán exigir un trato que respete su dignidad humana, la cual va ligada inequívocamente con el derecho fundamental a la vida digna. Lo expuesto, implica que los sujetos sometidos a una relación de sujeción especial con el Estado podrán hacer valer sus derechos en pro de obtener las oportunidades necesarias y los medios precisos para el desarrollo de su personalidad humana, con el fin de que se les garantice una vía para la resocialización (Corte Constitucional, 2008).

A partir de la jurisprudencia, es evidente que en Colombia se establecen múltiples formas que garantizan la vida en reclusión, como el respeto por la vida, la dignidad humana y la igualdad que, como fue mencionado anteriormente, pasa a ser letra muerta. Esto se debe a que estos derechos no se garantizan y tampoco no se ofrecen los mecanismos para hacer valer tales derechos. Tampoco se logra garantizar la rehabilitación y resocialización como fin último de la pena. Como es bien sabido, Colombia carece totalmente de programas y políticas resocializadoras enfocadas en rehabilitar o curar (Corte Constitucional, 2011, Sentencia T-286).

Muchas personas recibieron con agrado dicha iniciativa. Se realizaron marchas en las que se manifestaba el repudio ante horrorosos acontecimientos y se pedían respeto por los niños y castigo al agresor, con el postulado de que los Muros de la infamia sería la manera de mostrar los atroces crímenes

cometidos por los abusadores así como la protección de los derechos de los menores o el restablecimiento de sus derechos. Al ser bien recibida esta propuesta en un primer momento dicha propuesta, fue legislada por la alcaldía mayor de Bogotá y el Concejo Distrital, teniendo como fundamento jurídico el siguiente: Artículo 48 del Código de infancia y adolescencia, el cual reza:

> Artículo 48. "Espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos". Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y los adolescentes y a sus familias. En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, 'Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales', cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Las reacciones ante esta medida fueron diversas. En un primer momento la Corte Constitucional (2008) realizó control de constitucionalidad sobre el precepto legal ya referenciado, promovido por una ciudadana en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, en la cual solicitaba la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 48 del Código de infancia y adolescencia en virtud de lo cual expresa lo siguiente:

> Toda limitación de los derechos constitucionales debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de tal manera que las restricciones establecidas se justifiquen en virtud de una finalidad constitucional coherente, válidamente atendible y siempre que no traiga consigo el menoscabo de la dignidad humana de alguno de los asociados.

Seguidamente, termina por ser parte del debate de la Corte Constitucional el estudio acerca de la constitucionalidad de la norma demandada, en la cual realiza un estudio minucioso de los pro y contra de la medida, de su legitimidad frente a los principios constitucionales y legales. Se concluye finalmente, *groso modo,* que la medida resulta, en primer lugar, poco idónea si de restablecimiento de los derechos de los menores se trata. De igual modo, resulta una medida desproporcionada e innecesaria para lograr dichos propósitos. Por último, "Concluye anotando que medidas de este tipo conducen a un mayor marginamiento y estigmatización del victimario, lo que hace imposible su resocialización, que es claramente uno de los fines esenciales de la pena dentro del marco del Estado social de derecho" (Corte Constitucional, 2008). La Sentencia C-061 constituye un estudio a partir del cual, la Corte logra esclarecer y llegar a la conclusión de que la norma es inexequible por encontrarse inmersa en ella, vicios de inconstitucionalidad.

Debido a ello, las reacciones no se hicieron esperar, en abril del 2008, por ejemplo, tres meses después del fallo de la Corte Constitucional, un hombre acusado del delito de abuso sexual a menor de catorce años, solicitó, mediante tutela, que se garantizaran sus derechos a la dignidad humana, al debido proceso y el principio de cosa juzgada puesto que se vieron afectados sus intereses y los de toda su familia toda vez que fue publicado su rostro y nombre completo en diferentes vallas y en medios de comunicación. De igual forma, el actor afirma tratarse de una sentencia *ultra petita* al aplicarse más allá de lo resuelto por el juzgador. Sobre el particular y teniendo como precedente la sentencia anteriormente referenciada, la Corte hace un estudio sobre si lo que se logra con los Muros de la infamia son tratos degradantes e inhumanos, correlativamente los derechos de los niños y lo referente a los familiares y otros allegados del actor. Fallo en el cual, se resuelve tutelar los derechos del actor con base en el derecho al debido proceso y en los preceptos constitucionales que garantizan que ningún ciudadano se verá expuesto

a tratos degradantes e inhumanos que atenten contra su dignidad, además de lo mencionado en la precitada sentencia.

Por último, cabe resaltar que dentro de este fallo, hacen un breve recuento jurisprudencial referente al Acuerdo 280 de 2007 que señala:

> Para tomar tal decisión, se efectuó un análisis sobre el fin que se pretendía alcanzar con la medida aprobada por el Concejo Distrital de Bogotá, considerando que es inadecuada y desproporcionada, porque publicar la foto del delincuente no garantiza ni protege los derechos de la niñez. Afirmó que esa publicidad permite que los menores identifiquen a aquellas personas como posibles agresores y en esa medida eviten tener contacto o comunicación con ellas, pero se olvidó del impacto negativo que el retrato del victimario puede ocasionar en la propia víctima. Asimismo, adujo que so pretexto de defender los derechos de algunos menores de edad (víctimas), se atenta en forma injustificada no solo contra los derechos a la dignidad y a la honra del sentenciado, sino de las personas que lo rodean, como su esposa, padres, hermanos e hijos, que pueden ser también menores de edad (Corte Constitucional, 2008, Sentencia T-306).

Conclusión.

En conclusión, los Muros de la infamia fueron una creación de la senadora Alexandra Moreno Piraquive como legado de las ideologías de la ex senadora Gilma Jiménez, producto de la necesidad de incrementar su popularidad política aprovechando la preocupación de una sociedad frente a hechos reprochables ocasionados ante niños, niñas, adolescentes e incluso mujeres víctimas de agresiones y abusos sexuales. Estos muros fueron ideados como una medida para que la comunidad en general conociera los rostros de los agresores y abusadores, que serían publicados en grandes vallas y trasmitidos por los medios masivos de comunicación, como forma de expansionismo de su condena. Son, indudablemente, una forma de populismo punitivo en Colombia, una manera de expansión del derecho penal que, aunque en sus primeros vestigios en Estados Unidos resultó favorable y logró disminuir los índices de delitos sexuales en grandes proporciones, en el caso de Colombia la medida se convirtió en un punto de debate social y legal.

Los muros de la infamia, como una forma de restablecimiento de los derechos de los niños, sus efectos en términos de política social resultó innegablemente desproporcionada y absurda. Los fines que persigue van más allá de la legalidad penal en Colombia e indiscutiblemente contraria a los preceptos constitucionales, toda vez que el fin de la pena, es la rehabilitación y este mecanismo no permite lograrla. Este tipo de alternativas generan mayor marginación y estigmatización del victimario, lo que hace imposible su resocialización.

Referencias

Ariza, L & Iturralde, M. (2011). *Los muros de la Infamia. Prisiones en Colombia y n América latina*. Bogotá: Uniandes.

Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia de Constitucionalidad 061 de 2008 Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (2008). Sentencia de tutela 306 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

Damert, L. (2007). Seguridad pública en América Latina: ¿qué pueden hacer los gobiernos locales? *Nueva sociedad,* 212, .

Escobar, S. (s.f) *La expansión del derecho penal. Análisis de las capacidades auto-restrictivas de los sistemas modernos del delito a partir de la libertad de expresión*. Recuperado en http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1263/72345789-2009.pdf?sequence=1

Espín, M. (2007). *Las Cárceles de la miseria*. Quito: FLACSO.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Garland, D. (2001). *La cultura del Control*. Barcelona: Gedisa.

Gómez, A. (2012). ¿Populismo penal o falta de creatividad? *Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana,* 1, 7-8.

INPEC. *Informe estadístico de Enero 2014*. Oficina asesora de planeación. Grupo estadística. Ministerio de Justicia. Bogotá. Edición N°1 de 2014.

Morais, M. (2009). *Situación actual de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela*. Caracas: Instituto Latinoamericano de investigaciones sociales.

Neuman, E. (1997). *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*. Argentina: Siglo XXI.

Sozzo, M. (2005) Metamorfosis de los discursos y las prácticas sobre la seguridad urbana en la Argentina. En Dammet, L y Bailey, J. (Eds.), *Seguridad y reforma policial en las Américas* (pp. 39-57). Buenos Aires: Siglo XXI.

Uprimny, R. (2011). La impunidad, el desespero y el populismo punitivo. Recuperado de http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-298860-impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo

Vélez, L. (2007). ¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales? *Nuevo Foro Penal*, 71, 92-114.

Wacquant, L. (1999). *Las* cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial.

Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

Historia del servicio público a la salud

Carlos Andrés Echeverri Valencia[*]
Juan Felipe Diez Castaño[**]

Resumen: El derecho a la salud, como derecho fundamental y servicio público, implica hoy una base fundamental en el Estado de Derecho, pues en su discurrir histórico, inicialmente, no se contaba con esta obligación estatal. Sin embargo, a hoy, es un reto, pues los conflictos entre una visión garantista y material del derecho a la salud, y un mundo neoliberal e individualista, solo se resolverán de acuerdo a los factores reales de poder en la sociedad. No obstante, la humanidad, después de miles de años de historia, ha ganado la batalla, erigiendo el derecho a la salud como elemento inalienable de la naturaleza humana pese a que el Estado y la sociedad no lo reconozca, estará allí presente para recordar que está siendo vulnerado.

Palabras clave: Derecho a la salud, estado de derecho, servicio público, derechos inalienables, fines esenciales del Estado, neoliberalismo, cristianismo, asistencialismo, racionalismo.

Introducción

Desde la aparición del hombre –homo sapiens– hace aproximadamente 200.000 años (Arsuaga, 1998), la salud ha jugado un papel fundamental en la organización social humana. En un principio, la tribu se encargaba, bajo sentimientos de solidaridad y mutua ayuda, de atender las enfermedades de sus miembros por medio de una medicina que tenía dos modelos, a saber:

> (i) un modelo empírico-biológico, basado en la observación y la aplicación de hierbas o brebajes naturales, y (ii) un modelo mágico-espiritual, basado en una concepción animista de la existencia, en el cual los dioses castigaban por medio de enfermedades a los individuos, y en esa comprensión la redención espiritual era la única salida para obtener la curación (Landivar, Landivar & Prieto, 2004, p.3).

No obstante lo anterior, durante todo ese periodo histórico que va hasta el año 10.000 a.C, no existía el concepto de *derecho a la salud*, entendido, desde un punto de vista más cercano al jurídico. En esta línea, tampoco existía la concepción de derecho a la salud como prestación social radicada en un individuo cuyo objetivo era garantizarle un completo estado de bienestar físico, mental y social a los individuos (OMS, 1946), y que podía ser exigible mediante mecanismos efectivos a un deudor, que generalmente es el Estado.

A partir del neolítico, cuando el hombre se asienta al lado de grandes ríos en cada continente, principalmente por los cambios climáticos precipitados por la última era de

* Abogado de la Institución Universitaria de Envigado, especialista en Derecho Administrativo y maestrando en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Docente de Cátedra y Secretario General en la Institución Universitaria de Envigado.

carlosecheverrivalencia@hotmail.com

** Abogado de la Institución Universitaria de Envigado, especialista en Seguridad Social y maestrando en Educación y Derechos Humanos, Docente de Cátedra en la Institución Universitaria de Envigado y Abogado Litigante. abogadojuan@live.com

Nuevo Derecho, Vol. 11, No. 17, julio-diciembre de 2015, pp. 141-151 - ISSN: 2011-4540. Envigado –Colombia

hielo pero también a raíz de factores agrarios, funda las ciudades y las grandes civilizaciones de la antigüedad (Lubbock, 1987). En este periodo, que iría desde el 10.000 a.C. hasta el año 0 de nuestra era, el concepto de derecho a la salud, público y universal, aún estaba muy lejos de construirse. Sin embargo, se fueron dando elementos que reflejaban la naciente preocupación humana por situaciones que circundan el derecho a la salud, como la sanidad pública o la comprensión de los fenómenos naturales que causaban las enfermedades.

El código de Hammurabi[1] consagró algunas normas relacionadas con el ejercicio de la medicina. Por ejemplo, en el Canon 2018 se lee:

> Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con una lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con una lanceta de bronce y se destruye el ojo del hombre, se le cortarán las manos.

En el antiguo Egipto (3150 a 31 a. C.), se pueden encontrar los primeros antecedentes de un sistema de aseguramiento en salud. Pese a que este sistema no era universal, existe constancia de algunas instituciones –ejército, sacerdotes, funcionarios públicos– en las cuales sus miembros tenían derecho a la atención en salud, licencia por enfermedad y pensión (Sameh, 2015 [s.a]). Esto se dio entre la novena dinastía, entre 3100 y 2900 a. C, y la décimo novena dinastía, entre 1285 y 1186 a.C. Sobre el particular, es bueno citar al historiador griego Heródoto –de 484 a 425 a. C–, quien llamó a los Egipcios "el pueblo de los sanísimos", sustentado seguramente en las buenas prácticas higiénicas que esta civilización tenía. Entre las prácticas sanitarias llevadas a cabo por los egipcios, se encuentran la forma separaban las aguas para el consumo humano, almacenándolas en depósitos de arcilla, y construían canales para el desagüe de las aguas residuales. A pesar de lo dicho, la salud en esta gran civilización, como en muchas otras contemporáneas suyas, era un asunto reservado para las élites.

Los Indostaníes[2], en ciudades como Mohenjo Daro –de 2600 a 1800 a. C– implementaron programas de salud pública que se basaban en conformar patrones de alimentación, sexualidad, descanso o trabajo (Dwivedi, Dwivedi, 2007). Por otro lado, los hebreos o el pueblo judío, en su libro sagrado la *Torá,* probablemente escrito en el 1500 a. C, establecieron reglas de aseo personal. En este código se describe como debe ser la higiene personal (Rosner, 1995), al igual que el de las letrinas, los cuidados en época de maternidad, la salubridad de los alimentos y la protección del agua.

En el orden cronológico expresado hasta aquí, un suceso importante empezará a definir la base de lo que constituirá la idea fundamental del derecho a la salud como lo conocemos hoy. Tal hecho tendrá lugar en la antigua Grecia (1200 a. C a 146 a. C), civilización en la cual nació la idea del *Logos*[3] y el método científico[4] (Klimovsky, 1997). Empero, a pesar de lo importante que por sí solos constituye el desarrollo de los conceptos atrás mencionados, la idea que verdade-

1 Rey que gobernó Babilonia, ciudad de Mesopotamia, entre 1792 a 1750 a.C.

2 Gentilicio que se le asigna a los habitantes que ocupan hoy, principalmente, el territorio de Pakistán e India.

3 Logos (en griego λόγος -*lógos*-) significa: la palabra en cuanto meditada, reflexionada o razonada, es decir: *razonamiento, argumentación, habla* o *discurso*.

4 Método que busca el conocimiento basado en la experiencia y en las reglas del razonamiento.

ramente sería relevante para la construcción de lo que más adelante se daría en llamar derecho a la salud, fue el desarrollo del concepto de derecho natural por parte de Aristóteles. Según esta forma de pensamiento, debe distinguirse entre la justicia legal o convencional y la justicia natural que en todo lugar tiene la misma fuerza y no existe porque la gente piense esto o aquello. Se podría decir entonces, trayendo a la modernidad esta filosofía, que no importa en qué lugar del mundo habite el hombre, no importa su raza, religión, pensamiento político, preferencia sexual, origen familiar o social o cualquier otra circunstancia análoga; siempre habrá una justicia natural, y entre ellas podríamos decir que la salud es un elemento de la naturaleza humana.

Durante la existencia del imperio Romano –entre 753 a.C y 476 d.C)–, se dieron grandes avances en el concepto de la salud como derecho. Roma adopta la cultura Griega en 146 a.C tras la victoria en la batalla de corinto, lo que implica que heredan la idea Aristotélica del derecho natural. Ejemplo de esto es el estoicismo[5]. El imperio Romano es famoso por sus actividades en los campos de la higiene personal con la construcción de baños públicos, y en ingeniería sanitaria con la construcción de acueductos. Por la actividad militar, Roma generó la necesidad de avances en medicina, especialmente en cuanto a cirugía se refiere. Las *Valetudinarias* eran hospitales de campaña, en los que los *Medicus* prestaban el servicio a quienes atendían a los legionarios afectados en combate (Landivar et al., 2004). Sin embargo, a este punto no existía un derecho a la salud universal.

Con el advenimiento del cristianismo en Roma, se da un fenómeno importante en la historia del derecho a la salud. La profunda influencia del concepto de compasión dentro del cristianismo generó uno de los hechos soberanos dentro de la historia de la sociedad occidental. La aplicación práctica de la caridad fue probaba. La aplicación práctica de la caridad, fue probablemente la causa individual más poderosa del éxito cristiano. El comentario pagano –informado por Tertuliano –:

> Miren como esos cristianos se amán unos a otros", no era una ironía. La caridad Cristiana se expresaba en el cuidado de los pobres, las viudas y los huérfanos, en las visitas a los hermanos en la cárcel, o a los condenados a una muerte en vida en el trabajo en las minas, y en la acción social en tiempos de calamidad, como la hambruna, terremoto, peste o guerra (Álvarez (1996), citado por Lain, P (2006, p.46).

Por ejemplo, para el año 251 d.C, la Iglesia Romana apoyaba a más de 1500 personas en situación de necesidad. En esa evolución, en el año 390 d.C, Fabiola de Roma, funda un hospital para las personas comunes, denominándolo el *Nosocomiun*, y constituye el primer antecedente histórico documentado de la existencia de un servicio de salud para las personas que no pertenecían a cierta élite. Jerónimo de Estridón[6], en la epístola LXXVIII, manifestó:

> Fabiola, ha sido la primera mujer que ha construido un hospital para acoger a todos los enfermos que encontraba por las calles: narices corroídas, ojos vacíos, pies y manos secas, vientres hinchados, piernas esqueléticas, carnes podridas con un hormiguero de gusanos, cuantas veces ella personalmente ha cargado enfermos de lepra… Les daba de comer y hacía beber a aquellos cadáveres vivientes una taza de caldo. (Álvarez (1996), citado por Lain, P (2006, p.75).

5 Escuela filosófica que tuvo mucha relevancia en la antigua roma. Los estoicos planteaban que al estar todos los acontecimientos del mundo rigurosamente determinados y formar parte el hombre del logos universal, la libertad no podía consistir más que en la aceptación de nuestro propio destino, el cual estriba fundamentalmente en *vivir conforme a la naturaleza*.

6 Es considerado Padre de la Iglesia, uno de los cuatro grandes padres latinos. La traducción al latín de la Biblia hecha por San Jerónimo, llamada la Vulgata (*de vulgata editio*, 'edición para el pueblo'), ha sido, hasta la promulgación de la Neovulgata, en 1979, el texto bíblico oficial de la Iglesia católica romana.

La salud entonces, bajo el enfoque cristiano que le fue señalado por este importante movimiento religioso, fue asumida bajo la concepción de piedad o compasión. Es importante advertir que lejanas están las visiones de una salud desde la perspectiva de la compasión, a una salud entendida como un derecho humano o fundamental. Sin embargo, esto no quiere decir que la piedad, la caridad y la compasión por el débil o enfermo sean elementos deleznables o reprochables dentro de la idea del derecho a la salud. Una sociedad con una fuerte orientación caritativa, normalmente ejerce presión sobre su sistema político para que en él esté consagrada la asistencia pública a los más débiles como un derecho[7].

Durante la edad media se hereda la idea de derecho natural de Aristóteles. Tomás de Aquino (1224 d.C -1274 d.C) partirá de la idea del derecho natural, reformulándola como la ley divina:

> Dios ha establecido una legislación eterna para el mundo natural y el mundo humano, y eso es lo que conocemos como ley natural.
>
> El fin último del hombre es alcanzar la felicidad. Para obtenerla debe responderse a su naturaleza. Por eso existen unas normas que derivan de su naturaleza que constituyen la ley natural. En consecuencia, la ley positiva, si es contraria a la ley natural, es injusta pues atenta contra el bien del hombre. De este modo, la ley natural expresa la libertad del hombre y exige una ordenación racional de su conducta. (Fernández, 1966, p.122).

Sin embargo, a pesar de autores tan prolíficos como Tomás de Aquino, en la Edad Media, por un lado, no se definieron los elementos que hacían parte de esa llamada *ley divina* o *ley natural* –como el derecho a la salud–, y por otro, el oscurantismo religioso impidió la difusión del conocimiento, mediante una intolerancia intensa hacia la ciencia y las ideas que contradijeran los textos bíblicos. Este fenómeno produjo un desprecio por lo mundano, a cambio de la elevación del mundo espiritual o metafísico, por ende la *mortificación de la carne* pasó a ser la norma preferida de conducta, por lo que el descuido de la higiene personal y del saneamiento público, llegó hasta el punto de que se produjeran, junto con los movimientos migratorios bélicos y bajos niveles socioeconómicos, las grandes epidemias de la humanidad como la peste bubónica (Lain, 2006, p. 227).

En el concilio de Clermont, en 1130, llegó a prohibirse a todo clérigo el estudio de cualquier forma de medicina, y en 1215 Inocencio III pública la encíclica *Ecclesia Abhorret a sanguine*[8] (Ibíd., p. 227), en ella, la iglesia católica se reafirma en su firme oposición a todo derramamiento de sangre, incluido el derivado de la actividad quirúrgica.

Durante la ilustración, se vuelve a retomar la idea de la razón y el método científico, así como la idea del derecho natural de Aristóteles. Con el derrocamiento del *Ancien regime*[9] (Alexis, 2005, p.41), se expresa que todo ser humano tiene un conjunto de elementos naturales llamados *derechos inalienables*, lo que contribuirá de una manera definitiva a sentar bases sólidas para consolidar el concepto de derecho a la salud. En principio va a transcurrir un extenso periodo, entre los últimos años del siglo XVIII, durante las revoluciones burguesas que producen las primeras declaraciones de derechos, hasta la primera mitad del siglo XX.

7 Evidencia objetiva de lo anterior es que en todos los estados llamados *sociales* y *democráticos de derecho*, el principio de solidaridad, que está definido como la ayuda que se debe prestar desde los sectores más fuertes hacia los más débiles, está consagrado como uno de los elementos que orientan el ordenamiento jurídico.

8 Expresión que traduce: La iglesia aborrece la sangre.

9 Expresión que traduce: Antiguo régimen.

En la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, se plasmó un aparte que constituye una de las conjugaciones de palabras escritas más impactantes en la historia de la humanidad, pues por primera vez, de manera concreta, se define en qué consiste ese derecho natural del cual hablaban los Griegos:

> Sostenemos como evidentes dichas verdades: Que todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. (Fernández, R, 1966, p. 89).

Es importante detenerse un momento breve para realizar cierto análisis del texto citado. Obsérvese como estas vivas palabras expresan que la vida y la búsqueda de la felicidad están en todo ser humano, hombre, mujer o niño, anciano o discapacitado. Es innegable entender, después de hacer una lectura palmaria que, se debe concluir el cómo allí está consagrado el derecho a la salud, pues no se podría concebir una vida feliz con la enfermedad, la miseria y la pobreza, estos dos últimos, determinantes sociales de la salud (O.M.S, 2008).

En la primera declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, dentro del marco de la revolución francesa, se expresa: "El objetivo de toda asociación *política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre"*[10].

Cuatro años después, en 1793, la Convención Nacional Francesa, aprobó otra declaración que reemplazaría la anterior. En esta segunda versión se consagró en el primer artículo que El fin de la sociedad es la felicidad común, reiterando que el gobierno "ha sido instituido para garantizar el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles". Otro aspecto relevante es que esta segunda declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, estableció, en su artículo 21, que "la sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados".

Adicionalmente, esta declaración habla del concepto de *garantía social*, definida como "la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos", expresando en el artículo 23 que esta garantía reposa sobre la "soberanía nacional" (Corte Constitucional Colombiana, sentencia T- 760 de 2008).

Estas afirmaciones se erigen, de manera incontestable, como los primeros elementos claros que radican en el Estado, la obligación de asegurar el goce máximo del bienestar físico, mental y social, que no es otra cosa que el derecho a la salud. Adicionalmente, implican el reconocimiento de la idea de que del Estado, todo ser humano vulnerable es un acreedor. Como curiosa anotación, puede observarse que, en estos primeros documentos está ínsita una gran carga de compasión y piedad por los menos favorecidos, concepto arraigado por el cristianismo en la sociedad occidental.

En América latina, las ideas de la ilustración fueron adoptadas por los padres fundadores de las naciones republicanas que se independizaron de España. Así, en 1793, Antonio Nariño, líder de la independencia de Colombia, tradujo al castellano la primera declaración de los *Derechos del hombre y del ciudadano*. No obstante, este documento permaneció, en su mayor parte, oculto hasta el año 1811, toda vez que fue procesado por las autoridades de la Corona. La primera versión al castellano que efectivamente se difundió fue la *Edición Antillana*[11] de

10 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 p. 1-11. La cursiva es nuestra.

11 Esta versión fue traducida al español por Juan Picornell, un influyente Republicano Español que participó en diferentes procesos revolucionarios, tanto en España y en la conspiración de San Blas, como en otras en América latina.

1797, traducción de la segunda declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1793.

A pesar de lo visto hasta aquí, el derecho a la salud se seguía observando como algo individual, que cada quien debía proveerse, percepción generada en un individualismo extremo que tenía su fuente en lo sensible que era aceptar, en esta época, la intervención del Estado, pues en el *Ancien regime*, esa actividad pública había sido utilizada para vulnerar los derechos inalienables de los hombres. No obstante, la existencia de epidemias como la fiebre amarilla o el cólera, iban a cambiar de manera radical esa percepción y llevarían al desarrollo de los últimos aspectos de la configuración de un derecho verdadero, pleno y universal a la salud. Para esto, la humanidad acudirá a presenciar un periodo final de aproximadamente 200 años.

En los siglos XIX y XX, la revolución industrial trajo al mundo la mega ciudad moderna, la clave de la vida futura de la humanidad. En el mundo occidental, durante el siglo XIX en un periodo corto de 50 años, el número de ciudades habitadas se triplicó de cincuenta millones de habitantes, a más de ciento cincuenta millones de habitantes. Pero las mega ciudades industriales, para la época eran caóticas, súper pobladas y sucias; un caldo de cultivo perfecto para las enfermedades. En 1854, Londres era la ciudad más grande del mundo industrial, con una población de 2.500.000 habitantes; un tercio de la población vivía en condiciones de pobreza; más de 8 personas cohabitaban en una sola habitación, 40 en una casa. Londres sería afectada por una bacteria que causaría millones de muertes en todo el mundo; "Vibrio cholerae". El cólera, que se propagó por las fuentes de agua de la ciudad, dejó solo en Londres, unos 50.000 muertos. En otros países de Europa, esta enfermedad también se presentó. En Rusia por ejemplo, todas las ciudades sufrieron la pandemia, dejando cerca de un millón (1.000.000) de muertos; solo en París Francia ocurrieron 19.000 muertes por causa del cólera; por toda américa se presentaron 150.000 muertes. Las explosiones epidemiológicas que se darían a partir del siglo XIX, implicarían el cambio de perspectiva a cerca del derecho a la salud, que pasaría de ser un asunto individual, a entenderse como una obligación de indudable prestación por el Estado. En Inglaterra por ejemplo, el parlamento Británico ordena construir el alcantarillado de Londres, más de 2.000 km de túneles, 260.000.000 millones de ladrillos refractarios; en los próximos 40 años, los nuevos alcantarillados en las ciudades Europeas, reducirían hasta en un 70% la mortandad por enfermedades de origen hídrico. Medidas como las anteriores, fueron impulsadas por médicos higienistas[12] que entendían la importancia del derecho a la salud, y su íntima relación con la actividad del Estado. (Steven, 2008, p.30)

Durante este periodo –Siglo XIX–, en Colombia también la salud pública fue un asunto relevante; inclusive los partidarios con una postura que apoyaba el individualismo político, cedieron para dar paso al intervencionismo de Estado en la iniciativa privada, cuando esta amenazara la salud pública. Así, en la Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, se consagró la libertad de "ejercer toda industria y de trabajar sin usurpar la industria de otro", siempre y cuando se ejerciera "sin embarazar las vías de comunicación, ni atacar la seguridad ni la salubridad". En 1886, con la nueva constitución de Colombia, se continúa con de lado la idea de salubridad y de seguridad pública, consagrándose en el

12 Véase entre otros a Edwin Chadwik, Jhon Snow.

artículo 44 que "las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas". Los anteriores avances, muestran el interés de la sociedad en la protección de la salud colectiva, que sin duda alguna es un concepto que hace parte integral del derecho a la salud.

Durante el siglo XX, se asegura finalmente la idea de derecho a la salud. Este proceso comienza con la fundación de la Organización Internacional del Trabajo OIT. En el Tratado de Versalles, que le puso fin a la primera guerra mundial, los países aliados concluyeron que tras una cruenta guerra que dejó cerca de 6.000.000 personas muertas, las sólidas bases de una paz duradera, estaban determinadas por la justicia social. En la década de los 30, bajo el mandato del presidente Enrique Olaya Herrera, en Colombia se ratificaron y aprobaron más de 26 convenios de la OIT (Ley 129 de 1931). Muchos de esos convenios estaban relacionados con temas de salud, a saber:

- Convenio No.3 de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.
- Convenio No. 16 de 1921, relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques.
- Convenio No. 18 de 1925, relativo a la indemnización a favor del trabajador por enfermedades profesionales.
- Convenio No. 24 de 1927, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico.
- Convenio No. 25 de 1928, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas.

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 1 de 1936, consagró en su artículo 16:

> La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes, careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.

Estos elementos seguían haciendo radicar en el Estado la obligación de prestar el derecho a la salud, sin embargo, se necesitaba un desarrollo legislativo para que este derecho pudiera ser exigible. En otras palabras, aunque se partía de la base de que era inalienable, no era un derecho de aplicación inmediata. Esta postura doctrinaria es la que reinará durante gran parte del siglo XX, no solo en Colombia, si no en el resto del mundo.

Terminada la Segunda Guerra Mundial en junio de 1945, gran parte de los países del mundo adoptaron la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. A pesar de que este documento no hace referencia expresa al derecho a la salud, si establece que uno de los fines primordiales de la comunidad internacional es promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro del concepto más amplio de libertad. Igualmente, en diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración no solo se limitó a consagrar derechos individuales, sino también los que se darían en llamar, en un principio, derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El derecho a la salud se puede observar en el artículo 22, cuando este expresa que toda persona tiene derecho a "un nivel de vida adecuado" que le asegure a ella y a su familia "la salud y el bienestar".[13]

13 Declaración de Derechos humanos (véase en : http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

Posteriormente, la comunidad internacional siguió desarrollando el concepto de derecho a la salud. En los siguientes instrumentos se puede ver una clara intención de desarrollar la salud como derecho:

- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales PIDESC, acordado en 1966, entrando en vigencia en 1976. En el artículo 12 establece que el derecho a la salud es el disfrute del nivel más alto de salud física, mental y social.

- La declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social de 1969. Con relación al derecho a la salud, la declaración señala que (i) se deben adoptar mecanismos que permitan otorgar servicios sanitarios a toda la población, (ii) se deberán asegurar instalaciones, medios y tecnologías que sirvan para atender a la población que requiera servicios médicos y de bienestar social.

- La declaración de ALMA - ATA, que consagró diez puntos que debería cumplir la comunidad internacional, buscando la universalización del derecho a la salud. Por ejemplo el punto uno se refiere a la definición del derecho a la salud, así:

  > La Conferencia reafirma tajantemente la salud como aquel estado de total bienestar físico, social y mental, y no simplemente la falta de enfermedades o malestares, siendo un derecho humano fundamental y convirtiendo a la búsqueda del máximo nivel posible de salud en la meta social más importante a nivel mundial, cuya realización requiere de la participación de otros sectores sociales y económicos en adición al sector salud (OPS, 1978).

Se hace hincapié en el cómo se define a la salud, como derecho fundamental, situación que lo ubica dentro de aquellos derechos que no requieren un desarrollo legislativo por parte del Estado, siendo de aplicación inmediata.

- El protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), llamado "protocolo de San Salvador" de 1988.

Hasta finales de la década de los 80, en el mundo político-jurídico internacional seguía vigente la discusión por parte de dos fuerzas de choque. Una posición defendía que los derechos individuales, civiles y políticos, como el voto, las libertades públicas, y la igualdad ante la ley, o igualdad negativa; solo requerían *un no hacer* por parte del Estado, y por ende, con una conducta omisiva de aquél. Con todo esto ya se estaban garantizando lo que implicaba que fuera de aplicación inmediata y no se necesitaría un desarrollo legislativo para su cumplimiento. Por otro lado, la otra fuerza de choque sostenía que los derechos económicos, sociales y culturales, por ser derechos de carácter prestacional, requerían una actividad del Estado, y esta debía tener un desarrollo normativo específico para poderse cumplir. Así, mientras no existiera dicho desarrollo, estos derechos se entendían como meras declaraciones de voluntad.

La posición contraria a esta idea fue surgiendo hacia los años 90. Autores tan importantes como Ferrajoli (2011), defendieron la idea de que esa diferenciación entre derechos individuales y derechos económicos sociales y culturales era ilógica pues, ambos requerían acciones positivas y negativas por parte del Estado. La historia inclinaría la balanza a favor de la segunda posición, y así, los organismos multilaterales, empezaron a conceptuar sobre la salud como un derecho humano fundamental, de primera generación y autónomo. Ejemplo de esto fue la declaración y programa de acción de Viena, de 1993, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la cual se estableció que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes

y están relacionados entre sí (Organización de las Naciones Unidas ONU, 1993)"[14].

Con instrumentos internacionales como el anterior, se evidenciaba un avance final hacia la eliminación del debate mencionado en el párrafo anterior, y se definía el núcleo esencial de lo que es hoy el derecho a la salud, es decir, un derecho universal, indivisible, principal, autónomo. Otros documentos emanados de organismos internacionales reforzaron esta idea, a saber:

- Recomendación general No. 24 de 1999, sobre la mujer y la salud. Fue adoptada por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU. En ella se dice que la salud es un derecho básico.
- Las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales CESCR:
    - La observación general No.1 de 1989.
    - La observación general No. 3 de 1990.

En estos instrumentos, el comité reconoce que corresponde a cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.

En Colombia, la Constitución Política de 1991, consagraría la salud dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, ello en el capítulo 2 del Título II, denominado *de los derechos, las garantías y los deberes*. En vigencia de la mencionada constitución, Colombia vivió la implementación de un sistema general de seguridad social en salud, regulado principalmente por la Ley 100 de 1993. El modelo que planteaba este sistema, sufrió una constante crisis hasta la actualidad, que no ha sido negada por ninguno de los actores del mismo. Al tratase de un modelo de aseguramiento basado en la participación del capital privado, siempre se mantuvo un constante choque entre la idea de derecho pleno, real y material a la salud, y la protección del interés privado. Igualmente, el modelo neoliberal, que mira al Estado como una *empresa* que debe someterse a una regla fiscal, fomentando la privatización de todos los servicios sociales, también constituyó otro factor de choque. Un aspecto muy curioso fue que Margaret Thatcher[15], quien en Inglaterra implementó las políticas del neoliberalismo, no impulsó el desmantelamiento del servicio nacional de salud británico (Gorsky, 2008), el cual provee los servicios médicos que requieren los ingleses, de manera universal, casi de manera gratuita.

No obstante, las ya mencionadas dificultades que afrontó el derecho a la salud en Colombia, la jurisprudencia Constitucional jugó un papel fundamental en hacer primar los principios del estado social y democrático de derecho, consagrados en el Título I de la Carta Magna, denominado *De los principios fundamentales*. Allí se consagran los cuatro principios fundamentales que rigen esta forma de organización política, a saber: (i) el de igualdad, (ii) el de dignidad humana, (iii) el del trabajo y (iv) el de la solidaridad. En virtud de estos principios, el Estado Social de Derecho tiene entre sus finalidades más importantes, garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales, entre los que cobran especial relevancia, los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, el derecho a la

14 La Segunda Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena, los días 14 y 25 de junio de 1993. Para mayor comprensión véase: http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml

15 Primera ministra del Reino Unido desde 1979 a 1990.

salud; brindar especial protección a los más débiles y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y la redistribución.

Todo lo anterior implicó que los conflictos que se generaron entre los ciudadanos, y los actores del sistema de salud, incluyendo las EPS, ARS, y las direcciones seccionales de salud a nivel departamental, por la negación, dilación o deficiente prestación de servicios médicos, se resolvieran principalmente a través de la acción de tutela. Este hecho provocó un desarrollo conceptual del derecho a la salud que ocurrió en un periodo de casi 20 años.

Esta evolución jurisprudencial, está resumida en la sentencia T-760 de 2008, M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinoza, así:

> En un primer momento, la Corte Constitucional consideró que la acción de *tutela era una herramienta orientada a garantizar el goce efectivo de los derechos de libertad clásicos y otros como la vida*[16]. No obstante, también desde su inicio, la jurisprudencia entendió que algunas de las obligaciones derivadas del derecho a la salud, *por más que tuvieran un carácter prestacional y en principio fuera progresivo su cumplimiento, eran tutelables directamente, en tanto eran obligaciones de las que dependían derechos como la vida o la integridad personal, por ejemplo*[17]. Esto ha sido *denominado la tesis de la conexidad: la obligación que se deriva de un derecho constitucional es exigible por vía de tutela si esta se encuentra en conexidad con el goce efectivo de un derecho fundamental*[18]._La Corte Constitucional ha señalado pues, que hay órbitas de la protección del derecho a la salud que deben ser garantizadas por vía de tutela, por la grave afección que implicarían para la salud de la persona y para otros derechos, expresamente reconocidos por la Constitución como 'derechos de aplicación inmediata', tales como la vida o la igualdad.

Posteriormente, la jurisprudencia nacional acogió la tesis de los organismos internacionales, que sostiene que la salud constituía un derecho básico o fundamental, que finalmente sería la definición que del mismo se tiene hoy. En la misma sentencia T-760 de 2008, se revocó la tesis de la conexidad del derecho social y cultural con uno fundamental para que procediera el amparo del derecho a la salud, mediante la siguiente forma:

> Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud 'en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal', para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'. *Para la jurisprudencia constitucional*[19] "(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.

Esta ubicación del derecho a la salud, como derecho fundamental autónomo, aunque llegaría tarde a Colombia –año 2008, cuando desde la década del 90 ya se había definido así por la comunidad internacional–, implica hoy día una base fundamental que será el instrumento sobre el cual se tendrá que edificar cualquier política pública sobre el derecho a la salud que pretenda realizar el Estado Colombiano. Una visión como la plasmada en nuestro ordenamiento jurídico implica hoy y hacia futuro, un reto, pues los conflictos entre una visión garantista y material del derecho a la salud, y un mundo neoliberal, e individualista, solo se resolverán de acuerdo a los factores reales de poder en la sociedad. No obstante, con la conceptualización de la salud, como derecho fundamental, la humanidad ya tiene a hoy, después de 200.000 mil años de historia, una batalla ganada, pues hoy la salud se erige como un elemento de la naturaleza humana inalienable, que así el Estado y la sociedad no lo reconozcan, estará allí presente para recordar que está siendo vulnerado.

16 La cursiva es nuestra
17 Ídem.
18 Ídem.
19 La cursiva es nuestra.

Referencias

Alexis, T. (2005). *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Madrid: Alianza Editorial.

Arsuaga, J. L. & Martínez, I. (1998). *La especie elegida*. Madrid: Temas de Hoy Colombia.

Corte Constitucional (2008). Sentencia T-760. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789. Recuperado en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/410/11.pdf

Declaración de Derechos humanos. Recuperado en: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

Dwivedi, G. Dwivedi, S. (2007). History of Medicine: Sushruta – the Clinician – Teacher par Excellence. *The Indian Journal of Chest Diseases & Allied Sciences* (National Informatics Centre), 49(4), 240-455.

Fernández, R. (1966). *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris*. Madrid: Trotta

Gorsky, M. (2008). The British National Health Service 1948-2008. A *Review of the Historiography, Social History of Medicine*, 21(3), 437–460.

Klimovsky, G. (1997). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. Buenos Aires: A-Z Editora.

Lain, P. (2006). *Historia de la medicina*. Madrid: Masson.

Landivar, J. Landivar, M. & Prieto, M. (2004). *Historia de la medicina*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Lubbock, J. (1987). *Los orígenes de la civilización y la condición primitiva del hombre*. Barcelona: Alta Fulla

Ley 129 de 1931. Recuperado en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0129_1931.htm

OMS (1946). Conferencia Internacional de Salud. Recuperado de http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

OMS (2008). Determinantes sociales de la salud. Recuperado de http://www.who.int/social_determinants/es/

ONU (1993).*Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*, Viena-Austria. Recuperado de http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml

OPS (1978). *Declaración de Alma-Ata*. Recuperado de http://www1.paho.org/spanish/dd/pin/almaata_declaracion.htm

Rosner, F. (1995). *Medicine in the Bible and the Talmud: Selections from Classical Jewish sources*. New Jersey: KTAV Publishing House.

Sameh, M, (2015). *Medicine in Ancient Egypt*. Recuperado de http://www.arabworldbooks.com/articles8c.htm

Steven, J. (2008). *El mapa fantasma*. Madrid: Ilustrae

Alcances y límites al control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercido por el Consejo de Estado de Colombia

Jorge Alberto Botero Díaz[*]
Javier Augusto Marín Vanegas[**]
Julio Enrique Maury Ramírez[***]

Resumen: En este artículo se analizan, a la luz del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia, en qué consiste y cómo el control jurisdiccional de los actos administrativos de carácter disciplinario es ejercido por parte del Consejo de Estado, a fin de comprender cuál es su alcance, cómo considera la valoración probatoria que el operador disciplinario ejerció sobre los procesos de doble instancia, si se da un debate sobre la prueba bajo nuevos parámetros y si este control tiene algún límite. Finalmente, a partir del análisis de casos, es identifican qué fundamentos ha tenido en cuenta el Consejo de Estado para modificar algunas sanciones disciplinarias.

Palabras clave: Acto administrativo disciplinario, control de legalidad, control disciplinario, control jurisdiccional, debido proceso, derecho disciplinario.

Abstract: This article discusses, in the light of law, doctrine and jurisprudence, it is and as it exercised judicial review of administrative acts of disciplinary by the Council of State, to understand what their scope, as considers the evidentiary assessment that disciplinary operator exercised in double instance processes, if a debate about the test under new parameters is given and if this control has a limit; finally, from the analysis of cases, foundations have had to modify some disciplinary sanctions.

Keywords: Administrative Act Disciplinary, Control of Legality, Disciplinary Control, Judicial Control, Due Process, Disciplinary Law.

Introducción

Una de las manifestaciones más importantes del Ius puniendi del Estado es su potestad disciplinaria, la cual tiene como objetivo prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el cumplimiento de los deberes que se le imponen a los servidores públicos, que afecten el buen funcionamiento de la administración pública o que no permitan que se logren los objetivos de la función pública, en el marco de los principios que rigen su desempeño, tales como: eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros que deben orientar sus actuaciones. Para ejercer esas facultades sancionatorias, la Carta Fundamental ha designado esta importante labor a la Procuraduría General de la Nación, el derecho disciplinario, como especie del género del derecho sancionador, ha evolucionado hasta obtener un espacio

* Contador Público de la Universidad de Antioquia y Magister en Administración de la Universidad de EAFIT. Este artículo es el resultado del trabajo de grado para optar por el título de abogado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado IUE, 2015. E-mail: tiocolombia@gmail.com

** Tecnólogo en telecomunicaciones. Este artículo es el resultado del trabajo de grado para optar por el título de abogado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la IUE, 2015. E-mail: J.marinv@hotmail.com

*** Este artículo es el resultado del trabajo de grado para optar por el título de abogado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la IUE, 2015. E-mail: mauryramirez1@hotmail.com

autónomo e independiente con un propósito específico, dirigido a la protección de la organización y funcionamiento del Estado y a garantizar el cumplimiento de los fines del mismo a partir del control de la conducta de los servidores públicos y particulares con función pública que lo afecten. Dicha autonomía ha gozado de pleno reconocimiento por parte de la Corte Constitucional, contenido en diversas sentencias tal como se afirma, por ejemplo, en la Sentencia C-769 de 1998, al referirse al derecho penal y citada por Gómez (2007, p.): "Sin embargo la remisión a los institutos de ese derecho solo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, *habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico*[1]"

Se considera que una dogmática de la sanción disciplinaria debe incorporar los lineamientos propios del debido proceso, por lo cual no puede aplicarse sanción que no haya estado contemplada por el legislador. Asimismo, dicha sanción debe hacerse necesariamente en aplicación del debido proceso y en estricto cumplimiento de las normas procesales disciplinarias. Quienes son sujetos de fallos disciplinarios efectuados por la Procuraduría General de la Nación u otros entes con competencia sancionatoria, pueden, con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuyo órgano de cierre es el Consejo de Estado. El control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios sancionatorios en dicha jurisdicción encuentra soporte constitucional en el artículo 116 en armonía con el 236 y siguientes.

A partir del año 2013, en el Consejo de Estado se consolidó una línea jurisprudencial que dejaba en claro que no era posible extender en la Jurisdicción Contencioso Administrativa el debate probatorio surtido en el trámite disciplinario y tampoco anular por mínimos defectos procedimentales (Consejo de Estado, 2010. Radicado número 1384-06; Consejo de Estado, 2011. Radicado número 0532-08; Consejo de Estado, 2013. Radicado número 00121-00).

Posteriormente, se adopta una posición jurisprudencial sustancialmente distinta que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar un control sustantivo pleno que busca materializar, en cada caso concreto, la garantía de los derechos constitucionales. Es así como en la aplicación de esta nueva línea conceptual, se presentaron casos como el del Dr. Fabio Alonso Salazar Jaramillo, exalcalde de la ciudad de Medellín (Consejo de Estado, 2014. Radicado número 0263-13), y el del miembro de la Policía Nacional, Víctor Virgilio Valle Tapia, (Consejo de Estado, 2014. Radicado número 2746-12) en los que se cambian los fallos sancionatorios precedentes emitidos por los entes sancionadores, Procuraduría General de la Nación y Policía Nacional, respectivamente.

De dichos fallos surge, en la práctica, un problema jurídico que plantea múltiples interrogantes frente al alcance y límites del control ejercido por el Consejo de Estado frente a los fallos disciplinarios, a saber: ¿Se controla o se sustituye a la administración?, ¿Se viola el Derecho de defensa al cambiar la falta por la que se sancionó?, ¿Se respeta la doble instancia?). De igual manera, mediante los fallos expuestos arriba, en opinión de algunos, se atenta contra la autonomía del derecho disciplinario y los preceptos constitucionales y legales que la rodean, aspecto que deja en entredicho la posición ratificada hasta la fecha en la que se afirma categóricamente que la tarea del juez contencioso no puede ser una tercera instancia del juicio disciplinario.

1 La cursiva es nuestra.

Así, en el presente artículo se pretenden analizar los alcances y límites del control de los actos administrativos de carácter disciplinario ejercidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cabeza del Consejo de Estado. Para ello hemos dividido el contendido así: en primer término, abordáremos algunos aspectos del acto administrativo disciplinario (Naturaleza, principios que rodean el proceso disciplinario, la falta disciplinaria, sus sanciones y recursos); en segundo término, tendremos el alcance del control jurisdiccional y un análisis de sus límites a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional y en un tercer orden se abordarán en mayor profundidad los fundamentos jurisprudenciales y fácticos que se desprenden de esas sentencias en que se cambiaron las sanciones disciplinarias de que fueron objeto los actores de los casos especiales anteriormente mencionados. Al cierre, se hará la discusión sobre el problema jurídico expuesto y se presentarán las conclusiones respectivas.

2. Actos administrativos disciplinarios y algunos aspectos procesales

2.1 Naturaleza jurídica del acto disciplinario

Se ha resaltado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria, en los ámbitos interno y externo a la administración pública. De hecho, se parte de la base de que en la jurisprudencia constitucional el poder disciplinario es una manifestación del derecho administrativo sancionador.

El Consejo de Estado en Sentencia de 2013. Radicado número 0390-2011 expone:

> Para el Consejo de Estado resulta indudable que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, *constituyen ejercicio de función administrativa*[2], y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función sui generis o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis- se trata de actos administrativos que tienen, por definición, control judicial.

La naturaleza administrativa del derecho disciplinario reside en que tiende a preservar la organización de la administración pública y a garantizar su funcionamiento, toda vez que busca mantener el orden institucional, motivo por el cual está llamado a unos sujetos determinados, es decir, a quienes tienen especial relación de sujeción con aquella.

2.2 Principios aplicables al proceso disciplinario

Si bien el proceso disciplinario se encuentra sujeto a la debida y efectiva aplicación de todos los principios constitucionales y legales que lo fundamentan y, de manera especial, los establecidos en el título I del Código Único Disciplinario, nos ocuparemos de tres de ellos, que consideramos relevantes para abordar el tema del control jurisdiccional de los fallos disciplinarios, a saber: legalidad, debido proceso y proporcionalidad.

2.2.1 Legalidad: El Principio de Legalidad establece que tanto las prohibiciones como los distintos tipos de faltas disciplinarias que se puedan imponer a servidores públicos y a particulares que ejercen función pública, siempre deben estar con anterioridad a la falta cometida, determinadas en una norma legal. De este modo, el principio de legalidad constituye una garantía prevalente para el disciplinado, ya que limita la discrecionalidad del operador disciplinario en la labor de adecuación de la conducta realizada a la

2 La cursiva es nuestra.

conducta sancionada (tipicidad), con lo cual debe ser bastante objetivo y concreto al momento de establecer la ilicitud sustancial, fundamento de la responsabilidad disciplinaria.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional:

> El principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos (Corte Constitucional, sentencia C-475 de 2004).

Así las cosas, por el principio de legalidad, le corresponde a la jurisdicción proteger al disciplinado de la arbitrariedad, la desmesura, la iniquidad, la ilegalidad de las conductas de la administración, cuando en dicho proceso se vean comprometidos derechos de rango constitucional.

2.2.2 Debido proceso: Tal como sostiene Sáenz Rodríguez (2010), al citar a Quiroga (2003), "El debido proceso es la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado" (Saenz, 2010, p.45).

También se ha afirmado que respecto a la naturaleza jurídica del debido proceso, se le considera un principio procesal, una garantía procesal y un derecho fundamental.

La Ley 734 de 2002 lo trae en su artículo 6 como uno de sus principios rectores y a su vez este se materializa a través del cumplimiento de otros principios o presupuestos procesales tales como: principio de la legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, principio de publicidad, derecho a la defensa, derecho de contradicción y controversia de la prueba, principio de la doble instancia, presunción de la inocencia, principio de imparcialidad, principio de *non bis in ídem* (No dos veces por lo mismo), principio de cosa juzgada y prohibición de no *reformatio in pejus* (reformar en peor o reformar en perjuicio).

Según la Ley 734 de 2002, la violación al debido proceso puede traer como consecuencia una declaratoria de nulidad (artículo 143 y siguientes) o de revocatoria (artículo 122 y siguientes). De allí la importancia de que las instituciones, organismos y personas que aplican procesos disciplinarios deben contar con la preparación e idoneidad suficientes para asegurar al disciplinado la certeza, la justicia y la legitimidad de su resultado.

2.2.3 Proporcionalidad: El principio de proporcionalidad para el derecho disciplinario, con claros orígenes en el derecho penal, es entendido como una correspondencia o coherencia entre la conducta y la sanción.

La importancia del principio de la proporcionalidad ha sido destacada por las Altas Cortes las cuales han emitido múltiples pronunciamientos que instan a la Administración Pública a la aplicación efectiva de dicho principio, a fin de lograr una recta y eficiente actuación de los funcionarios públicos sin que se presenten arbitrariedades en el proceso para el ejercicio del derecho disciplinario.

El Consejo de Estado afirma:

> El derecho disciplinario se somete al principio constitucional de proporcionalidad, que *hace parte de uno más general conocido por la doctrina como "prohibición de exceso.*[3]" Consiste, en los términos

3 La cursiva es nuestra.

> del artículo 18 de la Ley 734 de 2002, en que la sanción debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y debe graduarse aplicando los criterios establecidos en esa misma normativa. Llama la atención la relación existente entre éste y el principio de proporcionalidad, pues *"la pena proporcional a la culpabilidad, es la única pena útil"*[4] (Consejo de Estado. 2013. Radicado número 0833-10).

Y la Corte Constitucional, nos aclara esa relación de coherencia que existe en la aplicación de dicho principio, así:

> En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, *la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad*[5] (Corte Constitucional sentencia C-125 de 2003).

Las sanciones que se derivan de la inobservancia a las reglas de comportamiento deben perseguir un fin legítimo, ser adecuadas y necesarias para su realización y guardar la debida correspondencia de medio a fin entre la conducta y la sanción.

2.3 La falta disciplinaria

2.3.1 Estructura de la falta disciplinaria: Nos aclara la dogmática del derecho disciplinario que son tres los elementos que estructuran la falta disciplinaria: la tipicidad de la conducta, la ilicitud sustancial y la culpabilidad.

La tipicidad corresponde a un juicio de adecuación de la conducta desplegada del servidor público o particular que ejerce funciones públicas al tipo disciplinario:

> "la acción disciplinaria es consecuencia de las relaciones especiales de sujeción, como resultado del incumplimiento de un deber; de la incursión en una prohibición; de una extralimitación o de la violación del régimen de inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses" (Ordoñez, 2009, p. 35).

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, cuales son: Moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, eficiencia, disciplina, entre otros.

La culpabilidad debe ser entendida en dos sentidos: como principio y como categoría dogmática.

Como principio se entiende que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y ello es aclarado por la Corte Constitucional en su sentencia C-626 de 1996 cuando al respecto afirmó que:

> La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga.

Dolo y culpa son, en consecuencia, expresiones del principio de culpabilidad.

En cuanto a la culpabilidad como categoría dogmática, esta corresponde a un juicio de reproche. En otras palabras, se trata del simple reproche que se le hace al sujeto disciplinado por haber actuado de manera típica –tipicidad disciplinaria– y antijurídica cuando podía y debía actuar de otra manera, tal como el derecho se lo exigía (concepto de la exigibilidad del comportamiento diverso).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del proyecto de ley del Código General Disciplinario (incluir fecha y página), una

4 Ídem

5 El subrayado es nuestro.

conducta es considerada disciplinariamente dolosa cuando "el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización" (Congreso de la República de Colombia, 2014).

La culpabilidad es desarrollada por el Código Disciplinario Único en el parágrafo del artículo 44, así:

> Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. (Ley 734 de 2002)

Por lo anterior, se concluye que la culpa leve es impune.

2.3.2 Sanciones: Las decisiones disciplinarias, respecto a la responsabilidad disciplinaria, se traducen en una exoneración (ausencia de responsabilidad) o sanción (responsable disciplinariamente).

Las faltas se clasifican, según el artículo 42 de la ley en *gravísimas, graves* y *leves*. Las clases de sanciones, a las que están sometidos los servidores públicos, dependen igualmente del grado de culpabilidad, según el artículo 44:

i) Destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

iii) Suspensión para las faltas graves culposas.

iv) Multa para las faltas leves dolosas.

v) Amonestación escrita para las faltas leves culposas.

2.4 Nulidad y revocatoria directa de los de los fallos sancionatorios

Es importante recordar que antes de recurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existen dos figuras que tienen la capacidad, en unos casos, de corregir situaciones anómalas de los procesos disciplinarios y, en otros, de rectificar, de manera directa por parte de la administración pública, sus propios actos cuando estos son contrarios a la legalidad. Dichos actos son la nulidad y la revocatoria directa.

Los fallos disciplinarios pueden ser susceptibles de nulidad de conformidad con el artículo 143 y siguientes de la Ley 734 de 2002, cuando se cumplen los preceptos que la regulan y se presentan las causales: i) falta de competencia del funcionario para proferir el fallo; ii) la violación del derecho de defensa del investigado; y iii) la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Este será el procedimiento señalado por el funcionario competente quien ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

Respecto a la revocatoria directa, el Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicado número 4983-05, aclara dicho concepto:

> En nuestro ordenamiento contencioso la revocatoria directa está concebida como una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales (...) *Revocatoria directa en materia disciplinaria*[6]. En materia disciplinaria, la revocatoria directa constituye una excepción a la estabilidad de la decisión ejecutoriada que pone fin al proceso disciplinario, y su existencia se justifica por la impor-

6 Subrayado incluido en texto original

> tancia de los valores que busca proteger relacionados con la legalidad, la libertad de los administrados y la justicia (Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicado número 4983-05)

Los fallos disciplinarios pueden ser objeto de revocatoria cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deben fundarse, tal como lo establecen los artículos 122 y siguientes de la Ley 734 de 2002.

Son pues la nulidad y la revocatoria directa dos controles internos en la aplicación del derecho disciplinario, que decantan el asunto de la legalidad y debido proceso antes de pasar a instancias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. Control jurisdiccional de los actos administrativos

De conformidad con el artículo 149 número 2 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

> De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional (...) También conocerá de las demandas que en ejercicio de la indicada acción, y sin atención a la cuantía se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo Director del Ministerio Público .

Son profusas las sentencias que podemos encontrar por parte del Consejo de Estado sobre el derecho disciplinario y a las cuales se refiere Roa (2010) cuando afirma:

> No cabe duda que, según lo expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado durante los últimos años, ha existido un importante avance en las interpretaciones de las reglas disciplinarias, sus fundamentos y principios, lo cual evidencia un ejercicio hermenéutico acorde con las nuevas tendencias del Derecho Constitucional. (p.121)

En el aparte anterior se hace un reconocimiento explícito a los aportes que frente al derecho disciplinario y su dogmática ha efectuado dicha corte.

3.1 Alcance del control jurisdiccional

A pesar de que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad la cual traduce que estos se ajustan a las normas y a la constitución, dicha presunción puede ser desvirtuada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando dichos actos son demandados a través de los medios de control pertinentes para ello. Esta presunción de legalidad tiene consagración en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011):

> Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos *se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*[7]. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse *hasta tanto se resuelva* definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

El control jurisdiccional es la facultad que tiene la Jurisdicción Contencioso Administrativa para velar por la protección de las garantías básicas (reconocimiento de normas, derechos fundamentales y garantías constitucionales), que se desprenden del trámite adelantado por la entidad competente que realiza la investigación, valoró las pruebas y entrega el fallo disciplinario. Respecto al alcance de este se deben considerar las siguientes precisiones:

i. Únicamente las decisiones de la administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos

7 La cursiva es nuestra.

de trámite que hacen imposible continuar dicha actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Consejo de Estado. 2013. Radicado número 1052-09).

ii. Los fallos de primera y segunda instancia o los de única instancia son actos disciplinarios demandables, en los casos en que no procede la segunda instancia. Para el caso de los fallos disciplinarios, se considera como medio de control procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se encuentra regulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.1 Control de legalidad: Desde el año 1996, el Consejo de Estado se pronunció sobre el alcance del control de legalidad en los siguientes términos:

> El juez de la legalidad del acto, debe verificar si la interpretación jurídica efectuada por el titular de la acción disciplinaria se enmarcó dentro de los parámetros hermenéuticos, o si excedió los límites de la actividad disciplinaria. *No se trata de que el control de legalidad de ese acto administrativo de naturaleza especial sea un control restringido*[8], pero siendo el procedimiento disciplinario un verdadero procedimiento, con etapas, partes, formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, fallo, etc., *el control judicial contencioso administrativo de ese acto definitivo no puede constituir una instancia más dentro de la actuación*[9].

La Sala Plena reconoce, en este punto, una línea jurisprudencial y reitera que:

> El proceso de control jurisdiccional de los actos que imponen sanciones disciplinarias, *no es una tercera instancia en la que se pueda abrir nuevamente el debate probatorio para suplir las deficiencias del proceso disciplinario*[10], (…) No puede tildarse de ilegal una decisión que se adopta con base en las pruebas que obran en un proceso disciplinario, donde el inculpado interviene y ejerce en su favor los medios de defensa que el ordenamiento jurídico le permite (…) (Consejo de Estado, 1996. Sección Segunda. Sentencia del 8 agosto de 1996.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado destaca dos aspectos respecto al alcance del control de legalidad: i) el control de la actividad disciplinaria no es una tercera instancia, y ii) no puede hacerse un debate, examen o valoración probatoria como ocurre en la actuación disciplinaria.

3.1.2 Valoración de pruebas: La posición de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con respecto a las pruebas es la de verificar que el recaudo de estas, en el trámite disciplinario, esté ajustado a las garantías constitucionales y legales y que no se haya vulnerado el ejercicio del derecho a la defensa. En relación con esto, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente forma:

> Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, *verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas*[11], es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, *a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales*[12], o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. No obstante, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, *no puede erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagran-*

8 La cursiva es nuestra.
9 Ídem
10 La cursiva es nuestra.
11 Ídem.
12 Ídem.

> *temente el debido proceso, o que la apreciación que de esas pruebas haya hecho el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad*[13]. Por lo mismo, el control jurisdiccional del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de las mismas pruebas con la pretensión de ser más agudas y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el Código Disciplinario Único y es en principio ajena a la actividad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Consejo de Estado, 2010. Radicado número 1384-06).

Esta posición jurisprudencial fue complementada con precisiones adicionales, tal como se observa en su sentencia del 18 de agosto de 2011, en la que afirmó:

> Todo lo anterior implica que *en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa*[14], (…).
>
> (…) Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional. Por ello, *cuando el asunto se traslada y emerge el momento del control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario*[15]". (Consejo de Estado. 2011. Radicado número 0532-08.

Bajo esta línea conceptual, la Sala Plena, retomando la jurisprudencia de la Sección Segunda, unificó la jurisprudencia al exponer que no es posible extender, en la jurisdicción, el debate probatorio surtido en el trámite disciplinario, y tampoco anular por mínimos defectos procedimentales. Así, "solo es posible anular por deficiencias relevantes en cuanto a garantías fundamentales" (Consejo de Estado, 2013. Radicado número 00121-00).

Podemos afirmar, bajo la jurisprudencia expuesta hasta el momento, que si bien se parte de la presunción de legalidad de los actos administrativos disciplinarios, y que el juicio disciplinario presuponen el respeto de los derechos constitucionales fundamentales del disciplinado, tales como el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, en el escenario del control jurisdiccional enmarcado en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas. Dicho de otro modo, la acción de nulidad resulta ser un momento adecuado para la exclusión de la prueba, cuando esta sea manifiestamente ilícita.

3.2 Límites al control de legalidad jurisdiccional

No obstante lo planteado por el Consejo de Estado sobre la definición de los límites al control jurisdiccional y la precisión de la labor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se realiza a los actos administrativos de carácter disciplinario emitidos por las autoridades administrativas disciplinarias y por la Procuraduría General de la Nación, parte de la doctrina ha advertido que el control de estos actos debe tener límites con respecto a la valoración de la prueba que el operador disciplinario recolectó y que fue fundamental para la toma de una decisión, valoración e interpretación que debe ser reconocida al operador disciplinario en el ámbito de control de su decisión.

13 La cursiva es nuestra.

14 Ídem.

15 La cursiva es nuestra.

Frente a esta disyunción de lo que puede o no puede hacer y hasta dónde puede llegar, es valioso recordar que la Corte Constitucional ha expresado que una de las garantías mínimas del debido proceso al que tiene derecho el disciplinado es el control pleno por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que ese control jurisdiccional no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance.

Al respecto la sentencia T-060 de 2009 expone:

> *Tampoco considera válido la Sala concluir que la autoridad de lo contencioso administrativo*[16], al velar por la legalidad y constitucionalidad de la actuación disciplinaria, *se halle impedido para realizar en el marco de su actuación judicial una interpretación de la norma legal disciplinaria, basado en la consideración de que tal función interpretativa es propia del juez disciplinario, titular de la función disciplinaria, no del juez administrativo*[17].
>
> (…) *Y esta actuación no significa invasión de la órbita sancionadora de la entidad que viene enjuiciando disciplinariamente a uno de sus funcionarios*[18] (Corte Constitucional, sentencia T-060 de 2009).

Es así como a partir del 19 de agosto de 2010, en un fallo emitido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, esta corporación, aplicando los mandatos de la Carta Fundamental, presenta un importante punto de quiebre en la línea conceptual sostenida hasta el momento. En otras palabras, el Consejo de Estado en dicha sección, rechaza una postura restrictiva que limita las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias emitidas por las entidades de control interno disciplinario y por la Procuraduría General de la Nación. Este punto de quiebre se efectúa con base en principios de jurisdicción rogada, y en reemplazo se adoptó una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar un control, sustantivo y adjetivo, pleno e integral que permita materializar en cada caso concreto el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución (Consejo de Estado, 2010. Radicado número 1146-05).

En esta misma línea, en sentencia del 2 de mayo de 2013, el Consejo de Estado amplia los conceptos sobre el control jurisdiccional pleno e integral de los actos administrativos de carácter disciplinario, exponiendo que bajo ninguna perspectiva este control será restringido, limitado o formal y que, de igual forma el juez contencioso no carece de facultades de valoración de las pruebas:

> El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación *es un* ***control pleno e integral****, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable*[19], y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.
>
> (…) *no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento*[20]; y también ha explicado

16 La cursiva es nuestra.

17 Ídem.

18 Ídem.

19 La cursiva y la negrilla son nuestros.

20 La cursiva es nuestra.

> que el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes. (Consejo de Estado. 2013. Radicado número 2218-10).

Posteriormente, en sentencia del 21 de noviembre del año 2013, el Consejo de Estado, conservando esta misma línea, enfatiza que:

> ***No hay límites formales*** *para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación*[21], salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. (Consejo de Estado. 2013. Radicado número 0649-11, p.)

De esta manera, el Consejo de Estado, desde el año 2010 hasta la fecha, ha venido robusteciendo su posición conceptual y deja claro que el poder jurisdiccional de las decisiones disciplinarias tomadas por las oficinas de control interno disciplinario y por la Procuraduría General de la Nación debe tener un control pleno e integral y no restringido o limitado. Asimismo, este reciente postura conceptual por parte del Consejo de Estado, abandona una posición restrictiva que limitaba las facultades del juez con base en unos principios de jurisdicción rogada, en cuyo caso el juez únicamente estaba obligado a resolver los asuntos que las partes ponían a su consideración. De lo anterior se sigue que el juez no podía pronunciarse sobre lo que no fuese sometido a su decisión y, en cambio, tomaba una posición que le permitía tener un control pleno e integral de dichos actos administrativos, mediante la aplicación de los mandatos de la Constitución y la ley y el ofrecimiento de mayores garantías a los disciplinados.

3.3 Fallos del Consejo de Estado que modifican sanciones disciplinarias

3.3.1 Sentencias que implicaron cambios de sanciones disciplinarias (análisis de casos):

Sentencia 1: Consejo de Estado, Sección segunda. Subsección B, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e). Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil catorce (2014). - radicación número: 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12). Actor: Víctor Virgilio Valle Tapia.

Caso: El policía, Víctor Virgilio Valle Tapia, se ausentó por unos minutos del CAI con el fin de retirar un dinero en un Banco cercano para pagar sus servicios públicos, sin avisar a sus superiores.

Decisiones disciplinarias: Primera Instancia: Fallo Disciplinario de 23 de julio de 2007, expedido por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional (Departamento del Atlántico), a través del cual sancionó al señor Víctor Virgilio Valle Tapia con *destitución e Inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de 10 años*. Segunda Instancia: Fallo Disciplinario de 1 de agosto de 2007, expedida por el Inspector Delegado de la Región Ocho de la Policía Nacional quien confirmó el anterior acto administrativo; y la Resolución N° 03203 de 3 septiembre de 2007, dictada por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ejecutó el correctivo impuesto, retirando al actor del servicio.

Fundamentos jurídicos del fallo: de acuerdo con la conducta del Señor Víctor Virgilio Va-

21 La cursiva y la negrilla son nuestros.

lle Tapia, con base en los medios de prueba allegados, el fallador encuadró la conducta en el artículo 34, numeral 27 de la Ley 1015 de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional)[22], que establece como falta gravísima "Ausentarse del lugar de facción" calificándola a título de dolo.

Decisión del Consejo de Estado: Consideró que el demandante no actuó con dolo sino con culpa grave, "por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones", en los términos del parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002:

> **Parágrafo**. Habrá *culpa gravísima*[23] cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. *La culpa será grave*[24] cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Igualmente, en atención al principio de proporcionalidad y, considerando criterios de graduación de la sanción, se determinó que la sanción a la cual era acreedor el señor Víctor Virgilio Valle Tapia, era la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de dos meses e inhabilidad especial por el mismo lapso, la cual se consideraba ya había sido cumplida materialmente por el actor.

Fundamento legal para cambiar el fallo: artículo 187, inciso 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece lo siguiente:

> **Artículo 187.** (...) *Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas*[25].

Fundamentos jurisprudenciales: se destacan los siguientes con su correspondiente explicación:

- Los fallos disciplinarios son actos administrativos que como tales gozan de la presunción de legalidad y además tienen el efecto de *cosa decidida* (por oposición al de *cosa juzgada*), por lo cual se encuentran sujetos en su integridad al control ejercido por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- El control que ejerce la Jurisdicción contencioso-administrativa es un *control pleno* e *integral,* que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable.

- El debate probatorio en sede jurisdiccional contencioso administrativa es esencialmente distinto y cuenta con elementos valorativos específicos, de arraigo constitucional, que son diferentes a los que aplica la autoridad disciplinaria.

- No hay límites formales para el control judicial contencioso administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el tex-

22 La Policía Nacional está facultada para investigar disciplinariamente a los uniformados que pertenecen a esa institución del siguiente modo: en lo sustancial de acuerdo con su régimen especial, contenido en la Ley 1015 de 2006 y, en lo procesal, siguiendo no solo las disposiciones de la citada normativa sino también los principios y las pautas del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002).

23 La cursiva es nuestra.

24 Ídem.

25 La cursiva es nuestra.

to mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables.

- La omisión de cualquiera de las etapas del proceso disciplinario crea un rompimiento al principio del debido proceso.

- Un juicio de responsabilidad, sea en materia penal o disciplinaria, no es completo sin el de la culpabilidad, el cual está a cargo del respectivo fallador.

- El concepto de proporcionalidad nace íntimamente vinculado al de culpabilidad. El principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido.

Fundamentos específicos para el caso:

- Hubo violación del derecho al debido proceso, en tanto que la entidad demandada no efectuó una valoración seria, conjunta, razonada y ponderada de los medios de prueba que conllevaban a una adecuada determinación de la forma de culpabilidad y, en consecuencia, a una sanción sustancialmente menor consistente en la suspensión en el ejercicio del cargo.

- Si se consideran las circunstancias propias del caso concreto, el correctivo impuesto es abiertamente desproporcionado, además de las pruebas documentales y testimoniales aportadas, surgen serios indicios que ponen en duda la imparcialidad de la actuación, por el presunto acoso laboral del cual era víctima el demandante.

- Están demostradas varias circunstancias que conducen a afirmar que la sanción impuesta al demandante fue desproporcionada, y que no se estableció en debida forma la culpabilidad.

- A juicio del Consejo de Estado, sobre la base de un análisis sistemático, ponderado y razonable de los elementos de convicción recaudados, convergen en este caso varias circunstancias de hecho que impiden calificar la conducta cometida por el encartado a título de dolo, como erradamente lo hizo la entidad demandada (Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional). Así, el actor o actuó con dolo sino con culpa grave porque:

  a) el actor no actuó con el ánimo de incurrir en la falta disciplinaria ni de afectar el servicio, sino movido por la urgencia en la que se encontraba por el posible corte de los servicios públicos;

  b) el Banco se encontraba a menos de un kilómetro del sitio de facción;

  c) la diligencia tardó aproximadamente cinco minutos;

  d) el agente dejó encargado del CAI a uno de sus compañeros, tal como lo acredita el Acta de Minuta de Guardia; y

  e) la trayectoria, hoja de vida y tiempo de servicios a la Policía Nacional del señor Valle Tapia.

Sentencia 2: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, subsección A, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo. Demandado: Nación – Procuraduría General de La Nación.

Caso: El señor Salazar entregó al periódico El Colombiano dos fotografías del candidato Luis Pérez acompañado con varias personas,

algunas de ellas aparentemente líderes de grupos ilegales que operaban en las comunas y de paramilitares desmovilizados. Estas fotografías se publicaron en la edición del 7 de octubre de 2011, con el título *"Ilegales apoyan a Pérez: Alcalde"*, y con señalamiento de la identidad de los supuestos infractores en cada foto. El 9 de octubre de 2011, se publicó en El Colombiano una entrevista al Alcalde Salazar. Ante la pregunta *"¿Tiene pruebas de los grupos que están generando inseguridad guiados por grupos políticos?"*. Posteriormente, el 23 de octubre de 2011, en la edición electrónica de El Colombiano, se publicó un artículo en el cual se incluyeron otras declaraciones del Alcalde Salazar.

Los contenidos de dichas publicaciones originaron que el 11 de octubre de 2011 se presentara queja contra el señor Salazar ante la Procuraduría General de la Nación, en la que se señala que con la realización de las declaraciones a la prensa y comentarios en Twitter, así como con la entrega de las fotografías a los medios, el Alcalde había emitido "improperios y acusaciones", "pretendiendo descalificar el comportamiento y conducta pública" contra el señor Luis Pérez Gutiérrez, candidato a la Alcaldía de Medellín. La Procuraduría le imputó al señor Fabio Alonso Salazar Jaramillo el cargo de participación en política, falta tipificada en los artículos 2º de la Ley 130 de 1994, 38-2 de la Ley 996 de 2005, 48-39 del Código Disciplinario Único y por la Directiva Unificada 005 del 5 de abril de 2011 del Despacho del Procurador General de la Nación.

Decisiones disciplinarias: Primera Instancia: Fallo disciplinario del 29 de febrero de 2012, dentro del expediente 2011-381575, emitido por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en el que se sanciona disciplinariamente al Dr. Fabio Alonso Salazar Jaramillo, en calidad de Alcalde del Municipio de Medellín, y se le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por doce (12) años.

Segunda Instancia: Fallo de la Sala Disciplinaria, emitido el 26 de abril de 2012, con radicación 161-5349, IUS 2011-381575, en el que se sanciona disciplinariamente al Dr. Fabio Alonso Salazar Jaramillo, en calidad de Alcalde del Municipio de Medellín, cuyo resultado fue la confirmación integral de la primera instancia.

Fundamentos jurídicos del fallo: De acuerdo con la conducta del Dr. Fabio Alonso Salazar Jaramillo y, con base en los medios de prueba allegados, la Procuraduría General de la Nación lo encontró responsable disciplinariamente de violar los artículos 48-39 y 48-40 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, y los artículos 38-2 de la Ley 996 de 2005, calificando su conducta como una *falta gravísima cometida a título de dolo*. Se consideró, frente al deber violentado, que este correspondió a que *el servidor público mantuviese el equilibrio electoral,* lo que no aconteció, pues su intervención concreta sobre uno de los candidatos vulneró el deber funcional a su cargo. La actuación del Dr. Salazar Jaramillo correspondió a una violación al deber funcional del alcalde referente a las garantías electorales y la no intervención en el debate político._

El fallador, de acuerdo con lo anterior, aplicó, de un lado, el artículo 44 del Código Disciplinario Único el cual establece que la sanción para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima es la de destitución e inhabilidad. De otro lado, el artículo 46 del Código Disciplinario Único que sobre la duración de las inhabilidades generales establece la duración entre 10 y 20 años.

Decisión del Consejo de Estado: En este caso, se considera que el deber incumplido por el señor Salazar, que a su turno causó la

incursión en falta disciplinaria, fue el consagrado en el artículo 34-5 del Código Disciplinario Único, a saber:

> **Artículo 34**. Son deberes de todo servidor público:
>
> (...) 5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.

Justificaciones: Bajo las consideraciones de: 1) contexto en el cual tuvo lugar la entrega de la información y las declaraciones; 2) formación, experiencia y conocimiento del régimen de deberes y prohibiciones en su calidad de alcalde; y 3) las declaraciones durante el proceso; la corte considera que el señor Salazar obró con imprudencia y con un grado de culpa leve al haber entregado información y documentación al periódico El Colombiano. Como consecuencia de lo anterior, según la providencia, se establece que el deber incumplido fue el de guarda y custodia de información y documentación no reservada, y se sanciona con amonestación sin que esto implicara anotación en su hoja de vida.

Fundamento legal para cambiar el fallo: En virtud de lo dispuesto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como parte del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez contencioso-administrativo tiene la facultad de ordenar las medidas que sean procedentes para: (i) restablecer en su derecho a la persona afectada por actos administrativos declarados nulos, y (ii) reparar el daño infligido.

Por su parte, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece el contenido de las sentencias proferidas al término de un proceso judicial contencioso-administrativo, y dispone expresamente en su inciso 3º que "para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas".

Fundamentos jurisprudenciales: La Corte utilizó, además de los argumentos jurisprudenciales ya expuestos en la sentencia anterior, otros, entre los cuales destacamos:

- El control pleno por la Jurisdicción Contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional. En consecuencia, este control judicial contencioso administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance.

- Se aclara, que de lo que se trata, en sede de *nulidad y restablecimiento del derecho*, es de examinar la concordancia objetiva de los actos administrativos proferidos por la autoridad disciplinaria con el sistema jurídico superior que los gobierna y su incidencia sobre los derechos del sujeto disciplinado, y no de determinar los derechos o intereses dispositivos de una autoridad evidentemente obligada a la defensa de los bienes generales.

- La *congruencia* de los actos administrativos que culminan un proceso disciplinario y lo resuelven de fondo es una de las garantías constitutivas del derecho fundamental al debido proceso.

- El proceso de *subsunción típica* –o adecuación típica– de la conducta es una de las piezas indispensables de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado, y por lo mismo, uno de los pre-requisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción.

- Nuestro ordenamiento constitucional puso un énfasis deliberado en el valor de

la libertad del ser humano, el cual permea transversalmente el texto y el espíritu de la Carta Política y obliga a los operadores jurídicos administrativos y judiciales a adoptar una óptica *pro-libertatis*, y un criterio *pro-homine,* en su lectura y aplicación de la Constitución y la ley.

- Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

Fundamentos específicos para el caso: Para la decisión de la Corte de anular parcialmente los actos administrativos sancionatorios de primera y segunda instancia proferidos por la Procuraduría y que declararon responsable al ex alcalde de Medellín, Dr. Alonso Salazar Jaramillo, La Corte determinó que en dicho caso se configuraron tres vicios así:

Primer vicio: falsa motivación jurídica por inconstitucionalidad manifiesta de la interpretación dada a las normas prohibitivas aplicadas al señor Salazar, ya que estas fueron consideradas expansivas.

La Corte considera, en esta sentencia, que la postura de la Procuraduría General de la Nación no solo pareciera ser deliberada sino que es antagónica con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así:

a) Donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional ve una prohibición limitada e impone una lectura restrictiva de las prohibiciones que establecen límites al ejercicio de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio pleno es la regla general, la Procuraduría ve una prohibición absoluta. En consecuencia, se inclina por una interpretación expansiva y maximizante de las mismas normas que excluyen la existencia de esos derechos constitucionales.

b) Donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional ve un derecho fundamental y una autorización expresa constitucional para su ejercicio, la Procuraduría ve un peligro social y una prohibición categórica que no admite excepciones.

c) Donde la jurisprudencia de la Corte Constitucional remite a la cláusula general de libertad en ausencia de una legislación estatutaria, la Procuraduría ve una omisión legislativa que bloquea, en términos absolutos cualquier posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales.

d) Donde la jurisprudencia del Consejo de Estado afirma que no se pueden examinar todos los actos de ciertos funcionarios públicos bajo una óptica incriminatoria que busque la falta disciplinaria de participación indebida en política en cada acto o palabra proferidos en cumplimiento de sus funciones ordinarias, la Procuraduría asume que existe una prohibición total de participación en política sin excepciones constitucionales y legales, y se atribuye la potestad de escudriñar cada movimiento de los servidores públicos para sancionarlos.

e) Donde la jurisprudencia del Consejo de Estado exige una lectura restrictiva de las limitaciones introducidas por la ley de garantías electorales, la Procuraduría ve un dispositivo legal de maximización de las prohibiciones en época electoral y de sus propios poderes de castigo.

Segundo vicio: violación del principio de legalidad por insuficiencia jurídica del proceso de subsunción típica de la conducta del señor Salazar bajo las normas disciplinarias invocadas:

> (…) la Sala observa que el *proceso de subsunción típica o adecuación típica* de la conducta de Alonso Salazar a las normas disciplinarias que fueron invocadas y aplicadas por la Procuraduría *está virtualmente ausente de la decisión disciplinaria de primera instancia, y es marcadamente precario e insuficiente en la de segunda instancia. Ello configura una violación del principio de legalidad*[26].
>
> En efecto, en la anterior argumentación *no hay un proceso técnico-jurídico de subsunción típica de los hechos probados bajo las normas invocadas según éstas se descomponen en sus elementos constitutivos; lo que hay es (i) una apreciación y valoración subjetiva de los hechos probados* atinentes a la situación de fondo de infiltración electoral en Medellín (…) *y (ii) una subsunción de esa apreciación subjetiva de los hechos*[27] –y concretamente de ese argumento reiterativo-, no bajo las normas disciplinarias invocadas, sino bajo una noción amplia e indeterminada de la "prohibición de participación en política" (…).

La corte da gran relevancia al ejercicio de la subsunción típica ya que su omisión o indebida realización conducen a la estructuración de un acto jurídico sancionatorio que no está conforme a derecho y le hacen derivar en una vía de hecho a la autoridad.

Tercer vicio: desproporción manifiesta en las sanciones de destitución e inhabilidad general por doce años.

> (…) *la sanción impuesta al señor Salazar aparece desproporcionada*[28], puesto que su culpabilidad en tanto autor de una conducta disciplinable requiere un elemento modulador necesario de la justicia y templanza de la sanción. La ecuación disciplinaria no fue abordada por el organismo de control dado que su análisis se adentró en estructurar un reproche que tal como ha quedado analizado en este proveído no se acopla con el marco legal y constitucional de los hechos conforme fueron probados en el proceso.
>
> La desproporción en la sanción implicó una violación del artículo 18 del CDU y un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad consistente en la infracción de las normas superiores que gobiernan los actos administrativos sancionatorios demandados (arts. 137 y 138, CDU).

Es de anotar que tal como lo aclara la Corte en su sentencia, evidenciar una desproporción no puede, bajo ninguna circunstancia, significar impunidad frente a una conducta que fue, de algún modo, trasgresora de los deberes y obligaciones de los servidores públicos. De esto se sigue que el juez contencioso, mediante el cuidado de los intereses de la sociedad, establece nuevas medidas en reemplazo de las anuladas.

3.3.2 Análisis y discusión: Luego de haber recorrido el desarrollo jurisprudencial respecto al control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios, vemos que aquellas sentencias, en las que el Consejo de Estado deja explícito que su labor no es una tercera instancia, parecen ser una verdad que concuerda con aquella jurisprudencia inicial en la que se afirmaba que no debía extenderse en la jurisdicción el mismo debate probatorio que debía agotarse en sede del proceso disciplinario. Sin embargo, lo anterior entra en aparente contradicción con la jurisprudencia posterior que ratifica el control pleno e integral, aun en el ámbito probatorio. En consecuencia, han surgido diferentes posiciones desde el ámbito académico y profesional, entre ellas:

Gómez (2011), en el marco de la autonomía del derecho disciplinario, sostiene que el control jurisdiccional:

> No es la instancia para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el CDU y es en principio ajena a la actividad de la jurisdicción (p.153).

26 La cursiva es nuestra.

27 Ídem.

28 La cursiva es nuestra.

Y complementariamente, Roa (2012), amparado en la posición de la Corte Constitucional de que aplicar el derecho sancionatorio constituye administrar justicia en sentido material, considera que:

> la función de control de los actos administrativos disciplinarios no puede asimilarse a aquella que se ejerce frente a los demás actos de la administración, en particular por tratarse de un acto especial derivado de la facultad sancionadora del Estado que tiene respaldo constitucional (arts. 124, 217, 218 y 277 superiores) (p.121).

Se ha sostenido que dichas posturas también son defendidas por doctrinantes como Sánchez Herrera y Ludwina Prieto. Por su parte, López (2014) afirma que:

> Encuentra plenamente justificable que la jurisdicción "controle a plenitud la actividad de recaudo y valoración de la prueba en sede disciplinaria, para establecer si el acto administrativo incurrió en las causales de violación del derecho de audiencias y defensa, infracción de normas superiores y falsa motivación (p.93).

Por lo cual no ve adecuado dotar a las decisiones disciplinarias de algún tipo de *inmunidad* al control judicial.

Moreno (2014) comparte la posición del control pleno e integral por vía jurisdiccional toda vez que la Constitución de 1991 cambió radicalmente el alcance, la dinámica y el enfoque de la función jurisdiccional, y expresa:

> En el actual Estado social de derecho el control de legalidad ha cambiado, ahora está orientado a garantizar la justicia material a través del respeto de los derechos de los ciudadanos y del interés general, en estos casos el nuevo papel del juez exige que si la sanción no es acorde al ordenamiento, ésta se corrija, pero sin que la falta cometida por el funcionario público quede sin recibir la correspondiente acción del Estado (p.94).

Moreno (2014), afirma también que al corregir los errores que se cometieron en el proceso disciplinario, el juez está impartiendo justicia en pro de la prevalencia del interés general y en procura de la estabilidad del sistema.

El grupo investigador, considera adecuada esta última postura, toda vez que de la lectura y análisis de las sentencias anteriormente expuestas se observa que si bien el Consejo de Estado ha dicho enfáticamente que no es una tercera instancia disciplinaria, posición que en principio podría leerse como la más restrictiva sobre el alcance de sus propias competencias, en la práctica ha entrado, de todas formas, a analizar de fondo la prueba y su valoración, cuando se alega que se desconocieron *garantías procesales de importancia fundamental*.

Es por lo anterior que el Consejo de Estado, en unos casos, valorando el cumplimiento del debido proceso, no entra a proferir medidas que reemplazan la sanción impuesta y no entra a debatir la responsabilidad disciplinaria del demandante y solo encuentra procedente la nulidad. Sin embargo, en el contencioso de nulidad y restablecimiento, dicha Corte ve necesario entrar a valorar de fondo, tanto las actuaciones procesales como las pruebas mismas obrantes en el proceso disciplinario y el razonamiento jurídico y probatorio de la Procuraduría o de las autoridades de control interno disciplinario. Con este procedimiento se puede llegar a sentencias que sí reemplazan la sanción impuesta, pero con sustento claro en fallas graves del proceso disciplinario respecto de la legalidad, debido proceso o proporcionalidad de la sanción, entre otros, (situaciones claramente ejemplificadas en las dos sentencias analizadas en detalle).

El control jurisdiccional está, entonces, llamado a hacer respetar las garantías o derechos fundamentales de los disciplinados con independencia de los organismos que los someten a su potestad sancionadora. En este sentido, más allá de tomar medidas para res-

tablecer sus derechos, se trata de preservar el orden jurídico e impartir justicia.

Conclusiones y recomendaciones

Los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, si bien ostentan una categoría especial por sus contenidos materiales propios de la función de administrar justicia, son actos que por su naturaleza jurídica constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos a un control pleno de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso administrativa.

El control de legalidad en el proceso disciplinario es un filtro vital para evitar que los fallos lleguen a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De allí la importancia de la cualificación e idoneidad de los falladores en materia disciplinaria, en su labor de adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, pues por la admisión de los tipos en blanco o abiertos y de los conceptos jurídicos indeterminados, la descripción de las faltas disciplinarias debe ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones entendidas como leyes, normas jurídicas de inferior categoría a la ley cuya existencia se encuentre conforme a la misma o reglamentos internos de entidades, con regímenes disciplinarios, con autorización expresa de la ley.

De conformidad con nuestra pregunta de investigación, a saber: ¿Cuáles son los alcances y límites del control de los actos administrativos disciplinarios ejercidos por el Consejo de Estado?, y luego de la revisión de literatura y, en especial, de la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional en lo pertinente, podemos concluir que:

i) El Alcance del control jurisdiccional está conformado por todas las actividades conducentes a velar por las garantías del proceso disciplinario, a saber: que el acto disciplinario este soportado en normas aplicables al hecho cuestionado; que se dé una adecuada subsunción típica –o adecuación típica– de la conducta a la luz de un criterio sistemático de interpretación normativa; que se reconozcan intereses constitucionales como el debido proceso y el derecho a la defensa, además de verificar que la imposición de la sanción no sea arbitraria o desproporcionada y que esta se funde en una prueba legal y licita.

ii) El Control jurisdiccional tiene la connotación de ser pleno e integral, dado que muestra que la labor del juez administrativo ha evolucionado a partir de nuestra actual constitución para que en aplicación de dicho control no solo centre su atención en aplicar parámetros normativos frente a garantías puramente procesales sino que debe observar las disposiciones sustantivas de la constitución que le resulten relevantes a su análisis y decisión.

iii) No existe un límite para el control jurisdiccional que establezca un punto hasta el cual deba llegar el Consejo de Estado en sede administrativa, pues el fin mismo de proteger los valores constitucionales más relevantes como el debido proceso, derecho a la defensa, y el derecho de contradicción y controversia de la prueba permiten tomar decisiones que van desde decidir la nulidad parcial o total de los fallos administrativos hasta modificar o reemplazar la decisión a fin de restablecer los derechos del disciplinado, incluyendo las indemnizaciones pertinentes cuando sea del caso.

iv) Es perfectamente válido que, frente a casos como los analizados, en los que el fallo denota que este no se ajusta a postulados legales o normativos, ya que no se dio una correcta adecuación típica de la conducta disciplinaria, no se efectuó una adecuada valoración probatoria, no se estableció, en debida forma la culpabilidad, se da una desproporcionalidad en las sanciones impuestas o, en general se dan eventos o se omiten etapas que producen un rompimiento del principio del debido proceso. En este tenor, el Consejo de Estado, en aras de preservar el orden jurídico y de impartir justicia, puede llegar hasta adoptar decisiones disciplinarias de reemplazo, sin que ello configure, como sostiene dicha corte, actuar como un tercera instancia en la aplicación de la ley disciplinaria, ni tampoco implique, como lo interpretan algunos tratadistas y académicos, que debilite o socave la autonomía del derecho disciplinario.

Los fallos disciplinarios, que surgen del ejercicio analítico y hermenéutico que se evidencia en las diferentes sentencias del Consejo de Estado frente al tema del control jurisdiccional, conforman conjuntamente, con las sentencias de la Corte Constitucional respecto a dicho tópico, fuentes valiosas de construcción y desarrollo para el derecho disciplinario. De igual manera, estos fallos permiten fortalecer los procesos del derecho disciplinario y contribuir al logro de los objetivos de la función pública, que no son pocos si consideramos, por ejemplo, la labor de la Procuraduría General de La Nación y realizamos un balance de sus fallos disciplinarios emitidos en los últimos 3 lustros.

Sugerimos se sigan realizando investigaciones que conduzcan a dar mayor y mejor entendimiento frente al control jurisdiccional de los fallos disciplinarios, especialmente en el tema del control de legalidad, ya que este se relaciona con la totalidad del ordenamiento jurídico en relación con diversos aspectos: valores y principios generales, la Constitución, la Ley, el Acto administrativo y los reglamentos. Un buen conocimiento del Acto administrativo y una hermenéutica acorde con las nuevas tendencias del derecho constitucional son factores clave de éxito en el objetivo de impartir justicia.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (2002). *Ley 734 Código Disciplinario Único*. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1015 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1015_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*

Congreso de la República de Colombia. (2014). *Texto conciliado al proyecto de Ley número 195, 55 Senado, acumulado con el proyecto de Ley número 50 Senado*. Bogotá, D.C. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=123&p_numero=195&p_consec=42047

Consejo de Estado. (1996). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 8 de agosto, (S.R.)* Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno

Consejo de Estado. (2010). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B. Sentencia del 18 marzo. Radicado número 25000-23-25-000-2004-02982-01(1384-06)*. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado. (2010). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B, Sentencia del 19 de agosto. Radicado número 76001-23-31-000-2000-02501-01(1146-05)*. Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Consejo de Estado. (2011). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B. Sentencia del 18 de agosto. Radicado núme-*

ro 25000-23-25-000-2007-00753-01(0532-08). Consejero ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia del 7 de febrero. Radicado número 2015206 1100103-25-000-2010-00102-00 (0833-10)*. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 2 de mayo. Radicado número 11001-03-25-000-2010-00265-00 (2218-10)*. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Subsección B, sentencia del 11 de julio. Radicado número 11001-03-25-000-2009-00062-00(1052-09)*. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia del 11 de julio. Radicado número 11001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011)*. Consejero ponente: Lauro Eduardo Montilla Gómez.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 11 de julio. Radicado número 11001-03-25-000-2011-00121-00*. Consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre. Radicado número 11001-03-25-000-2011-00190-00(0649-11)*. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B, sentencia del 20 de marzo. Radicado número 11001-03-25-000-2012-00902-00(2746-12)*. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e).

Consejo de Estado. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 26 de marzo. Radicado número 11001-03-25-000-2013 00117-00(0263-13)*. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Constitución Política de Colombia. (1991). Recuperado en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf/8b580886-d987-4668-a7a8-53f026f0f3a2

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-626 del 21 de noviembre*. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-125 del 18 de febrero*. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-475 del 18 de mayo*. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T-060 del 03 de febrero*. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Gómez, C. A. (2007). *Dogmática del Derecho disciplinario*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gómez, C. A. (2011). El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado del arte". *Revista Derecho Penal y Criminología, XXXII*(92), 115-154. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3804278

López, J. (2014). *Control judicial de las decisiones disciplinarias* (Tesis de maestría en Derecho-Profundización en Derecho Administrativo). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/46512/1/6702157.2014.pdf

Moreno, I. (2014). *Las decisiones disciplinarias de la procuraduría general de la nación y su control de legalidad en la jurisdicción* (Tesis de maestría en Derecho). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C. Recuperado de http://www.bdigital.unal.edu.co/47178/1/Las%20decisiones%20disciplinarias%20de%20la%20Procuradur%C3%ADa%20General%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20y%20su%20control%20de%20legalidad%20en%20la%20jurisdicci%C3%B3n.pdf

Ordoñez, A. (2009). *Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la licitud*. Bogotá, Colombia. Recuperado de https://www.uis.edu.co/webUIS/es/administracion/controlDisciplinario/documentos/DE%20LA%20ILICITUD%20SUS-

TANCIAL%20A%20LO%20SUSTANCIAL%20DE%20LA%20ILICITUD.pdf

Roa, D. A. (2010). *Construcción dogmática del derecho disciplinario. Influencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano*. Bogotá, D.C., Colombia: Ibánez.

Roa, D. A. (2012). La jurisprudencia del Consejo de Estado y sus recientes aportes al derecho disciplinario. *Revista derecho penal y criminología* (94), 97-126. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4262706

Sáenz, D. A. (2010). Derecho disciplinario para los servidores públicos: El debido proceso y su materialización. *Revista principia iuris* (14), 209-224. Recuperado de http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/410/559

La revocatoria directa en el derecho disciplinario y su comparación con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

José Fernando Hoyos García

Henry José Devia Pernia

Resumen: En el siguiente artículo de reflexión jurídica, se hace referencia al procedimiento administrativo de la revocatoria directa que necesariamente termina con la expedición de un acto administrativo, el cual se encuentra regulado en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Sin embargo, la administración goza de prerrogativas como la autotutela donde se permite que ella misma, al adoptar sus decisiones, las pueda hacer cumplir sin la presencia de un juez, hasta el punto que pueda revocar sus propios actos administrativos.

No obstante, a pesar de gozar de tal poder, sus decisiones no son absolutas y, por ende, los particulares o quien se sienta afectado por dicha decisión podrá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa que establecerá la legalidad, o no, del acto administrativo con la posibilidad de desvirtuar las presunciones de que este goza y hacerlo desaparecer del mundo jurídico.

Palabras Claves: derecho disciplinario, acto administrativo, revocatoria directa, existencia, validez y eficacia.

Abstract: The following article by legal reflection, refers to the administrative procedure of direct recall that necessarily ends with the issuance of an administrative act, which is regulated by the code of administrative procedure and administrative litigation. However, the administration enjoys prerogatives as autotutela where she is allowed to take their decisions are enforceable without the presence of a judge, to the point that it can revoke its own administrative acts.

However, despite enjoying such power, their decisions are not absolute, and therefore, individuals or who feel affected by the decision may appeal to the administrative contentious jurisdiction who establish the legality or otherwise of the administrative act with the possibility to rebut the presumptions that this has and make it disappear from the legal world.

Key words: Disciplinary law , administrative act , direct repeal , existence, validity and effectiveness.

* José Fernando Hoyos García, abogado, magíster en Derechos Humanos, candidato a magíster en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Administrativo, docente universitario de la Institución Universitaria de Envigado, y Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.

** Henry José Devia Pernía, licenciado en Filosofía, postgrado en Doctrina Social con énfasis en Ética Social y política, docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado. E-mail: hjdevia@correo.iue.edu.co

Introducción

En primer lugar, debemos partir diciendo que no es pacífica la posición respecto a la autonomía o no del derecho disciplinario; de hecho, en el artículo sobre la naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente?, de Mario Felipe Daza Pérez, se dejó plasmado que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en la sentencia C-769/98, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, expresó que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico; luego, ello fue ratificado en la Sentencia C-769/98, cuando se dijo: "Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal (…)". No resulta admisible, por lo tanto, aplicar las normas penales a lo disciplinario, sin hacer las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades antes anotadas. No obstante, mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios, las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables; aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de estas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario. El tema se vuelve a tocar en las sentencias C-708/99, C-028/06, C-242/10, entre otras

Derecho disciplinario

En materia del derecho disciplinario, el guardián de la Constitución, mediante Sentencia C-030/12, respecto a la potestad sancionadora de la administración, ha dicho

> (…) que esta se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior, tales como los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política.

En efecto, en los artículos 6° y 123 de la Carta Política, consagran que todos los servidores públicos, sin excepción, son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. A su turno, el artículo 92 superior prevé que cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas. Por su parte, el artículo 122 superior establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que el servidor público no puede ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Sin embargo, pese a lo anterior, la posición es que las decisiones que se adopten en materia disciplinaria con la excepción del Consejo Seccional y Superior de la Judicatura, son actos administrativos que se sitúan de manera especial, pero que deben cumplir a plenitud con los elementos de existencia, validez y eficacia de los actos administrativos, y si no se cumple de esta manera, indudablemente se someterán al control sobre los vicios que pueden generar tales inobservancias, y que conocerán los jueces de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En efecto, se dice que un acto administrativo es perfecto cuando ha culminado su etapa de elaboración o, dicho de otra forma, cuando el procedimiento administrativo seguido para su creación ha culminado con una decisión final que se concreta en un acto. A su turno, un acto administrativo es eficaz cuando aquel, una vez terminado, comienza a producir efectos jurídicos y a lo que Rafael Extrena señala:

> Y una y otra (se refiere a la perfección y la eficacia) son cualidades distintas de la validez, con la que se predica la concurrencia en un acto determinado, o, de todos los elementos que deban integrar-

> lo, los cuales, a su vez, reúnen los requisitos que le son propios. Un acto administrativo, pues, podrá ser perfecto, pero ineficaz o, eficaz, pero inválido (1982, p.226-227).

En ese orden, el Consejo de Estado (2012) sostiene que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto. Esos actos son la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión.

La anterior premisa es para reafirmar que es a través del acto administrativo que la mayoría de la entidades del Estado se encargan de llevar adelante en la práctica los cometidos estatales, y que con tal función administrativa es que declara o exterioriza su voluntad. El acto administrativo es "toda manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos" tal como lo señala Santofimio (2002, p. 128).

No obstante, una vez concluido el procedimiento administrativo y el disciplinario, las decisiones adquieren firmeza, presunción de legalidad y carácter de ejecutorio, hasta el punto que, en firme, estos serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato, y el respaldo es legal consagrado de manera taxativa en los artículos 87, 88, 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre la firmeza y legalidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha dicho: en consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. "(…)…"salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo…" (2012). Luego, quien pretenda la nulidad de un acto administrativo no solo debe combatir expresamente su legalidad sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que hace consistir la ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

El mismo Código de procedimiento administrativo, o Ley 1437 de 2011, nos recuerda en el artículo 34 que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, y que en lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de la Parte Primera de dicha ley, es decir, que ratifica y es obvio que las decisiones son actos administrativos.

Ahora debemos decir que, pese a la firmeza de los actos administrativos y su existencia real en la pirámide normativa, se permite la revocatoria de tales. Sobre el particular, el tratadista Penagos Gustavo prefiere ya no hablar de la "inmutabilidad de los actos subjetivos, si no de estabilidad de los actos" (1987, p. 173). Esto es así porque, por regla general, los actos subjetivos no son revocables, salvo que se suministre la autorización expresa y escrita del titular (artículo 73 C.C.A.); a contrario sensu, todos los actos administrativos objetivos, por principio,

son revocables (….), como se dijo este es el caso de los actos administrativos subjetivos que por su naturaleza son irrevocables e intangibles sin el consentimiento del particular beneficiado, por excepción lo son si se suministra la autorización expresa y escrita del titular del acto, o cuando son producto del silencio administrativo positivo (artículo 73-2 y 73-3, C.C.A.), (…).

El Consejo de Estado Colombiano, en sentencia del 30 de septiembre de 1972, reconoció la "estabilidad del acto" al asimilarla a la figura jurídico-administrativa de la "inmutabilidad del acto", que se configura al reconocer al particular un derecho subjetivo, entendiendo por tal "la facultad de exigir algo del Estado o de poder hacer algo diferente a él". Por ello, -dice el Consejo- el acto subjetivo por norma general es irrevocable, la excepción es la revocabilidad cuando se da la autorización expresa y escrita por parte del titular. Esta inmutabilidad de los actos subjetivos no debe confundirse con la institución de la cosa juzgada que solo opera para actos jurisdiccionales (sentencias proferidas por jueces), pero no para actos administrativos.

El acto administrativo nunca hace tránsito a cosa juzgada, ya que la administración no tiene como función declarar el derecho. Por otro lado, los actos imperfectos o incompletos no gozan de la estabilidad jurídica otorgada a los actos administrativos subjetivos, pues el acto imperfecto o incompleto puede ser revocado por la administración en cualquier momento, según lo ha dictaminado el Consejo de Estado (Sentencia de junio 15 de 1955 y en igual sentido la Sentencia, Noviembre 5 de 1955). Por consiguiente, la supremacía y la potestad de auto tutela inherente a la administración, tiene la facultad de revisar sus actos y, además, si encuentra mérito podrá revocarlos. Lo anterior implica que el acto administrativo a pesar de gozar de presunción de legalidad en cualquier momento puede desaparecer del mundo jurídico, siempre y cuando se configuren las condiciones descritas en la ley para su procedencia.

El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) regulaba el tema de la revocatoria directa, a partir del artículo 69, hasta el 74. Por su parte, el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) de igual manera regula la materia entre los artículos 93 y 97, en los cuales se señalan las causales de revocación (artículo 93), cuándo es improcedente su aplicación (artículo 94), la oportunidad o momento en que puede tener lugar (artículo 95), los efectos de la solicitud de revocatoria y de la decisión (artículo 96) y, finalmente, las condiciones o requisitos para que se produzca la revocatoria (artículo 97), en conclusión, se mantuvo la redacción original del artículo 72 del Decreto 01 de 1984 en el entendido de que la petición de revocatoria, así como la decisión a dicha solicitud, no cuenta con la entidad suficiente para revivir los términos legales para acudir ante esta jurisdicción mediante los medios de control, así como tampoco da lugar a la aplicación del silencio administrativo.

Sin embargo, se resalta que el parágrafo del artículo 95 de la Ley 14 37 de 2011, se introduce la figura de "la oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados", según la cual, de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular una oferta tendiente a revocar los actos administrativos impugnados en sede judicial, que, previa revisión del juez contencioso administrativo, será puesta en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta, evento en el cual el proceso se dará por terminado.

El artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, en punto de la revocatoria de un acto administrativo particular aclara, en primer lugar,

que la denominación acto administrativo comprende, no solo los actos expresos, sino también a los fictos, categoría esta última que no se advertía de manera clara en el artículo 73 del Decreto 01 de 1984. En este mismo sentido, se mantiene la prohibición de revocar actos administrativos que: "hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría" salvo que de manera previa, expresa y escrita medie el consentimiento del titular del respectivo derecho.

La norma general del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, en lo que respecta a la posibilidad con que contaba la administración para revocar actos administrativos de carácter particular, en los eventos en los que concurría alguna de las causales de revocatoria ya citadas, para el caso de los actos fictos positivos, o si fuere evidente la ilegalidad en su expedición, desaparece del nuevo estatuto de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, los dos incisos finales del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 preceptúan que en los casos en que la administración considere la inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo, o que su expedición tuvo lugar por medios ilegales o fraudulentos, deberá acudir ante esta jurisdicción para demandarlos, siempre que no cuente con el consentimiento, previo, expreso y escrito, del titular de los derechos reconocidos en el respectivo acto administrativo, para lo cual se le faculta a la entidad que no es necesario agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial que se da ante el Ministerio Publico, y de igual manera que se solicite la suspensión provisional del acto administrativo.

Sobre la revocatoria directa la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en la Sentencia T-105 de 2007, expuso: (…) ha precisado también que la revocatoria no procede cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, como tampoco, por la simple duda que la autoridad pública pueda tener sobre la legalidad del acto administrativo o los medios usados para obtener su expedición. En caso de que se quiera hacer uso de esta figura, es necesario que existan elementos de juicio suficientes o evidencia de que medió un actuar fraudulento del administrado so pena de contravenir los mandatos superiores de buena fe, lealtad y seguridad jurídica y atentar contra los derechos fundamentales del administrado, el cual podrá acudir, de manera excepcional, a la acción de tutela para controvertir la actuación de la administración.

Luego, la mismo Corte en la Sentencia T-172 de 2005, expuso:

> (…) Con apoyo en los principios constitucionales de la buena fe y seguridad jurídica y la teoría del respeto por el acto propio, esta Corte ha sostenido que cuando media un acto de reconocimiento de un derecho subjetivo el mismo es irrevocable, salvo cuando se presta el consentimiento expreso y escrito por parte del titular. (…) Entonces, tenemos que los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo facultan por excepción a las autoridades para revocar los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos, incluso derechos pensionales, sin contar con el consentimiento del particular; pero dicha revocación debe tener por objeto un acto producto del silencio administrativo positivo o un acto administrativo que haya ocurrido por medios ilegales. En caso contrario, es decir, en el evento de que no se configure cualquiera de estas dos excepciones a la regla general de irrevocabilidad de los actos de carácter particular, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si se revoca el acto se configura una extralimitación de la mencionada potestad conferida por la ley a las autoridades, con la consecuente violación del derecho al debido proceso y del principio constitucional de la buena fe (…).

Y termina el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional esbozando en la citada sentencia, una advertencia a la administración de la siguiente manera:

> (...)Por otra parte, valga recordar también que así como no es suficiente para la procedencia de la revocación directa el que la administración haya incurrido en un error de hecho o de derecho al proferir el acto, tampoco lo es la simple sospecha que la autoridad pública pueda tener sobre la legalidad del acto administrativo o los medios usados para obtener su expedición. En caso de que se quiera hacer uso de esta figura, es necesario que existan elementos de juicio suficientes o evidencia de que medió un actuar fraudulento por parte del titular del derecho reconocido en el acto (T-172 de 2005)

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado, dentro del radicado interno 4260, de mato de 1992, ha señalado:

> (...)Sin embargo, no debe olvidarse que los derechos individuales según nuestra Constitución, merecen protección en tanto hubieren sido adquiridos conforme a las leyes, es decir, con justo título; y que el interés público prima sobre el interés particular. Dicho en otros términos, sólo los derechos adquiridos con arreglo a las leyes merecen protección; así lo establecía la Constitución de 1886 en su artículo 30 y también lo consagra la de 1991 en el artículo 58.
>
> De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, según el cual "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores..." porque indudablemente se da la primera de las causales que dan lugar a la revocatoria directa. A juicio de la Sala, esta interpretación consulta los principios constitucionales y además constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Obviamente, solo en el caso de los actos provenientes del silencio administrativo positivo, cuando se dan las causales contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y cuando el titular del derecho se ha valido de medios ilegales para obtener el acto, puede revocarse directamente sin su consentimiento expreso y escrito; no cabe este proceder, cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho. En ese caso, estará obligada a demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo" (Subrayas fuera de texto).

La revocatoria directa, de igual manera, se encuentra consagrada en la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, que básicamente en lo elemental es similar respecto a las causales a la norma general, pero que, dada su especialidad, necesariamente trae particularidades que se encuentran descritas en los artículos 122 a 127, y como características fundamentales se desprenden las siguientes: - Procede contra fallos sancionatorios. - Opera de oficio o a petición del sancionado. La competencia para revocar un fallo es del funcionario que lo profirió, o de su superior jerárquico, o del procurador General de la Nación. - Como causales de revocación se consagran la infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias y la vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales. - Es requisito esencial, si la revocatoria es solicitada por el sancionado, que contra el fallo cuya revocatoria se solicita, no se hubieren interpuesto recursos ordinarios. -La petición de revocatoria y su decisión no reviven términos para el ejercicio de acciones contencioso administrativas.

Se resalta que la Ley 734 de 2002, o Código Disciplinario Único está próxima a ser derogada; sin embargo, las causales de revocatoria en materia disciplinaria siguen intactas. De hecho, en el texto conciliado por el Congreso de la Republica del proyecto de Ley número 195 de 2014, número 55 de 2014 del Senado, acumulado con el proyecto de Ley número 50 de 2014 del Senado, por medio de la cual se expedirá el Código General Disciplinario, para derogar la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho

disciplinario, lo que hicieron básicamente fue actualizar las nuevas normas acorde con los pronunciamientos que sobre los casos concretos ya había efectuado la Corte Constitucional en la Sentencia C-014 de 2004, donde al examinar el interrogantes de si:

> ¿La improcedencia de la revocatoria directa de los fallos disciplinarios absolutorios, vulnera los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de las faltas constituidas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario?

En la sentencia se concluyó que, en general, la improcedencia de la revocatoria directa contra los fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación es legítima, pues resulta coherente con la carta la decisión legislativa de dar primacía, en ese ámbito del derecho sancionador del Estado, al derecho a la seguridad jurídica que ampara al investigado sobre el derecho de justicia material. Con todo, en la misma sentencia, dada la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y de los derechos de las víctimas, como también las funciones de la Procuraduría General de la Nación, con el régimen de la revocatoria de los fallos absolutorios o decisiones de archivo, la Corte declaró exequibles los artículos 122 a 124 del Código Único Disciplinario, en el entendido que cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo. Además, lo que ya se había declarado en la Sentencia C-666 de 2008, que estipulaba que cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, respecto de las víctima, que no tuvieron la oportunidad de participar en la actuación disciplinaria, el término de cinco años para solicitar la revocatoria directa de decisiones absolutorias, de archivo o con sanciones mínimas respecto de la conducta, debe empezar a contarse desde el momento en que la víctima se entera de la existencia de tales providencias, salvo que haya operado la prescripción de la sanción disciplinaria.

En el nuevo proyecto de ley observamos que la revocatoria directa en materia disciplinaria, procede contra los fallos sancionatorios y autos de archivo, de oficio o a petición del interesado. Que el quejoso podrá solicitar la revocatoria del auto de archivo, siempre y cuando no hubiere interpuesto contra este los recursos ordinarios previstos en dicho código. Que el plazo para solicitar la revocatoria directa para las decisiones de archivo por parte del quejoso será de tres (3) meses a partir de la fecha de su comunicación. Que una vez se allegue la petición de revocatoria, se comunicará al disciplinado para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación se pronuncie sobre la solicitud.

Lo que sí debe destacarse, es que en el proyecto de ley se establece que el procurador General de la Nación será la única autoridad competente que podrá revocar los fallos sancionatorios, los autos de archivo y el fallo absolutorio. A diferencia de lo que pasa con la Ley 734 de 2002 en la que se permite que quien profirió el fallo disciplinario o el superior de este también podía revocar.

Sin embargo, pese a lo descrito en líneas precedentes es pertinente insistir como lo ha dicho el Consejo de Estado, que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación, a lo cual yo le sumo que cualquier operador disciplinario no constituye ejercicio de función jurisdiccional.

La Procuraduría, ni los operadores disciplinarios, no juzgan ni emiten sentencias, puesto que no son jueces. El procurador es la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero reitero sus decisiones son manifestación de la función administrativa, mas no de la función jurisdiccional.

El consejo de Estado ha manifestado:

> (...). Se aclara a este respecto que la Procuraduría no es un poder omnímodo no sujeto a controles, ni es una nueva rama del poder, ni es un nuevo juez creado sobre la marcha en contravía del diseño constitucional; no se puede atribuir, en contra de la Constitución Política que dice defender, estas funciones, ni puede siquiera sugerir que sus decisiones constituyen sentencias, con todas las garantías que revisten los fallos judiciales. La autonomía e independencia que la Constitución Política le otorgan a la Procuraduría no implican que este organismo no esté a su turno sujeto a controles, dentro del sistema de frenos y contrapesos ideado por el Constituyente. Más aún, el uso corriente de la expresión "juez disciplinario" por la Corte Constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de la palabra "fallos" o "instancias", en el que se suele incurrir.

El juez competente encargado de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos es la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conclusiones

A pesar de la firmeza de la que gozan los actos administrativos, y de la regla general estipulada en la Ley 1437 de 2011, de que todos los actos administrativos de contenido particular y concreto no pueden ser revocados por la administración sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, y que si la administración se equivocó en la decisión final, esta estará obligada a demandar su propio acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, observamos que en el procedimiento disciplinario dicha regla no se cumple y que el disciplinado, además de haberse sometido a un largo proceso, de agotar todas las etapas procesales, recursos y demás, y de que la administración culminó con un acto administrativo, esta excepcionalmente queda facultada para revocar las decisiones administrativas.

Sin lugar a dudas, la revocatoria directa está orientada a excluir del ordenamiento jurídico un acto administrativo para, de esta manera, proteger derechos subjetivos cuando ocasiona agravio injustificado a una persona; básicamente, tiene como propósito primordial dar a la autoridad administrativa la oportunidad de reparar lo actuado por ella misma, no solamente con base en consideraciones relativas al interés particular del reclamante, sino por una causa de interés general consistente en la recuperación del imperio de la legalidad o en el resarcimiento de un daño público, que en el caso disciplinario son los fines del Estado.

La revocatoria directa en materia disciplinaria es la excepción a la inmutabilidad y obligatoriedad de la cosa juzgada contemplada en los artículos 122 a 127 de la Ley 734 de 2002, luego no es absoluta, puesto que el competente disciplinario está investido de poder para revocarla directamente.

En materia disciplinaria, la revocatoria directa constituye una excepción a la firmeza de la decisión ejecutoriada que pone fin al proceso y está justificada por la importancia de los valores que pretende proteger. No es una instancia para controvertir de fondo las providencias, ni tampoco un recurso de la vía gubernativa, pero sí es un mecanismo que tiene la administración para controlar y rectificar sus propios actos, sin que sea necesario acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Referencias

Berrocal G., L. E. (2004). *Manual del acto administrativo, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Congreso de la República. (2002). *Ley 734. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 44.699 del 5 de febrero.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 47.956 de enero 18.

Riascos Gómez. L. O. (2015). Ensayo jurídico de derecho administrativo. Recuperado de: http://coes.udenar.edu.co/pluginfile.php/29885/mod_resource/content/2/Elementos%20Actos%20Administrativos.pdf

Santofimio G., J. (2002). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.

Solano S., J. (2003). *Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 5 de 2002*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, 28 de marzo de 2012. Radicación: 52001-23-31-000-1998-00071-01 (21.669).

Entrena, R. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Tecnos.

Penagos, G. (1987). *El acto administrativo*. Bogotá: Ed. El Profesional.

Sentencia C-666/08. Magistrado ponente: Mauricio Gonzalez Cuervo.

Sentencia C-014/04 M.P. Jaime Córdoba Treviño A.V. Jaime Araujo Rentería

Sentencia C- 030 de Febrero 1 de 2012. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-107 de 2007. Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-276/00 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-347/94 Magistrado ponente. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia Consejo de Estado, Sec. Segunda. Sent. 4260, mayo 6/92. M.P. Clara Forero de Castro.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección segunda, radicado número: 11001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011), Julio de 2013. Magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

PAUTAS PARA PUBLICAR – REVISTA NUEVO DERECHO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

La revista *Nuevo Derecho,* de la Facultad de Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado, con el ánimo de difundir estudios e investigaciones que desarrollen temas relevantes, novedosos o de interés general, invita al público nacional y extranjero a participar en esta publicación. Para ello se deben tener en cuenta los siguientes aspectos de forma y contenido:

1. El autor debe enviar su texto por correo electrónico a: nuevo.derecho@iue.edu.co. Es muy importante que los correos estén marcados con el nombre del autor y el título abreviado del artículo.

2. Los trabajos, estudios e investigaciones que se sometan a evaluación en Nuevo Derecho deben ser inéditos. Salvo algunas excepciones, dependiendo de la pertinencia temática del artículo y con la debida autorización, no se podrán publicar en Nuevo Derecho artículos que hubiesen sido publicados en otras revistas.

3. Los artículos deben ser enviados al Comité Editorial teniendo en cuenta los siguientes requisitos de forma y contenido:

   3.1 Título del artículo y subtítulo, sí lo hubiere. Si el artículo es producto de una investigación, en píe de página se debe mencionar el título de la investigación de la cual el artículo es producto, la calidad en la cual participó el autor, institución que financió la investigación y de haber finalizado ésta, año de terminación.

   3.2 Nombre del autor o autores completos, y en pie de página la formación académica, vinculación laboral, grupo y línea de investigación a la cual pertenece; dirección electrónica y dirección para correspondencia física (estas dos últimas no se publican, es información exclusiva de la revista).

   3.3 Resumen del artículo en máximo 15 líneas.

   3.4 Palabras clave que oscilarán entre 6 y 10.

   3.5 Traducción del resumen y palabras clave al inglés.

   3.6 De manera general: Introducción o presentación, desarrollo del contenido propuesto, conclusiones y lista de referencias o bibliografía.

   3.7 Si el artículo es producto de una investigación, se debe incluir en la introducción de forma breve: la metodología utilizada, los propósitos de la investigación y una corta indicación de hacia dónde avanza el contenido del artículo.

   3.8 El artículo debe ser escrito en español, con ortografía y gramática.

   3.9 Si fuese necesario el uso de expresiones o giros en otros idiomas, estos deben aparecer en cursiva.

3.10 Cada artículo debe estar correctamente documentado, con un adecuado manejo de las citas y referencias bibliográficas claras.

3.11 Página tamaño carta, a doble espacio y en letra Time new Roman 12 puntos.

3.12 Presentación en Word.

3.13 La extensión mínima del artículo debe ser 15 páginas y la máxima no debe superar las 32 páginas.

3.14 Para la citación de textos y lista de referencias deben seguirse las normas APA, según el siguiente modelo:

Referencia de libro:

Autor, A.A. (año de publicación). *Título de la obra*. (Edición-si la hay). Ubicación: Editorial.

Ejemplo:

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes; Legis.

Al interior del párrafo se cita:

(López, D., 2006, p. 59).

Capítulo de un libro: Autor, A.A., & Autor, B.B. (Año de la publicación). Título del capítulo. A. Editor & B. Editor (Eds.), *Título del libro* (páginas del capítulo). Ubicación: Editor.

Ejemplo:

Létourneau. J. (2009). Como documentarse en la era electrónica. Guía de iniciación al trabajo intelectual. *La caja de herramientas del joven investigador* (pp. 35-76). Medellín: La carreta editores.

Avendaño M., L. F. (2009). *Correlación y diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario a la luz del principio del non bis in ídem*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Referencias Sentencias y Normativa:

Colombia (2002). *Código Disciplinario Único*, Ley 734.

Colombia. Corte Constitucional (1993). Sentencia C-417 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional (1994). Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional (1995). Sentencia T-007 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Cita de revista:

Dworkin, R. (2007). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos? (Trd. García, L.). En: *Estudios de Derecho,* No. 144, año LXIV, U. de A., Medellín.

Cita de Internet:

Alfonso, S. (2008). Neoconstitucionalismo. *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas,* Recuperado http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf.

4. Proceso de revisión de los artículos: Una vez el artículo haya sido remitido al correo electrónicoenunciado en el numeral primero, el Comité Editorial revisará el cumplimiento delos requisitos de forma; posteriormente el artículo será sometido a evaluación por paresacadémicos anónimos, nombrados previamente por el Comité Editorial. El nombre de quien escribe permanecerá anónimo para el par evaluador.

5. El concepto que emita el par académico evaluador será para aceptar, sugerir correcciones y adiciones o bien para rechazar la publicación del texto. No obstante, en todos los casos será el Comité Editorial quien en última instancia se reserva la decisión acerca del rechazo o aceptación del texto para su publicación.

6. Cuando los pares académicos llegaren a sugerir correcciones o adiciones, el autor deberá proceder a corregir el artículo de acuerdo con el término fijado previamente por el Comité Editorial.

7. Sin excepción, todo artículo será evaluado para ser aceptado, para sugerir cambios y adiciones o para ser rechazado. En este último caso, pasados seis meses, los originales que no se reclamen serán destruidos.

8. Las opiniones y concepto de los trabajos, investigaciones o estudios divulgados por la revista Nuevo Derecho son de exclusiva responsabilidad del autor.

NUEV DERECH
ISSN: 2011-4540 JULIO-DICIEMBRE DE 2015 V. 11 Nº 17

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre:……

C.C.o NIT:…… Teléfono: ……..

Dirección:……

Ciudad:……País:……..

E-mail:……..

Tipo de suscripción

Un número	$	12.000
Un año (dos números al año)	$	22.000
Dos años (cuatro números)	$	44.000

Todo pago debe hacerse a nombre de la Institución Universitaria de Envigado, en la cuenta de ahorros 01927051831 de Bancolombia. Le sugerimos conservar una copia del recibo de consignación y enviar el original adjunto a este formato.

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Envigado, Colombia. Teléfono 3391010 ext 227-218-219. Fax 3330148
E-mail: nuevo.derecho@iue.edu.co / http://www.iue.edu.co