

REVISTA
ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



© Asociación Cavellier del Derecho

ISSN
2539-2859 (En línea)

Editora
Natalia Tobón Franco

Diseño y composición
Saúl Alvarez Lara

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de la Asociación Cavellier del Derecho. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

La Asociación Cavellier del Derecho no se hace responsable por la forma o contenido de los artículos publicados en esta revista pues cada uno refleja únicamente la opinión de su autor.

Marzo de 2018

REVISTA
ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



Escultura de Salvador Arango / Edificio Siski / Cavalier Abogados



Carlos Gallón Giraldo
Presidente Asociación Cavalier del Derecho

Prólogo

Entregamos el tercer volumen de la revista de la Asociación, en el que recogemos algunos de los artículos presentados por los estudiantes de derecho que han participado en nuestros concursos de ensayo y han sido reconocidos por los jurados calificadores como merecedores de los premios que ofrecemos a quienes han asumido el reto de investigar, escribir y sustentar oralmente sus tesis sobre diversos asuntos jurídicos de gran interés.

En este número publicamos los siguientes trabajos:

1. La sátira política en el marco de la libertad de expresión: un discurso altamente protegido que se encuentra desprotegido.

Su autor es Sergio Téllez Casallas, estudiante de la Universidad de los Andes, ganador del primer puesto en el concurso de ensayo Germán Cavalier, segundo semestre de 2017. En este ensayo, busca demostrar la importancia del discurso político en una sociedad democrática y cómo la sátira política juega un papel preponderante en la promoción de dicho discurso. Discurre sobre la falla de los estándares sancionatorios al momento de ser aplicados a los discursos satíricos y propone una fórmula para su valoración que consiste en hacer un análisis objetivo del discurso satírico, buscar la intención del autor y verificar el entendimiento en la audiencia receptora. Al final el autor recomienda proteger la sátira política porque ella contribuye a la construcción de una sociedad más pluralista y democrática.

2. Animales: sujetos de derechos u objeto de protección.

La autora es Lina María Ávila Urrego, estudiante de la Universidad Nacional de Colombia, ganadora del primer puesto en el concurso de ensayo Germán Cavalier, segundo semestre de 2017. El ensayo contiene un análisis de la sentencia del 26 de julio de 2017, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se protege la libertad personal de un oso de anteojos a través de un recurso de *habeas corpus*. A través de un interesante análisis de la evolución de la doctrina jurisprudencial examina los contextos en que han sido emitidas algunas de las sentencias más sobresalientes sobre el tema y presenta importantes reflexiones sobre los derechos que podrían ostentar los animales en Colombia y sobre las posibles acciones que se pueden utilizar para exigirlos.

(**nota:** La sentencia de la Sala Civil fue revocada por la sentencia 12651 de 2017, proferida por la sala de Casación Laboral de la misma Corporación, pero las reflexiones de la alumna quedan como testimonio histórico de esta decisión).

3. El interés público como un nuevo criterio de estudio e implementación esencial en el arbitraje de inversión.

Análisis Jurisprudencial del Laudo proferido a raíz de la controversia suscitada entre Philip Morris International y la República Oriental de Uruguay. Este ensayo fue elaborado por María Paula Herrera Duque, estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganadora del primer puesto en el concurso de ensayo Germán Cavelier, segundo semestre de 2017. Contiene un estudio sobre un tema trascendental: el arbitraje internacional de inversión como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Inicialmente este tipo de arbitraje fue concebido para proteger a los inversionistas de las acciones arbitrarias de los Estados receptores de las inversiones, pero en ocasiones, se ha visto que tales demandas chocan con el derecho que tienen los Estados de intervenir –incluso en detrimento del inversionista–, para proteger el interés general respecto del medio ambiente, la salud, los derechos laborales, la competencia, la seguridad de sus ciudadanos y la soberanía doméstica. Este trabajo analiza un enfrentamiento de ese tipo a la luz de un caso emblemático para América Latina.

4. Los principios de internacionalidad en la interpretación y pro-reconocimiento en el arbitraje internacional. El caso Tampico Beverages C. Alquería.

Este ensayo fue trabajado por Carlos Ernesto Acevedo Pérez, estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganador del segundo puesto en el concurso de ensayo Germán Cavelier, segundo semestre de 2017. Contiene un análisis de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 2017, en la que se discutió el reconocimiento del laudo arbitral final del Caso Tampico Beverages vs. Alquería. El autor hace diversas disquisiciones alrededor del alcance de los conceptos de imparcialidad e independencia de los árbitros, como factor cuya vulneración eventualmente podría contrariar el orden público internacional de Colombia, pues para algunos el estándar nacional al respecto era inquebrantable, mientras que para otros, por tratarse de un laudo arbitral internacional, debería primar el derecho internacional. La Corte acudió a principios generales del arbitramento internacional como el de razo-

nabilidad, pro-reconocimiento y pro-interpretación internacional para resolver la cuestión a favor del derecho internacional y del *soft law*.

5. Reconocimiento del laudo arbitral Tampico Beverages Inc. y productos naturales de la Sabana S.A: el concepto de orden público internacional y la aplicación del *soft law*.

Su autor es Juan Carlos Naranjo, estudiante de la Universidad Nacional de Colombia, ganador del segundo puesto en el concurso de ensayo Germán Cavellier, segundo semestre de 2017. Este trabajo presenta un análisis general de la evolución del concepto “orden público internacional” en el marco de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y profundiza en el tema de la aplicación del *soft law* en el reconocimiento del Laudo Arbitral “Tampico Beverages Inc. vs. Productos Naturales de la Sabana S.A”. El autor revisa los fundamentos de la Corte para aplicar las Directrices de la *International Bar Association* –IBA– sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, 2014, entre ellos la búsqueda de la realización de la máxima según la cual debe primar la interpretación pro-internacional. Este criterio hermenéutico, que trasciende fronteras, según el autor guarda estrecha relación con la vocación de la Convención de Nueva York, que es universal.

6. La efectividad de los mecanismos internacionales para prevenir el terrorismo religioso: aciertos, falencias y propuestas.

Elaborado por César Andrés Andrade Ocampo, estudiante de la Universidad del Rosario, ganador del primer puesto en el concurso de ensayo Germán Cavellier, segundo semestre de 2017. Como conclusión de este trabajo se puede decir que los instrumentos internacionales para la prevención del terrorismo han tenido una muy buena intención en su creación, pero no han mostrado un impacto real en el mundo. Para que su eficacia mejore, es menester tratar de comprender los fundamentos y las raíces sociológicas de los grupos fundamentalistas y tratar de llegar a soluciones pacíficas para evitar más víctimas inocentes en un conflicto que, de acrecentarse, constituiría un serio peligro para la existencia misma del ser humano en comunidad global. El autor propone utilizar los canales diplomáticos entre los países afectados

por el terrorismo y los principales grupos fundamentalistas islámicos que cometen estos crímenes. Esta alternativa sería novedosa porque nunca se ha utilizado y, además, tiene la virtud de atacar directamente el motivo fundacional de estos grupos. Una de las posibles concesiones que podrían hacerse, según el autor, es la de retirada absoluta de las tropas extranjeras en los territorios con fuerte tradición musulmana y la promesa de cumplir con los principios de derecho internacional establecidos en la Resolución 2625 de la ONU, adoptada el 24 de octubre del año 1970, principalmente el de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

7. El humor político: un discurso especialmente protegido en la jurisprudencia constitucional colombiana.

Ensayo realizado por Anamaría Rodríguez Peñaloza, estudiante de la Universidad de los Andes, que participó en el concurso de ensayo Germán Cavelier, segundo semestre de 2017. Este trabajo, aunque no resultó ganador, se publica por su originalidad ya que la estudiante optó por hacer entrevistas a conocidos humoristas políticos colombianos y, a partir de ellas, planteó sus propias conclusiones.

8. Historia conceptual de la justicia transicional: contextualizando el caso colombiano.

Su autor es Daniel Ricardo Quiroga-Villamarín, estudiante del pregrado en Derecho –opción en Gobierno y Asuntos Públicos– y coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, ganador del primer puesto en el concurso de ensayo Germán Cavelier, primer semestre 2017. En este trabajo sostiene que los estudios sobre la historia conceptual de la justicia transicional no son estrictamente aplicables en Colombia porque la mayoría están referidos a lugares y momentos históricos determinados, se han enfocado en analizar discontinuidades entre regímenes políticos específicos y están dedicados dar luces para comprender procesos de violencia vertical y asimétrica; mientras que el conflicto colombiano se caracteriza por ser uno de violencia horizontal, en el que la guerra ha causado graves afectaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y

ambientales, a nivel tanto colectivo como individual. Por consiguiente, el autor sugiere que la mejor forma de evaluar el impacto de la justicia transicional en Colombia bajo los estándares internacionales, –que fueron pensados para casos disímiles y difícilmente análogos–, es teniendo en cuenta nuestras necesidades particulares y las características específicas de nuestro conflicto.

Los invitamos a disfrutar de estos ensayos, escritos con interés y rigurosidad por los estudiantes, sobre todo tipo de temas políticos y jurídicos de actualidad. Todos ellos son serios, críticos y propositivos. Es un gusto ver que el sueño de Germán Cavelier se hace realidad cada semestre.

Carlos Gallón Giraldo
Presidente Asociación Cavelier del Derecho
Bogotá, marzo de 2018



Palabras de una estudiante
Ceremonia de reconocimiento a becarios
en la Universidad del Rosario
Bogotá, Colombia
Noviembre 20 de 2017

Sueño Ser*

*Donde hay educación
no hay distinción de clases.*
Confucio (551 AC-478 AC)
Filósofo Chino

Las codificaciones sociales establecen que debemos estudiar para “ser alguien en la vida”. Sin embargo, se desconoce que no sólo basta con querer, sino también con el poder, en toda la expresión de la palabra. De esta forma, en nuestro contexto, la “educación” podría traducirse en “fortunio”.

No obstante, dicho fortunio tiene diversas formas de presentarse. En mi caso, gracias a Dios, a la Universidad del Rosario, a las entidades que patrocinan becas en la Universidad y a mi pasión por la carrera, he podido seguir con mis estudios.

Así, desde mi experiencia y perspectiva forjada a partir de ella, pienso que debemos transformar la imagen que se tiene de los individuos en torno a la sociedad: ¿Cuál es el propósito que tenemos cada uno de nosotros aquí y ahora? Claramente esta incógnita es arbitraria, pero lo que propongo es que entendamos a la sociedad como una red interconectada por nosotros mismos, en donde el vínculo que nos une y nos permite ascender en todo sentido, es la ayuda.

*. Programa de becas de la Universidad del Rosario

Desde la postura sociocultural y económica que cada uno de nosotros tiene, podemos ayudar de alguna u otra forma a los otros y así generar una fuerza endógena que en distintos niveles desencadena una mejoría en la vida propia y en la vida del otro.

Con todo lo anterior, siento que uno de mis deberes también es ayudar a los demás, como me sea posible. Con el apoyo prestado por las instituciones nombradas anteriormente, sueño ser una de las pioneras contemporáneas en estudios antro-po-ontológicos, labor que me permitirá profundizar en la manera como los seres humanos construyen su identidad a partir de su entorno y la forma como esto repercute en las problemáticas sociales.

Angélica María Rosero Prieto
Universidad del Rosario,
Bogotá, Colombia



Índice

Prólogo	5
<i>Carlos Gallón Giraldo</i> Presidente Asociación Cavellier del Derecho	
Palabras de una estudiante	11
<i>Angélica María Rosero Prieto</i>	
<hr/>	
La sátira política en el marco de la libertad de expresión: un discurso altamente protegido que se encuentra desprotegido	18
<i>Sergio Téllez Casallas</i>	
Introducción: La libertad de expresión como pilar del estado democrático colombiano	20
I. El fundamento democrático	21
II. Los elementos normativos de la libertad de expresión	22
1. La Libertad de expresión <i>stricto sensu</i>	22
a. La libertad de información	23
b. Diferencias entre la libertad de opinión y la libertad de información	23
2. El discurso político y el discurso de interés público como manifestación de la libertad de expresión	25
III. La sátira y su rol en el discurso público	27
1. La indemnización de perjuicios como responsabilidad ulterior en Colombia y amenaza a la sátira política	29
2. La dificultad interpretativa de la sátira política en el derecho constitucional colombiano	33

IV. Superando la dificultad: el test de análisis de la sátira	35
1. Los criterios del test	36
a. El análisis del discurso	36
b. La intención del autor	37
c. La interpretación de la audiencia	38
Conclusión	39
Bibliografía	39

**Historia conceptual de la justicia transicional:
contextualizando el caso colombiano** **44**

Daniel Ricardo Quiroga-Villamarín

Introducción	46
I. Marco teórico	48
II. Historias hegemónicas de la Justicia Transicional	50
1. La tesis genealógica hegemónica	50
2. La tesis analítica	54
III. Reconstrucción crítica de la historia conceptual de la Justicia Transicional	56
Conclusiones	61
Bibliografía	63

Animales: sujetos de derechos u objeto de protección **70**

Lina María Ávila Urrego

Introducción	72
I. Análisis de contenido de la sentencia sobre <i>habeas corpus</i> de un animal (Corte Suprema de Justicia, Radicado 2017-00468-02/2017)	73
II. Contexto en que se surte el debate	77
III. Los animales como sujetos de derechos. Evolución jurisprudencial	80
IV. Derechos protegidos	83
V. Mecanismos de protección	84
Reflexiones finales	85
Bibliografía	86

**El interés público como un nuevo criterio de estudio
e implementación esencial en el arbitraje de inversión 88**

María Paula Herrera Duque

Introducción	93
I. Hechos y alegatos	94
II. Problemas jurídicos	95
1. Expropiación	96
2. Tratamiento justo y equitativo	98
3. Otros criterios	103
III. Efectos del laudo: interés público y soberanía doméstica en el arbitraje internacional	104
IV. Análisis crítico y propositivo (conclusiones)	107
Bibliografía	108

**Los principios de internacionalidad en la interpretación
y pro-reconocimiento en el arbitraje internacional
El caso *Tampico beverages vs. Alquería* 112**

Carlos Ernesto Acevedo Pérez

Introducción	114
I. La sentencia de <i>exequatur</i> del laudo arbitral proferido en el caso <i>Tampico vs. Alquería</i>	116
1. Hechos relevantes	116
2. Problema jurídico	118
3. Fundamentos jurídicos y conceptuales	118
II. El principio pro-reconocimiento	121
III. El principio de internacionalidad de interpretación	123
Conclusión	125
Bibliografía	126

Reconocimiento del laudo arbitral *Tampico Beverages Inc.* vs. Productos Naturales de la Sabana S.A.: el concepto de orden público internacional y la aplicación del *soft law* 128

Juan Carlos Naranjo

I. Laudo Arbitral <i>Tampico Beverages Inc.</i> vs. Productos Naturales de la Sabana S.A	130
1. Las partes	130
2. Fuentes	130
3. Los problemas jurídicos	130
4. <i>Ratio decidendi</i>	131
II. A modo de introducción: Estudios de la Convención de Nueva York y su papel en el ordenamiento jurídico colombiano	131
III. El concepto de orden jurídico internacional y su relación con el proceso de reconocimiento de laudos arbitrales	133
IV. Aplicación del <i>soft law</i>: las directrices “IBA” sobre conflictos de interés	141
Bibliografía	145

El humor político: un discurso especialmente protegido por la jurisprudencia constitucional colombiana 148

Anamaría Rodríguez Peñaloza

Introducción	150
I. El panorama constitucional de la sátira política	150
1. El contenido del derecho fundamental de la libertad de expresión	150
2. Límites del ejercicio de la libertad de expresión	153
II. El test de proporcionalidad: la pieza clave para determinar el límite de la sátira política	154
III. Estudio de caso: Daniel Samper Ospina vs. Álvaro Uribe Vélez	156
IV. ¿Cómo hacer humor a punta de indignación en Colombia?	158
1. Daniel Samper Ospina - #HolaSoyDanny	158
2. La Pulla – Juan David Torres	159
3. Wally - @MeDicenWally	161
Conclusiones	162
Bibliografía	163

La efectividad de los mecanismos internacionales para prevenir el terrorismo religioso: aciertos, falencias y propuestas 168

César Andrés Andrade Ocampo

Introducción	170
I. Definición de terrorismo religioso	170
II. Comunidad internacional y terrorismo religioso	175
III. Debate jurídico penal actual sobre terrorismo	178
IV. El papel de la diplomacia	181
Bibliografía	182



La sátira política
en el marco de
la libertad de
expresión:
un discurso
altamente
protegido que
se encuentra
desprotegido

Sergio Téllez Casallas¹

Sumario

Introducción: La libertad de expresión como pilar del estado democrático colombiano

I. El fundamento democrático

II. Los elementos normativos de la libertad de expresión

1. La Libertad de expresión *stricto sensu*
 - a. La libertad de información
 - b. Diferencias entre la libertad de opinión y la libertad de información
2. El discurso político y el discurso de interés público como manifestación de la libertad de expresión

III. La sátira y su rol en el discurso público

1. La indemnización de perjuicios como responsabilidad ulterior en Colombia y amenaza a la sátira política
2. La dificultad interpretativa de la sátira política en el derecho constitucional colombiano

IV. Superando la dificultad: el test de análisis de la sátira

1. Los criterios del test
 - a. El análisis del discurso
 - b. La intención del autor
 - c. La interpretación de la audiencia

Conclusión

Bibliografía

Resumen

La sátira política se enmarca dentro del discurso político, no obstante, por sus dificultades interpretativas, se encuentra desprotegida en el ordenamiento jurídico colombiano y es posible que pueda ser sancionada por las autoridades. Particularmente la problemática surge de una característica inherente a la sátira: la distorsión de la realidad. En efecto, la sátira puede no ser entendida adecuadamente y dar a entender hechos falsos y afectar derechos fundamentales. Para resolver este problema, se plantea un *test* que tiene en cuenta los rasgos distintivos de la sátira y permite determinar cuándo un discurso satírico es sancionable o no.

Palabras clave: Sátira política, discurso político, libertad de expresión, responsabilidades ulteriores, buen nombre, honra.

Abstract

The political satire is part of the political discourse. However, it has inherent interpretative difficulties that put it in jeopardy under the Colombian laws and make it prone to be sanctioned by the authorities. The satire's characteristic of working through distortion is particularly worrying. While satire presents a face both false and factual, it might be understood in a literal sense and harm fundamental rights of others. To properly immunize political satire, this essay suggests a test to facilitate assessments

1. Estudiante Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, ganador del primer puesto en el concurso de ensayo "Germán Cavellier", segundo semestre de 2017. s.tellez10@uniandes.edu.co

of realistic political satire, minding the particular characteristics of it. This will help to determine when political satire is actionable or not.

Keywords: *political satire, political discourse, freedom of expression, subsequent imposition of liability, reputation, honor.*

Introducción: La libertad de expresión como pilar del estado democrático colombiano

La sátira política es fundamental en la vida de los colombianos. La exitosa recepción social del uso de esta, por parte de periodistas como Daniel Samper Ospina, programas radiales como la Luciérnaga y más recientemente, portales web como Actualidad Panamericana son muestra de ello. Haciendo uso de la sátira, se han logrado denunciar abusos de poder y contribuido a la creación de opinión pública². Por su función, esta se consolida como una especie destacada dentro de la categoría constitucional del discurso político.

... difícil saber si la sátira contiene una afirmación fáctica o una mera opinión...

Ahora, trazar una línea entre lo que constituye una expresión protegida y una vulneración de derechos de terceros, constituye un reto en el caso del discurso satírico. Esto debido a que aquel, hace uso de la distorsión de la realidad para transmitir su mensaje. Al serle inherente dicha característica, puede llegar a ser difícil saber si la sátira contiene una afirmación fáctica o una mera opinión. Cabe recordar, como se explicará más adelante, que la primera tiene mayor posibilidad de ser sancionada mientras, que por otro lado, la segunda tiene una mayor protección.

Estos problemas interpretativos junto con los estándares sancionatorios actuales, dejan en desprotección el discurso satírico. Este texto, pretende clarificar su alcance y trazar un límite entre su uso legítimo y los derechos de terceros, como la honra y el buen nombre.

Con ese propósito el escrito tendrá la siguiente estructura. Al principio se explican A) el fundamento democrático de la libertad de expresión, B) sus elementos normativos, haciendo énfasis en la distinción entre libertad de información y libertad de opinión y por último C) el concepto de discurso político. La tercera parte se centra en la sátira po-

1. UPRIMNY, Rodrigo. Sátira, calumnia y democracia [en línea]. En: Revista Semana. Julio, 2017. [Consultado el día 16 de noviembre de 2017]. Disponible en internet: <https://www.elespectador.com/opinion/satira-calumnia-y-democracia-columna-704386>

lítica como parte del discurso político y demuestra cómo esta no se encuentra bien blindada jurídicamente, en especial por los estándares de la justicia civil. En la penúltima parte, se propone un test de tres niveles para proteger adecuadamente la sátira política y finalmente se proponen unas breves conclusiones.

I. El fundamento democrático

El derecho a la libertad de expresión en sentido genérico, está consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política³. Se ha dicho que este es la piedra angular de un Estado Democrático⁴ y varias son las razones que llevan a dicha conclusión. Sin embargo, por ser de especial relevancia para los propósitos de este texto, solo se tratará su fundamento democrático, que la explican en mayor medida⁵.

Esta justificación parte de la premisa de que la libertad de expresión tiene una relación esencial con la democracia, debido a que la libre circulación de ideas e informaciones contribuye a crear una sociedad pluralista y deliberativa⁶.

Esta libertad, permite las condiciones básicas para que las personas puedan participar adecuadamente en los procesos deliberativos. Es por esto, que el Estado debe garantizar el contenido esencial de dicho derecho⁷, el cual es que las personas (1) estén expuestas a todo el es-

3. Colombia. Constitución Política. Artículo 20. A su vez, en el ordenamiento jurídico colombiano, también encuentra su fuente en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales por ser tratados de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado colombiano hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, de acuerdo con la interpretación hecha por la Corte Constitucional del artículo 93 de la Constitución.

4. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. Numeral 17 de la Sentencia.

5. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Acápite IV-2. Numeral 1.2.4; Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa. Numeral 15 de las Consideraciones de la Corte.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. párr. 85; Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. párr. 116.

7. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión [en línea]. OEA. 2009. 117 p. OEA/Ser.LV/II. CIDH/RELE/INF. 2/09. ISBN 978-0-8270-5457-8. [Consultado: el 16 de noviembre de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>. p. 3

pectro de información y opiniones necesarias para tomar decisiones libres sobre asuntos públicos⁸ y (2) tengan acceso a la arena política y al debate público para expresar sus puntos de vista sobre aquellos⁹. Los dos supuestos, aseguran la posibilidad de involucramiento de toda la sociedad incluyendo a las minorías¹⁰ en el diseño de políticas públicas, el control de la gestión del Estado, la elección de representantes políticos y en la denuncia de situaciones arbitrarias e injustas¹¹. De esta forma, “se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación”¹².

II. Los elementos normativos de la libertad de expresión

La libertad de expresión en sentido genérico abarca once elementos normativos¹³ dentro de los cuales, para interés del presente artículo, se profundizará solo en la libertad de expresión *stricto sensu* y la libertad de información. Estas, si bien están relacionadas, son libertades fundamentales específicas y autónomas.

1. La Libertad de expresión *stricto sensu*

La también llamada libertad de opinión “garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones”¹⁴. La Corte Constitucional por su parte, ha dicho que este derecho protege la libertad que tiene toda persona a difundir y recibir, libremente y sin limitación, sus propios pensamientos, opiniones e ideas de todo tipo, a través del medio y la forma escogidos por ella, y a no ser molestada por esto¹⁵. Su ejercicio se ve reflejado en la expresión de opiniones o juicios de valor personales¹⁶, los cuales al no poder ser comprobables de manera

-
8. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acapite IV-2. Numeral 1.2.4.
 9. O'REILLY, Aoife. In Defence of Offence: Freedom of Expression, Offensive Speech, and the Approach of the European Court of Human Rights. En: Trinity College Law Review. 2016, N° 19, p. 238.
 10. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acapite IV-2. Numeral 1.2.4.
 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. *Op. Cit.*, párr. 85.
 12. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acapite IV-2. Numeral 1.2.4.
 13. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Numeral 4.1.1 de las Consideraciones de la Corte.
 14. Colombia. Constitución Política. Artículo 20.
 15. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Numeral 4.2.1 de las Consideraciones de la Corte.
 16. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Numeral 4° de las Consideraciones de la Corte.

objetiva y empírica como falsos o verdaderos, son enteramente subjetivos y/o parcializados, ya que los mismos están basados en preferencias y en el criterio propio del emisor.

a. La libertad de información

De manera conexas, se encuentra también el derecho a la libertad de información el cual “protege la libertad de buscar, transmitir y recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole”¹⁷. Es decir, se protege la comunicación objetiva sobre hechos, acontecimientos y/o personas con el fin de informar al receptor de lo que está ocurriendo¹⁸. El criterio de objetividad, característico de la información, se ve reflejado en la exigencia de veracidad¹⁹ e imparcialidad²⁰ de la misma. Lo que implica “que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado”²¹.

b. Diferencias entre la libertad de opinión y la libertad de información

La principal diferencia entre ambas libertades es la imposición de mayores deberes a la libertad de información. La distinción se justifica porque la circulación de hechos falsos o parcializados, va en contra de los fines de la libertad de expresión. Aquellos impiden que la sociedad esté realmente informada, pues entorpecen la búsqueda colectiva de la verdad²² y vician el proceso de creación de opinión

-
17. Colombia. Constitución Política. Artículo 20; Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013. *Op. Cit.*, numeral 13 de las Consideraciones de la Corte.
 18. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015, M.P: Luís Ernesto Vargas Silva. Numeral 32 de las Consideraciones de la Corte.
 19. Este requisito ha sido morigerado por la Corte Constitucional ver, Corte Constitucional. Sentencia C-650 de 2003, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Numeral 4.1.1 de las Consideraciones de la Corte; Corte Constitucional. Sentencia SU-1723 de 2000, M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Numeral 31 de las Consideraciones de la Corte. Corte Constitucional. Sentencia T-298 de 2009, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. Numerales 4.5 y 4.6 de las Consideraciones de la Corte.
 20. Para un mayor énfasis ver, Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 1993, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Numeral 5 de las Consideraciones de la Corte; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-298 de 2009. *Op. Cit.*, Numerales 4.5 y 4.7 de las Consideraciones de la Corte
 21. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015. *Op. Cit.*, Numeral 32 de las Consideraciones de la Corte.
 22. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV-2, Numeral 1.2.3

pública²³. Además, los hechos falsos pueden resultar en un atentado a la reputación y estima social o en la afeción de la dignidad de una persona, tanto desde un punto de vista individual como social²⁴. Estas consecuencias afectan la estabilidad de una democracia pluralista.

La distinción descrita cobra mayor relevancia cuando se contrastan ambos derechos, pues “[l]a información sobre hechos, en tanto ejercicio de la libertad de información, ha de ser veraz e imparcial, mientras que la expresión de opiniones sobre dichos hechos, cubierta por la libertad de expresión *stricto sensu*, no está sujeta a estos parámetros. Las opiniones equivocadas y parcializadas gozan de la misma protección constitucional que las acertadas y equánimes”²⁵, incluso si las primeras causan molestia o afectan el amor propio de las personas²⁶. Esto es debido a que la falsedad de la opinión, debe ser combatida a través de un proceso comunicativo basado la competencia entre ideas para la búsqueda de la verdad, dado que una opinión es “una idea, un parecer o forma de ver el mundo, que de hallarse injusta o impertinente, debe combatirse con otras opiniones o pareceres”²⁷.

No obstante, la jurisprudencia ha aclarado en este último punto, que muchas veces es difícil distinguir entre la libertad de opinión y la libertad de información²⁸. Por lo que, al no haber derechos absolutos, se exige a quienes expresan sus opiniones –máxime cuando lo hacen a través de medios masivos de comunicación– que se aseguren de la veracidad de los hechos sobre los que se fundan y rectifiquen en caso de que sus opiniones se hayan basado en informaciones inexactas o erróneas²⁹.

-
23. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T–219 de 2009. M.P.: Mauricio González Cuervo. Numerales 4.1.2 y 4.2.3.3 de las Consideraciones de la Corte.
 24. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de Julio de 2013, M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández y María Del Rosario González Muñoz. Pág. 66; Corte Constitucional. Sentencia T–904 de 2013. *Op. Cit.*, Numeral 21 de las Consideraciones de la Corte.
 25. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T–391 de 2007. *Op. Cit.*, Numeral 4.3.4 de las Consideraciones de la Corte.
 26. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T–1319 de 2001. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes. Numeral 14 de las Consideraciones de la Corte.
 27. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C–417 de 2009, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. Numeral 109 de las Consideraciones de la Corte.
 28. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU–1723 de 2000. *Op. Cit.*, Numeral 38 de las Consideraciones de la Corte; Corte Constitucional. Sentencia T–546 de 2016, *Op. Cit.*, Numeral 4 de las Consideraciones de la Corte.
 29. Colombia, Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 33. Corte Constitucional. Sentencia T–546 de 2016, *Op. Cit.*, Numeral 4 de las Consideraciones de la Corte.

2. El discurso político y el discurso de interés público como manifestación de la libertad de expresión

La jurisprudencia nacional ha sostenido que el grado de protección de un discurso puede cambiar según su contenido³⁰ y que cuando este esté relacionado de manera más cercana con los fundamentos de la libertad de expresión³¹ y en consecuencia, haya un mayor interés en que la sociedad tenga acceso al mismo³², el nivel de tutela aumentará.

Tal es el caso del discurso político y sobre asuntos de interés público³³, que en sentido amplio se caracteriza por propiciar el debate sobre asuntos públicos –los cuales por definición conciernen a la sociedad como un todo³⁴–. La política, es uno de los aspectos más importantes para una sociedad democrática. Aquella, en sentido lato, abarca los mecanismos de participación electoral y el control de los gobernantes por parte de los gobernados³⁵. Como una de las manifestaciones del discurso político es legitimar, fiscalizar y controlar el poder del Estado y sus funcionarios³⁶, éste ayuda a la consolidación de una democracia participativa fuerte y estable³⁷.

... La jurisprudencia nacional ha sostenido que el grado de protección de un discurso puede cambiar según su contenido...

Adicionalmente, para asegurar el buen funcionamiento del orden democrático, se debe someter a vigilancia estricta la gestión del Estado;

30. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV-4 Numeral 2.3.2; Corte Constitucional. Sentencia C-452 de 2016. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. Numeral 18 de las Consideraciones de la Corte.

31. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013. *Op. Cit.*, Numeral 16 de las Consideraciones de la Corte.

32. *Idem*

33. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV-4 Numeral 2.3.3.1; Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 37.

34. BOTERO MARINO, Catalina, *et. al.* El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio [en línea]. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. 2017. 356 p. ISBN versión digital: 978-958-5441-06-4. [Consultado el 16 de noviembre de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>. p. 62.

35. *Ibid.*, p. 37.

36. *Ibid.*, p. 37-38.

37. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 33 y 36.

esto implica que debe existir un monitoreo que vaya más allá de las entidades de control interno del mismo³⁸. Esta supervisión adicional, es ejercida por el discurso político debido a que este “fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones” y a la vez “es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana”³⁹. El ejemplo en donde se ve con más claridad el logro de dichos fines, es en la denuncia de situaciones de corrupción. No por nada, se ha dicho que la libertad de expresión es una de la formas más eficaces para combatirla⁴⁰.

La función fiscalizadora del discurso político, debe ir de la mano de una alta protección al mismo, en tanto que los poderosos al verse afectados con su uso, pueden verse tentados a censurarlo⁴¹. Este blindaje se materializa en una mayor tolerancia de las expresiones que critican e informan acerca de (1) los funcionarios públicos⁴² o aspirantes a serlo⁴³ y/o (2) sobre el Estado y sus instituciones. En atención a esto, hay un menor rango de acción para la imposición de restricciones⁴⁴ por parte de las autoridades.

Dicha protección se amplía si el funcionario es una figura pública, como suele suceder con funcionarios de alto rango o elegidos a través del voto popular⁴⁵. Estos no solo están íntimamente relacionados con el manejo del aparato estatal, sino que además son figuras públicas⁴⁶, es decir que en mayor medida se exponen públicamente ante la sociedad. Una mayor tolerancia es admisible, si se tiene en cuenta que estos tienen mayor capacidad para controvertir las expresiones en su contra, “dada su influencia social y mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación”⁴⁷.

Así mismo, es común que incluso estas críticas e informaciones puedan resultar ofensivas⁴⁸, chocantes y molestas para la mayoría de la po-

38. Relatoría especial para la libertad de expresión. *Op. Cit.*, p. 11.

39. *Idem.*

40. *Idem.*

41. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013. *Op. Cit.*, Numeral 16 de las Consideraciones de la Corte.

42. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV-4. Numeral 2.3.3.1.

43. BOTERO MARINO, Catalina, et. al. *Op. Cit.*, p. 63

44. *Idem.*

45. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Lingens vs. Austria. 1986. párr. 42; Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV-7. Numeral 3.2.1.

46. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 27.

47. Relatoría especial para la libertad de expresión. *Op. Cit.*, p. 14.

48. *Ibid.* p. 68

blación y/o el funcionario contra el cual se dirigen⁴⁹. No obstante, una menor tutela de los derechos a la honra y buen nombre de este tipo de personas⁵⁰ es un efecto inevitable, aceptable y necesario para el ejercicio del discurso político.

III. La sátira y su rol en el discurso público

La sátira es un género literario y a la vez un recurso retórico que se basa en la exageración y/o distorsión⁵¹ de la realidad⁵², ya sea de situaciones, acciones, comportamientos, expresiones o rasgos de personas⁵³. Particularmente, esta se enfoca en los defectos y errores para ridiculizar y/o avergonzar⁵⁴. A su vez, la sátira busca expresar un mensaje crítico que informa y educa a la audiencia receptora de la misma⁵⁵. Este mensaje se caracteriza porque suele referirse a problemas políticos o sociales, apelando principalmente a dos reacciones, aunque sin limitarse únicamente a estas⁵⁶, (1) la risa⁵⁷ –vrg. producto del humor causado al

... La sátira es un género literario y a la vez un recurso retórico que se basa en la exageración y/o distorsión de la realidad...

49. *Ibid.* p. 63

50. *Ibid.* p. 67

51. Ver, SCOTT, Andrew. Rhetoric and Satire—Spitting Image and Political Comedy. En: Rhetoric in British Politics and Society. Londres: Palgrave Macmillan, 2014. p. 157.

52. Corte Europea de Derechos Humanos. Eon vs. Francia. 2013. párr. 60.

53. GILBERT, Lauren. Moking George: Political Satire as True Threat in the Age of Global Terrorism. En: University of Miami Law Review. 2004, Nº 58, p. 858.

54. COLLETTA, Lisa. Political Satire and Postmodern Irony in the Age of Stephen Colbert and Jon Stewart. En: Journal of Popular Culture. 2009, Nº 42. p. 859; TODD, Jeff. Satire in Defamation Law: Toward a Critical Understanding. En: The Review of Litigation. 2016, Nº 35, p. 49.

55. SCOTT, *Op. Cit.*, p. 148; CALVERT, Clay. Know Your Audience: Risky Speech at the Intersection of Meaning and Value in First Amendment Jurisprudence. En: Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review. 2014, Nº 35, p.173; GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 858.

56. Por ejemplo, también puede provocar decepción.

57. En la mayoría de las ocasiones graciosa para la audiencia. MCCLENNEN, Sophia y MAISEL, Remy. When I Mock You, I Make You Better: How Satire Works En: Is satire saving our nation? Mockery and American Politics. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2014. p. 112. No obstante, la sátira no es siempre humorística pues a veces puede ser cruel y burlona o incluso absurda. *Cfr.* TODD. *Op. Cit.*, p. 56–57; TREIGER, Leslie. Protecting Satire against Libel Claims: A New Reading of the First Amendment's Opinion Privilege. Yale Law Journal. 1989, Nº 98, p. 1231.

burlarse de la ineptitud de los funcionarios públicos– y/o (2) la indignación⁵⁸ –vrg. al provocar consternación al ver a la sociedad afectada por comportamientos cínicos y egoístas de sus dirigentes–. El despertar dichas emociones, permite captar mejor la atención del receptor de la expresión, al darle una sensación de superioridad moral respecto del objeto satirizado⁵⁹ y a la vez, permite transmitir o confirmar una perspectiva crítica relacionada con este⁶⁰.

Junto con lo ya dicho, la sátira logra su cometido usando “lenguaje escandaloso y cruel”⁶¹ y recurriendo a diversas técnicas literarias⁶²

... la sátira exige a la audiencia a ir más allá de una lectura superficial del mensaje, para hacer una lectura más profunda que le permita entender e identificar la perspectiva crítica del emisor...

o retóricas⁶³ como la mofa, la ironía, la parodia, el sarcasmo o la hipérbole⁶⁴. Se caracteriza también, por hacer uso de juegos de palabras y lenguaje figurado⁶⁵ y por la alternación constante entre la realidad y la apariencia⁶⁶. En consecuencia, la sátira exige a la audiencia a ir más allá de una lectura superficial del mensaje, para hacer una lectura más profunda que le permita entender e identificar la perspectiva crítica

del emisor⁶⁷. Esto es posible gracias a que tanto el autor como el receptor del mensaje, tienen una idea preconcebida o conocimiento previo de la situación o la persona que es objeto de la sátira⁶⁸.

En ese sentido, el propósito principal de la sátira no es la burla de la situación o persona satirizada, ni tampoco la mera diversión de la audiencia. Lo que realmente se busca es que, a través de la sátira, la persona y/o la situación criticada se corrija⁶⁹ y a su vez que la sociedad pueda “examinarse a sí misma de forma crítica y afrontar sus deficien-

58. SCOTT, *Op. Cit.*, p. 153.

59. SCOTT, *Op. Cit.*, p. 149.

60. SCOTT, *Op. Cit.*, p. 153,

61. TREIGER, *Op. Cit.*, p. 1231.

62. GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 859; MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 108.

63. TODD. *Op. Cit.*, p. 61

64. MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 112. No obstante, la sátira no es siempre humorística pues a veces puede ser cruel y burlona o incluso absurda. TODD. *Op. Cit.*, p. 56–57; TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1231.

65. MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 117–118. 120; TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1231.

66. TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1231.

67. TODD. *Op. Cit.*, p. 49 y 57; MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 108 y 112.

68. SCOTT, *Op. Cit.*, p. 148.

69. GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 861.

cias”⁷⁰, contribuyendo a la búsqueda de la verdad y a la discusión de asuntos serios de una forma menos seria⁷¹.

De hecho, la sátira cumple una función fundamental en una democracia, pues no solo sirve para hacer una crítica inteligente a la sociedad, sino que también es un medio de representación pública de voces opositoras y disidentes⁷². Asimismo, la sátira política sirve como puente entre los ciudadanos y el gobierno⁷³ pues, con sus críticas agudas, crudas y directas a los funcionarios públicos o a las instituciones, promueve la participación ciudadana⁷⁴ al generar conciencia⁷⁵ sobre temas de interés común⁷⁶. Las anteriores características, alinean a la sátira con el discurso político, ya que contribuye al control de los abusos del poder y a la formación de la opinión pública.

1. La indemnización de perjuicios como responsabilidad ulterior en Colombia y amenaza a la sátira política

Tanto en el ámbito civil, a través de la indemnización de perjuicios en la responsabilidad extracontractual, como en el ámbito penal, a través de los delitos de injuria y calumnia, el Legislador colombiano ha protegido el derecho a la honra y el buen nombre de los ciudadanos. Dichos mecanismos de tutela son conocidos como responsabilidades ulteriores. También existe el derecho a la rectificación en condiciones de equidad⁷⁷, no obstante, debido a que este cuenta con un amplio y pacífico desarrollo a nivel constitucional, se hará únicamente énfasis en las responsabilidades anteriormente men-

... la sátira cumple una función fundamental en una democracia, pues no solo sirve para hacer una crítica inteligente a la sociedad, sino que también es un medio de representación pública de voces opositoras y disidentes...

70. GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 858; MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 107.

71. GARDNER, Gerald. *The Mocking Of The President: A History Of Campaign Humor From Ike To Bush*. Wayne State University Press, 1988. p. 12; MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 112; TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1231.

72. GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 858

73. *Ibid.*, p. 862.

74. MCCLENNEN y MAISEL. *Op. Cit.*, p. 112 y 121

75. *Ibid.*, p. 112.

76. GILBERT, Lauren. *Op. Cit.*, p. 863 – 864.

77. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1198 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Numeral 7.2 de la Consideraciones de la Corte.

cionadas, particularmente en la sanción civil, teniendo en cuenta que el artículo 14 de la Convención Americana estipula que “[e]n ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”⁷⁸. A continuación, se explican los estándares utilizados para brindar mayor protección al discurso político frente a sanciones civiles y también se explica cómo estos son incompatibles con la naturaleza de la sátira política y la dejan susceptible de ser sancionada.

La sanción civil tiene como fin indemnizar los daños materiales⁷⁹ y/o morales⁸⁰ causados por la expresión de opiniones o informaciones, que lesionen la honra y dignidad de las personas, con el objetivo de reestablecer la reputación dañada.

Es meritorio recordar, que el derecho penal ha de ser la última ratio para restringir la libertad de expresión, dado el mayor impacto que este tiene en la libertad de las personas. Por lo tanto, la sanción civil es la primera de las responsabilidades ulteriores que un Estado debería aplicar para limitarla⁸¹.

No obstante, las sanciones civiles pueden generar un impacto mayor o igual al de las sanciones penales⁸² si son aplicadas de manera desproporcionada. En efecto, son capaces de producir un efecto inhibitorio o de auto censura en quien tenga interés en hacer uso del discurso político o de interés público, por temor a tener que pagar una indemnización cuantiosa y ver afectada su vida personal y familiar⁸³.

En materia civil, el derecho estadounidense ha desarrollado el estándar de la malicia real para brindar una mayor protección al discurso político. Dicho blindaje jurídico surgió en

“(…) el caso *New York Times vs. Sullivan* de 1964, (...) [el cual] negó que un servidor público pudiera obtener una

78. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Numeral 3.6 de las Consideraciones de la Corte; *Cfr.* Relatoría especial para la libertad de expresión. *Op. Cit.*, p. 37.

79. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 24 de mayo de 1999. Exp. N° 5244. M.P.: Pedro Lafont Pianetta. p. 14.

80. *Idem.*

81. BOTERO MARINO. *Op. Cit.*, p. 142 y 143

82. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. párr. 129; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 74

83. *Idem.*

indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si éstas eran inexactas, salvo si probaba, con claridad convincente (“convincing clarity”), que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención (“actual malice”), esto es, agrega la sentencia, “con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia (“reckless disregard”) sobre su veracidad”⁸⁴.

Por su parte, en Colombia la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 24 de mayo de 1999, determinó que se debe indemnizar perjuicios de naturaleza extracontractual⁸⁵ cuando se cause un daño moral⁸⁶ y/o material⁸⁷ a una persona por medio de la publicación de información falsa o inexacta de manera dolosa⁸⁸ –a sabiendas de su falsedad– o culposa⁸⁹ –confiando imprudentemente en su exactitud–. En el caso de la sentencia citada, quien solicitaba la indemnización no era un funcionario público, por lo cual se cree que la Corte acogió el estándar menos estricto de culpa leve. Sin embargo, dada la alta protección al discurso político, en el supuesto de que sea un funcionario del Estado quien solicite la compensación, este deberá probar la culpa grave o el dolo del emisor de la información⁹⁰.

Si se contrastan los criterios del estándar del derecho norteamericano con las categorías subjetivas propias de la responsabilidad extracontractual en Colombia, se puede ver una semejanza y compatibilidad entre estas. En particular, en ambos casos no basta con probar la falsedad o parcialidad de la información, sino que es importante la intención dañina o negligencia grave con la que actuó quien transmitió la información. Como lo afirma Gutiérrez:

“(…) cuando se habla de malicia real o efectiva (*actual malice*) se manifiesta la existencia de dolo real o efectivo, como

-
84. UPRIMNY, Rodrigo; BOTERO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando. Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. En: Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda [en línea]. Quito: UNESCO, 2011. p. 297–298. Consultado el 16 de noviembre de 2017. Disponible en unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf
85. Basándose en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano y en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944.
86. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. *Op. Cit.*, p. 15, 37–38.
87. *Ibid.* p. 15, 38–39
88. *Ibid.*, p. 14 y 16
89. *Idem.*
90. *Cf.*: Corte Constitucional. Sentencia T–904 de 2013. *Op. Cit.*, Numeral 13 de las Consideraciones de la Corte.

consecuencia del conocimiento cabal de la falsedad de la noticia y su ulterior difusión. Por su parte, la descuidada desconsideración acerca de si la información era falsa o no (*reckless disregard of whether it was false or not*) se traduce en un actuar negligente o de culpa grave por parte del informante⁹¹.

No obstante, el estándar de real malicia, si bien aumenta la protección del discurso político, es insuficiente para proteger la sátira política, especialmente la más sutil⁹². Esta parece ser incompatible con los criterios de aquel estándar, pues dada su naturaleza, la sátira se basa en la distorsión consiente y deliberada de la realidad, con el propósito de ridiculizar y a su vez tiene apariencia de hecho y no de opinión.

Como lo menciona Treiger⁹³, hay tres razones por las cuales las expresiones satíricas sutiles corren el riesgo de ser sancionadas bajo ese estándar. Primero, como la sátira funciona a través de la distorsión, el

... el autor de la sátira siempre actúa con la intención de distorsionar, falsear o exagerar la realidad...

material satírico puede ser identificado como falsedad o, en el mejor de los casos, como exageración. Además, la sátira suele tener a primera vista la apariencia de hecho o de carácter fáctico y no de opinión, es decir que intenta presentar la distorsión de la realidad como un hecho cierto. Esto suele suceder en el caso de la sátira sutil, la cual disminuye el nivel de exage-

ración y lo reemplaza por un nivel mayor de exigencia por parte de la audiencia para descifrar el mensaje crítico⁹⁴. Segundo, al ser la burla un elemento inescindible del material satírico y al recaer este sobre el carácter, personalidad o acciones de una persona determinada o determinable, el mismo puede llegar a ser considerado difamatorio. Por último, el autor de la sátira siempre actúa con la intención de distorsionar, falsear o exagerar la realidad.

-
91. GUTIÉRREZ, Mónica. La veracidad informativa como exigencia constitucional al ejercicio de la libertad de información de los medios periodísticos. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2007. p. 125. [Consultado el 16 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://studylib.es/doc/4553067/la-veracidad-informativa-como-exigencia-constitucional-al>
92. La sátira sutil es aquella cuyo formato de presentación dificulta vista entender que se está ante una distorsión de la realidad y se caracteriza por ser menos exagerada. Las caricaturas, en su gran mayoría, no hacen parte de esta categoría pues la mayoría distorsiona la realidad de forma fantasiosa e imposible.
93. TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1216, 1218-1219.
94. TODD. *Op. Cit.*, p. 58

2. La dificultad interpretativa de la sátira política en el derecho constitucional colombiano

La desprotección de la sátira política sutil no es ajena en el ámbito colombiano⁹⁵ y no es un problema exclusivo del régimen civil⁹⁶. En la sentencia T-609 de 1992⁹⁷, la Corte Constitucional concluyó que un fotomontaje⁹⁸ y una caricatura⁹⁹ de una Contralora Departamental, en relación con un escándalo en la adjudicación de un contrato estatal, eran denigrantes y lesivos de su dignidad.

En palabras de dicha corporación las imágenes eran “abusivas, desproporcionadas y denigrantes en alto grado (...). Además, rompen con cualquier medida de trato digno y con las conocidas reglas de la urbanidad y de la educación cívica”¹⁰⁰. Si bien en sus consideraciones la Corte reconoció que la caricatura y el fotomontaje hacían parte de la libertad de opinión, el reproche hecho por esta parece que se basó en que el juicio de valor de las mismas, hallaba su sustento en hechos parciales, incompletos o inexactos pero presentados como ciertos¹⁰¹.

-
95. Ver el caso de un ex vicepresidente que tomó como cierta una noticia de un portal satírico. REVISTA SEMANA, Actualidad Panamericana engañó a ‘Pacho’ Santos [En línea]. En: Revista Semana, 21 de octubre de 2014, [Consultado el día 16 de noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.semana.com/nacion/articulo/pacho-santos-cita-actualidad-panamericana/406667-3>.
 96. Ver por ejemplo la Sentencia T-787 de 2004. Corte Constitucional Sentencia T-787 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil. Numeral 22 de las Consideraciones de la Corte.
 97. Cabe aclarar que la sentencia corresponde al periodo en donde la Corte Constitucional recién iniciaba sus funciones y por ende no tenía una jurisprudencia tan rica y decantada como ahora. Uprimny et. al., comentando el caso objeto de la sentencia afirma que durante los primeros años “la Corte tendió, al menos en sus primeros tres años de actividades, a dar preferencia al derecho a la intimidad” sobre la libertad de expresión. UPRIMNY, BOTERO y JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 291.
 98. El fotomontaje de la Contralora es descrito en la sentencia de la siguiente forma: “aparece de cuerpo entero con vestido negro y una chaqueta de color negro abierta, enseñando tres billetes de \$5.000.00, una fracción de la lotería y un mapa en el revés de la vestimenta que localiza la Costa Atlántica. El artificio utilizado, incorpora además un *blue jean* con correa negra. En la solapa derecha de la chaqueta aparece una mano que anatómicamente no corresponde la fisonomía de la contralora, pues si se observa bien, la blusa negra que se empleó para el fotomontaje, también fue pintada de color negro. Los aderezos corresponden a la fotografía aparecida en la Edición No. 25006. Sobre fondo azul se destaca su fisonomía y al lado derecho del gráfico con escrito titulado en caracteres relevantes sobre fondo amarillo aparece el título de “IRREGULARIDADES EN LA LOTERIA DEL QUINDIO” ”.
 99. La caricatura de la Contralora es descrita en la sentencia de la siguiente forma: “una caricatura en la que un cuervo representa a la firma Villaso, un semoviente a la Contralora “señora EMMA” y a la Lotería del Quindío un poste donde se encuentra parado el cuervo con un símbolo de pesos en el piso” ”.
 100. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-609 de 1992. M.P: Fabio Morón Díaz.
 101. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Op. Cit., p. 33; Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2015. *Op. Cit.*, Numeral 4 de las Consideraciones de la Corte.

Además, también sugiere que la presunta afectación del buen nombre y/o la honra, se dio por el contenido del material gráfico por ser insultante o irrazonablemente desproporcionado¹⁰², a pesar de que ni la foto ni la caricatura reproducían actos o sucesos propios de la intimidad¹⁰³ de la Contralora.

Una interpretación acorde con la naturaleza satírica de los materiales gráficos en cuestión, hubiera llevado a entender que la deformación y las modificaciones a la realidad presentes en estos, iban encaminadas a llamar la atención sobre el episodio de corrupción en el Departamento. Sumado a esto, la Corte pareció no reconocer el mensaje crítico de la caricatura y el fotomontaje, hacia el rol del Estado en el manejo de recursos públicos, representado en la Contralora de la región. No sobra recordar que la Contraloría, ante los ojos del ciudadano común y corriente, es la entidad responsable del control y vigilancia fiscal; es decir que debe asegurar y verificar el buen uso de los dineros públicos¹⁰⁴.

Finalmente, la Corte parece haber omitido reconocer que las expresiones en comento, al versar sobre el uso indebido de recursos públicos, se encontraban dentro de la categoría discurso político y de temas de interés público; y por ende ameritaban una mayor protección incluso si las mismas eran consideradas ofensivas por la Contralora o por la mayoría de lectores del periódico.

La problemática de no comprender las complejidades de la sátira, también es tratada por Clay Calvert. Este académico, ilustra el problema que tienen los autores satíricos frente a la incertidumbre de no saber si sus expresiones serán tomadas como información o como opinión¹⁰⁵.

Calvert sugiere, a partir del estudio del caso *Hustler Magazine vs. Falwell*¹⁰⁶, que debido al uso que hace la sátira de técnicas literarias como la parodia, las cortes estadounidenses pueden llegar a no entender el mensaje implícito en esta y a leerla solo en su sentido literal¹⁰⁷.

102. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-050 de 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Pie de página 43 de la Sentencia.

103. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-050 de 2016. *Op. Cit.*; *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-904 de 2013. *Op. Cit.*, Numeral 22 de las Consideraciones de la Corte.

104. Colombia. Constitución Política, Artículo 267.

105. CALVERT. *Op. Cit.*, p. 173 y 176.

106. Corte Suprema de Justicia de Los EE.UU. *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 1988. M.P.: William Hubbs Rehnquist. Disponible en <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/HUSTLER-MAGAZINE-v-FALWELL,485-U.S.pdf>

107. *Ibid.*, p 174

Es decir, entender la distorsión de la realidad como hechos carentes de veracidad o imparcialidad.

Dicho caso versaba sobre una parodia titulada “Jerry Falwell habla sobre su primera vez” que tenía como protagonista a Jerry Falwell, un famoso e influyente Reverendo nacionalmente conocido por sus posturas ultraconservadoras. La controversia surgió cuando la revista pornográfica Hustle publicó una entrevista ficticia¹⁰⁸, en la que Falwell admitía que era alcohólico y que a su vez había sostenido relaciones incestuosas con su madre. La entrevista aprovechaba el eslogan de una campaña publicitaria del licor Campari; “Nunca olvidarás tu primera vez”¹⁰⁹ e incluía una foto de Falwell al lado de una foto de una botella de Campari con un vaso de Campari “en las rocas”.

Una interpretación satírica daría a entender que lo que se quería transmitir era que Falwell era un hipócrita y no que incurrió en una relación incestuosa o que era un alcohólico. Sin embargo, la razón final por la que se negó la indemnización monetaria al Reverendo fue que se consideró que un lector racional de la parodia no la entendería ni creería que la entrevista fuera real y que por lo tanto los hechos allí descritos no eran creíbles¹¹⁰. No obstante, el criterio de credibilidad es insuficiente para proteger la sátira, especialmente la más sutil, pues no se protege en razón a la opinión subyacente a su mensaje crítico, sino por su distorsión reconocible y muchas ocasiones fantasiosa de los hechos¹¹¹.

IV. Superando la dificultad: el test de análisis de la sátira

En test aquí presentado está basado en el desarrollado por Treiger¹¹². Al mismo se le han hecho algunas modificaciones basadas en las particularidades del derecho colombiano y se le ha agregado información adicional. El test está creado a partir de las categorías propias del estándar de la malicia real –mensaje¹¹³ e intención del

108. Al pie de la página, en letras pequeñas, el aviso contenía la siguiente advertencia: “Parodia publicitaria. No debe interpretarse seriamente”. El índice de la revista también incluía el aviso en la sección “Ficción: Parodia publicitaria y sobre personalidades”.

109. En inglés “You’ll never forget your first time”.

110. Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, *Op. Cit.*, p. 7.

111. TREIGER. *Op. Cit.*, p. 1219 y 1228.

112. *Ibid.* 1228–1234.

113. A false statement of fact having defamatory content (Una afirmación falsa con contenido difamatorio).

autor¹¹⁴—, junto con la interpretación de la audiencia, que en el caso de la sátira, importa en la determinación del significado del mensaje¹¹⁵.

1. Los criterios del test

El test debe determinar si el mensaje fue entendido como una descripción de hechos, lo que lo ubicaría en el marco de la libertad de información, o si por el contrario el mismo fue entendido como una opinión crítica de un asunto de interés público, lo que lo ubicaría dentro de la libertad de opinión.

... Para ello el test entonces debe responder tres preguntas. Primero, debe examinar el discurso en su contexto y preguntarse ¿es sátira? Segundo, ¿pretendía el autor que su mensaje fuera satírico? Finalmente, ¿la audiencia a la cual se dirige el discurso la entiende como sátira? ...

Para ello el test entonces debe responder tres preguntas. Primero, debe examinar el discurso en su contexto y preguntarse ¿es sátira? Segundo, ¿pretendía el autor que su mensaje fuera satírico? Finalmente, ¿la audiencia a la cual se dirige el discurso la entiende como sátira? Además, que dada la relevancia de la sátira política como discurso altamente protegido, quien demande la responsabilidad civil del autor de la sátira debe demostrar que el discurso analizado no responde afirmativamente al

menos dos de las tres preguntas, carga que según la regla de la *exceptio veritatis* deberá corresponder al demandante¹¹⁶.

a. El análisis del discurso

En esta parte del test, se debe intentar identificar de manera objetiva si el discurso o mensaje cuenta con las características de la sátira descritas en el apartado 3., enfocándose (1) en el uso de recursos retóricos y/o técnicas literarias como la parodia, la ironía o el sarcasmo para despertar sentimientos de rabia o gracia en el receptor¹¹⁷ y (2) en el componente crítico sobre un asunto de interés público¹¹⁸ que

114. With knowledge of falsity or reckless disregard for the truth (Con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia sobre su veracidad).

115. La Corte Suprema parece acoger este criterio *Cfr*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 71.

116. BOTERO MARINO, Catalina, *et. al. Op. Cit.*, p. 146.

117. TODD. *Op. Cit.*, p. 62 – 63.

118. Por ejemplo, temas relacionados con la salud pública y el medio ambiente, son materias no son electorales pero que son parte de discurso sobre asuntos de interés público. Corte Suprema de Justicia, Sala de

se distingue de asunto que despierta una simple curiosidad generalizada¹¹⁹.

En la misma medida, los jueces deben analizar el mensaje y sus apartes como un todo¹²⁰ y dentro del contexto social¹²¹ en el que este fue proferido. En el caso de la sátira política, hay que prestar atención al estatus contra quien se dirige el mensaje¹²². Según la Corte Constitucional, “[e]l lenguaje que se utilice, el tono de las expresiones, la construcción del texto y su ubicación gráfica dentro del cuerpo del medio de comunicación, son elementos que alteran el significado de los enunciados que reciben y comprenden los receptores del contenido comunicativo”¹²³.

Hay que resaltar que la auto denominación de una expresión como sátira, por parte de su autor –vgr. la advertencia en la entrevista del caso Hustler–, si bien puede indicar que la misma tiene dicha naturaleza, no es un criterio suficiente para inmunizar dicho discurso ni a su autor¹²⁴.

b. La intención del autor

Aquí, más que la intención del autor en distorsionar hechos y circunstancias de manera consiente, pues esta es una característica inherente a la sátira, los jueces deben intentar determinar si la intención del autor, cuando comunicó el mensaje¹²⁵, era criticar el actuar de un funcionario público o una situación de interés común¹²⁶ a través de la distorsión de la realidad. Para ello es útil identificar el perfil y trasfondo

Casación Penal. *Op. Cit.*, p. 37; Corte Constitucional. Sentencia T–391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV–4 Numeral 2.3.3.1

119. Aplicando *mutatis mutandi* el criterio de relevancia pública de la libertad de información. Corte Constitucional. Sentencia SU–1723 de 2000, *Op. Cit.*, Numerales 26–30 de las Consideraciones de la Corte.
120. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 2002. Exp. N° 7303. M.P.: Manuel Ardila Velásquez. p. 18; Corte Constitucional. Sentencia T–312 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Numeral 4.1 de las Consideraciones de la Corte; Corte Constitucional. Sentencia SU–1723 de 2000, *Op. Cit.*, Numeral 38 de las Consideraciones de la Corte; Corte Constitucional. Sentencia T–391 de 2007. *Op. Cit.*, pie de página 287; TODD. *Op. Cit.*, p. 53.
121. Corte Europea de Derechos Humanos. Eon vs. Francia. *Op. Cit.*, párr. 51, 53, 57–58.
122. *Ibid.*, párr. 53
123. Corte Constitucional. Sentencia T–1198 de 2004. *Op. Cit.*, Numeral 6.1 de las Consideraciones de la Corte.
124. SMOLLA, Rodney. Emotional Distress and the First Amendment: An Analysis of Hustler v. Falwell. En: Arizona State Law Journal. 1988, N° 10, p. 453.
125. CALVERT, *Op. Cit.*, p. 208.
126. Corte Constitucional. Sentencia T–391 de 2007. *Op. Cit.*, Acápite IV–4. Numeral 2.1.2.1; Corte Europea de Derechos Humanos. Eon vs. Francia. *Op. Cit.*, párr. 58 y 60

del autor¹²⁷. En este punto, es relevante tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en lo relativo a que la libertad de expresión, no protege las expresiones formalmente injuriosas y desproporcionadas que tienen como único propósito insultar¹²⁸. Bajo ese mismo razonamiento, tampoco se cumpliría con este criterio si el propósito del autor es el mero entretenimiento¹²⁹ y cualquier opinión que contribuya al debate de un asunto de relevancia pública, es meramente ínfima o incidental¹³⁰.

c. La interpretación de la audiencia

En este criterio el juez debe preguntarse si el mensaje es entendido por sus receptores como una afirmación fáctica o como una opinión crítica presentada de forma poco seria. Hay que hacer énfasis en que, al evaluarse el entendimiento del mismo, se debe tener en cuenta la audiencia relevante, es decir aquella pretendida por el autor al momento de que el mensaje fue comunicado¹³¹ y que realmente presta o prestaría atención al mensaje satírico; no al público en general¹³², para ello es útil considerar el medio por el cual se publica¹³³. De lo contrario se impondría una carga excesiva al autor, quien, contrario al juicio ex post del juez, debería ex ante intentar prever el trasfondo cultural, social y económico de un “receptor razonable”¹³⁴.

En el derecho estadounidense este criterio fue adoptado en el caso de Farah vs. Esquire Magazine. La Corte Federal que conoció del caso, tomó como audiencia relevante de la columna satírica a los lectores

127. Corte Europea de Derechos Humanos. Eon vs. Francia. *Op. Cit.*, párr. 58.

128. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, mayo 2 de 2008, Voto concurrente razonado del Juez Diego García-Sayán. párr. 13; Corte Europea de Derechos Humanos. Eon vs. Francia *Op. Cit.*, párr. 57.

129. *Cfr.* Sosteniendo que el fin de un matrimonio de alguien famoso por vía judicial no es de interés público, ver Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. Time Incorporated vs. Firestone. M.P.: William Hubbs Rehnquist.

130. SMITH, Kevin, Constitutional Law—Satire, Defamation, and the Believability Rule as a Bar to Recovery—Falwell v. Flynt. En: Wake Forest Law Review. 1987, N° 22, p. 923, 925–926, 928.

131. CALVERT, *Op. Cit.*, p. 209.

132. Corte Constitucional. Sentencia C–010 de 2000. *Op. Cit.*, Numeral 20 de las Consideraciones de la Corte.

133. Corte Constitucional. Sentencia C–010 de 2000. M.P: Alejandro Martínez Caballero. Numeral 21 de las Consideraciones de la Corte.

134. CALVERT, *Op. Cit.*, p. 169–171, 176.

úsales del blog político de la revista, los cuales estaban familiarizados con publicaciones satíricas anteriores y eran políticamente informados respecto de la situación satirizada¹³⁵. En ese caso la controversia versaba sobre el lugar de nacimiento del expresidente Barack Obama. En conclusión, no se cumplirá con este criterio si se demuestra que un número sustancial de receptores de la audiencia relevante, entendieron el mensaje como afirmaciones fácticas y no como una opinión satírica.

Conclusión

En este texto se ha demostrado la importancia del discurso político en una sociedad democrática y cómo la sátira política juega un papel preponderante en la promoción de dicho discurso.

También se han explicado como los estándares sancionatorios de la justicia civil se equivocan a la hora de ser aplicados a los discursos satíricos.

Para ayudar a resolver este problema, se sugiere un test que evalúa tres criterios inherentes a las características de la sátira, a saber, el análisis objetivo del discurso satírico, la intención del autor y el entendimiento de la audiencia receptora. Recurrir a este tipo de análisis logrará proteger y promover la sátira política, lo que al final contribuye a la construcción de una sociedad más pluralista y democrática.

Bibliografía

- BOTERO MARINO, Catalina, *et. al.* El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio [en línea]. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. 2017. 356 p. ISBN versión digital: 978-958-5441-06-4. [Consultado el 16 de noviembre de 2017]. Disponible en Internet: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>.
- CALVERT, Clay. Know Your Audience: Risky Speech at the Intersection of Meaning and Value in First Amendment Jurisprudence. En: *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*. 2014, N° 35

135. Corte de Apelaciones, Circuito del Distrito de Columbia. *Joseph Farah vs. Esquire Magazine*, 2013. p. 15. Disponible en https://dclslaplaw.com/files/2013/12/Farah_DCCircuit_opinion.pdf

- COLLETTA, Lisa. Political Satire and Postmodern Irony in the Age of Stephen Colbert and Jon Stewart. En: Journal of Popular Culture. 2009, N° 42.
- COLOMBIA. Constitución Política. Artículo 20.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-010 de 2000. M.P: Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 2009, M.P: Juan Carlos Henao Pérez.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 2016. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 2002. M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-650 de 2003, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1723 de 2000, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-015 de 2015, M.P: Luís Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-050 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-080 de 1993, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1198 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1319 de 2001. M.P: Rodrigo Uprimny Yepes.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-213 de 2004, M.P: Eduardo Montealegre Lynett. Numeral 17 de la Sentencia.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-219 de 2009. M.P: Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-298 de 2009, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-312 de 2015. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-391 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546 de 2016, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-609 de 1992. M.P.: Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-787 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-904 de 2013, M.P.: María Victoria Calle Correa. Numeral 15 de las Consideraciones de la Corte.
- CORTE DE APELACIONES, CIRCUITO DEL DISTRITO DE COLUMBIA. Joseph Farah vs. Esquire Magazine, 2013. Disponible en https://dcslaplaw.com/files/2013/12/Farah_DCCircuit_opinion.pdf
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lingens vs. Austria. 1986.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Eon vs. Francia. 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Kimel vs. Argentina, mayo 2 de 2008, Voto concurrente razonado del Juez Diego García-Sayán.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. párr. 85;
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS EE.UU. Time Incorporated vs. Firestone. M.P.: William Hubbs Rehnquist.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS EE.UU. Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell, 1988. M.P.: William Hubbs Rehnquist. Disponible en <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/HUSTLER-MAGAZINE-v-FALWELL,485-U.S.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia del 24 de mayo de 1999. Exp. N° 5244. M.P.: Pedro Lafont Pianetta.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 13 de noviembre de 2002. Exp. N° 7303. M.P.: Manuel Ardila Velásquez.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 10 de Julio de 2013, M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández y María Del Rosario González Muñoz.
- GARDNER, Gerald. *The Mocking Of The President: A History Of Campaign Humor From Ike To Bush*. Wayne State University Press, 1988.
- GILBERT, Lauren. *Moking George: Political Satire as True Threat in the Age of Global Terrorism*. En: *University of Miami Law Review*. 2004, N° 58
- GUTIÉRREZ, Mónica. *La veracidad informativa como exigencia constitucional al ejercicio de la libertad de información de los medios periodísticos*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2007. Disponible en: <http://studylib.es/doc/4553067/la-veracidad-informativa-como-exigencia-constitucional-al>
- MCCLENNEN, Sophia y MAISEL, Remy. *When I Mock You, I Make You Better: How Satire Works*. En: *Is satire saving our nation? Mockery and American Politics*. Nueva York: Palgrave Macmillan, 2014.
- O'REILLY, Aoife. *In Defence of Offence: Freedom of Expression, Offensive Speech, and the Approach of the European Court of Human Rights*. En: *Trinity College Law Review*. 2016, N° 19.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* [en línea]. OEA. 2009. 117 p. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09. ISBN 978-0-8270-5457-8. [Consultado: el 16 de noviembre de 2017]. Disponible en Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>.
- REVISTA SEMANA, *Actualidad Panamericana engañó a 'Pacho' Santos* [En línea]. En: *Revista Semana*, 21 de octubre de 2014, [Consultado el día 16 de noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.semana.com/nacion/articulo/pacho-santos-cita-actualidad-panamericana/406667-3>.
- SCOTT, Andrew. *Rhetoric and Satire – Spitting Image and Political Comedy*. En: *Rhetoric in British Politics and Society*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.
- SMITH, Kevin, *Constitutional Law–Satire, Defamation, and the Believa-*

bility Rule as a Bar to Recovery—Falwell v. Flynt. En: Wake Forest Law Review. 1987, N° 22.

- SMOLLA, Rodney. Emotional Distress and the First Amendment: An Analysis of Hustler v. Falwell. En: Arizona State Law Journal. 1988, N° 10.
- TODD, Jeff. Satire in Defamation Law: Toward a Critical Understanding. En: The Review of Litigation. 2016, N° 35
- TREIGER, Leslie. Protecting Satire against Libel Claims: A New Reading of the First Amendment's Opinion Privilege. Yale Law Journal, 1989, N° 98.
- UPRIMNY, Rodrigo; BOTERO, Catalina y JARAMILLO, Juan Fernando. Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. En: Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda [en línea]. Quito: UNESCO, 2011. Disponible en unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf
- UPRIMNY, Rodrigo. Sátira, calumnia y democracia [en línea]. En: Revista Semana. Julio, 2017. [Consultado el día 16 de noviembre de 2017]. Disponible en internet: <https://www.elespectador.com/opinion/satira-calumnia-y-democracia-columna-704386>



Historia
conceptual
de la justicia
transicional:
contextualizando
el caso
colombiano*

*Daniel Ricardo
Quiroga-Villamarín¹*

Sumario

Introducción

I. Marco teórico

II. Historias hegemónicas de la Justicia Transicional

1. La tesis genealógica hegemónica
2. La tesis analítica

III. Reconstrucción crítica de la historia conceptual de la Justicia Transicional

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Las categorías de la justicia transicional han ocupado, merecidamente, un lugar privilegiado en la discusión pública sobre los acuerdos –y más importante aún, los desacuerdos– de la Habana pactados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. En el presente artículo, se analizan dichas categorías desde la historia conceptual, para sostener que las instituciones jurídicas no son perennes e inmutables, sino que responden a momentos históricos contingentes y presiones particulares. Así, pensar sobre la trayectoria conceptual de la justicia transicional permitirá entender mejor el rol de la misma en los debates –pasados, presentes y futuros– en Colombia.

Palabras clave: Justicia Transicional, Teoría e Historia del Derecho Internacional

Abstract

The categories of transitional justice have occupied a privileged position in the public discussion regarding the peace agreements –and perhaps most importantly, the disagreements– between the Colombian Government and the FARC-EP. Since 2012, the discourses

* Investigación sometida como ponencia ante el Colegio de Monitores de la Facultad de Derecho el 21 de septiembre de 2017, ante la II Conferencia de la Maestría en Construcción de Paz el 25 de noviembre de 2017, y ante el Seminario “Experiencias Investigativas de Nuevos Internacionalistas” organizado por la Academia Colombiana de Derecho Internacional (ACCOLDI) el 13 de diciembre de 2017. Reconozco el apoyo de todas las personas que me acompañaron en este proceso, y en particular a los profesores y profesoras Carolina Olarte Olarte, Pablo Kalmanovitz, René Uruña, y Jorge González-Jácome por sus comentarios y recomendaciones. De las falencias y límites de este artículo, soy el único responsable.

1. Estudiante del Pregrado en Derecho –así como la opción en Gobierno y Asuntos Públicos- y Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes, ganador del primer puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavellier”, primer semestre 2017. dr.quiroga942@uniandes.edu.co

of the field we call transitional justice have been used to contest the legitimacy and legality of what is being discussed in the peace process. Yet, these debates have not been accompanied with a profound reflection regarding the history and trajectory of said categories, and their pertinence with the particular needs of the Colombian peace process.

Keywords: *Transitional Justice, History and Theory of International Law*

No estamos ante el fin de las amnistías, así como no estamos ante el fin de la historia².

(Freeman, 2009, pág. 4)

La doctrina de Kant debe ser entonces expandida; la teoría sin la historia es vacía, así como la historia sin teoría es ciega.

(Miller, 1939, pág. 36)

Introducción

Sin duda, el actual proceso de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP ha sido uno de los eventos políticos más importantes de siglo XXI en Colombia. Pareciera que 25 años después, el presente proceso —en conjunto con la mesa de diálogos con el ELN— fuera a cumplir una de las promesas todavía incumplidas de la Carta del 91; el derecho y el deber a la paz (Lemaitre, 1991). Sin embargo, esta negociación con la insurgencia ha sido contenciosa y ha generado un amplio debate en la sociedad colombiana sobre la pertinencia de los acuerdos y desacuerdos entre el Gobierno y la Guerrilla. En particular, el sub-acuerdo sobre “Víctimas” ha ocupado un lugar privilegiado en la discusión pública nacional³, debido al presunto incumplimiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación, y No Repetición con los estándares internacionales y las disposiciones constitucionales y legislativas relevantes⁴.

2. Traducción libre del autor. En adelante, toda cita en inglés ha sido traducida del mismo modo.

3. *Inter alia*, (Hernández, 2015), (Gallón, 2015), (Rodríguez-Garavito, 2015), (Human Rights Watch, 2015), o (Amnesty International, 2015).

4. Con esto, claro está, no quiero decir que no hubieran existido otros puntos del acuerdo que no hayan resultado igual de polémicos. *cf.*: (Gutiérrez-Sanín, 2015) para un análisis sobre los puntos controversiales del acuerdo

Al igual que como sucedió en el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares en el marco de la ley de Justicia y Paz, el discurso y las categorías del campo de conocimiento que hoy conocemos como “justicia transicional” son utilizadas por la sociedad civil, el gobierno, o la insurgencia para argumentar la legitimidad, legalidad o pertinencia de los modelos adoptados para la transición hacia la paz (Díaz, 2009). Sin embargo, no ha habido una reflexión profunda sobre la historia de la justicia transicional y su relación con las necesidades particulares del proceso colombiano. El uso reiterado de las palabras “verdad, justicia y reparación,” no parece llevar consigo una inquietud por la historia de las mismas ni por las implicaciones -tanto positivas como negativas- de que dichas palabras dirijan el imaginario colectivo de nuestro proceso de transición.

Así pues, en el presente texto busco esbozar una historia intelectual de las categorías que nutren el canon de lo que hemos llamado *justicia transicional*. En palabras de Moyn (2015, pág. 67), los discursos universales y [legales] siempre tienen un sentido particular que está históricamente e ideológicamente determinado, el cual debe ser buscado por el historiador” y –a mi juicio también por el abogado o la abogada–. En particular, considero que es que los conceptos de justicia transicional no nacieron en la segunda posguerra –como sostiene la historia hegemónica de la justicia transicional– sino que se pueden rastrear a un cambio de estrategia que tuvo el movimiento latinoamericano de derechos humanos a mediados de los años ochenta. Por tanto, la justicia transicional buscó responder a las preocupaciones particulares del liberalismo del “fin de la historia,” concentrándose excesivamente en la violación individual de derechos humanos y la reforma institucional y excluyendo del marco conceptual otras reivindicaciones de justicia –en particular, aquellas sobre redistribución de recursos y problemas sociales estructurales–.

Ahora bien, para sustentar lo anterior –después de la (i) breve introducción ya presentada– en primer lugar, se presentará un (ii) marco teórico sobre la importancia del pensamiento histórico de las institu-

con respecto al tema agrario, (Betancur Restrepo, 2016) sobre la naturaleza misma del acuerdo en el derecho internacional, o (Céspedes-Báez, 2016) sobre el enfoque de género transversal del acuerdo. Sin embargo, este artículo solo se centrará en el sub acuerdo de “víctimas,” y en particular, en el punto “Sistema Integral de Justicia, Verdad, y No Repetición” y no en el acápite “Compromiso sobre Derechos Humanos.”

ciones jurídicas. Luego, una (iii) introducción a las visiones hegemónicas de la historia de la justicia transicional en la literatura, seguida de una (iv) reconstrucción crítica de la historia conceptual de la justicia transicional. Por último, se ofrecerán unas (v) conclusiones sobre esta contextualización para los dilemas colombianos –tanto los pasados, como los contemporáneos–, e idealmente, los que están todavía por venir.

Es importante aclarar que en el presente texto no se elaborará una reconstrucción similar de la justicia transicional en el marco particular colombiano, ni se formularán recomendaciones particulares a los acuerdos existentes en Colombia. Siguiendo a Bonilla (2015, pág. 31), considero pertinente separar la etapa descriptiva y analítica de “las críticas y de las propuestas de cambio”.

I. Marco teórico

Al estudiar el Acto Legislativo 01 de 2012 –conocido como el Marco Jurídico para la Paz– la (Corte Constitucional, 2013) realizó un esfuerzo importante para determinar el concepto y el alcance de los “rasgos esenciales” de la justicia transicional. Para ello, la Corte examinó el amplio desarrollo del *soft law* a nivel internacional que regula las transiciones hacia la paz⁵, así como las experiencias comparadas a nivel global⁶, e inclusive nuestra propia experiencia colombiana⁷. Esta reconstrucción histórica le permite analizar a la Corte el lugar de la justicia transicional dentro de un Estado Social de Derecho, para así examinar la constitucionalidad del esquema particular propuesto por el acto legislativo.

A pesar de lo importante que resultan este tipo de aproximaciones, resulta pertinente aclarar que esta aproximación histórica no es lo que se busca perseguir en el presente texto. En ese orden de ideas, partiendo de la lectura de (Moyn, 2014), del texto clásico de (Nietzsche, 2010) se puede considerar que hay –por lo menos– tres tipos de lecturas históricas, (a) la monumental, (b) la anticuaría, y la (c) crítica. No obstante, la lectura de la Corte Constitucional–al igual que la mayoría de la doctrina

5. Colombia, Corte Constitucional, 2013, págs. 90-103.

6. Colombia, Corte Constitucional, 2013, págs. 103-118.

7. Colombia, Corte Constitucional, 2013, págs. 119-132.

nacional e internacional en la materia⁸– ha optado por hacer una historia monumental de la justicia transicional, ya que buscan en el pasado una narrativa que les permita justificar los eventos del presente. Es decir, parecería que las evoluciones en el *soft law*, los conflictos armados – internacionales o no internacionales– y los esfuerzos descomunales por alcanzar la paz política a nivel nacional se alinearán para permitirle a la Corte argumentar que existe un canon del pensamiento jurídico y político que le autoriza o le prohíbe al Estado colombiano realizar ciertas conductas en la actualidad⁹. En otras palabras, el pasado sólo tiene sentido en tanto sirve para justificar el presente.

Empero, este tipo de historia no resulta satisfactoria para la historia conceptual, puesto que no nos permite entender cómo nacen las categorías de la justicia transicional –así como las disputas frente a su contenido e interpretación– dentro de su propio contexto específico, ya que siempre leen el pasado con los lentes del discurso del presente. Así, teniendo en cuenta lo que ha planteado (Moyn, 2010, pág. 225) en el campo de los derechos humanos, resultaría más provechoso hacer una historia que nos permita la contingencia del lenguaje –siguiendo a (Rorty, 1989)– de la justicia transicional, en vez de buscar monumentalizar la justicia transicional enterrándola en las profundidades del pasado. Así las cosas, resulta indispensable que la historia de la justicia transicional se tome el tiempo de analizar el contexto en el que se da el nacimiento de las categorías e instituciones jurídicas, al igual que las presiones políticas, sociales y económicas que llevaron a la configuración del paradigma jurídico.

Entonces, a partir de replanteamiento de dicha historia, podremos evitar lo que (Mangabeira-Unger, 2001) ha llamado el problema de la falsa necesidad; el cual consiste en creer que nuestros arreglos institucionales están determinados naturalmente en vez de entender que son consecuencias de momentos y luchas históricas particulares. De hecho, como lo ha advertido (Kennedy, 2006), los cambios en las instituciones jurídicas no son naturales, sino que devienen de luchas particulares en las que intervienen ciertos actores y factores claves a partir de sus privilegios y herramientas en el campo jurídico (Bourdieu, 1987). Así pues,

8. Como se analizará a profundidad más adelante en los acápites III.a. y III.b. del presente texto.

9. Algo similar a lo que ha ocurrido en la “historia monumental” hegemónica de los derechos humanos (Moyn, 2010).

no solo habrá que resaltar los momentos históricos, sino también los actores que influyeron en la adopción de ciertas categorías. Por todo lo anterior, a continuación, el lector encontrará una breve introducción al estado del arte de la historia de la justicia transicional en la literatura, para proceder a proponer una historia que permita entender el legado histórico de las palabras, así como su uso y significado.

II. Historias hegemónicas de la Justicia Transicional

Partiendo de estas consideraciones, me gustaría proponer dos hipótesis tentativas de historia monumental de la justicia transicional que han sido hegemónicas en la literatura nacional e internacional, para posteriormente proponer una reconstrucción crítica. A saber, en la doctrina ha habido una tesis (a) genealógica tradicional y una (b) tesis analítica, las cuales analizaremos a continuación. Ahora bien, vale la pena mencionar que cada uno de estos proyectos tiene implícita también una historia monumental de los derechos humanos. Esto se debe a que, si la justicia transicional es hoy en día la respuesta a las graves violaciones de derechos humanos, esta requiere también una conceptualización histórica de lo que son los derechos humanos – y las graves violaciones a los mismos¹⁰.

1. La tesis genealógica hegemónica

Para Teitel (2003, pág. 73)– una de las autoras más influyentes en el canon de la justicia transicional y en su genealogía histórica – el “periodo inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial fue el auge de la justicia transicional”. Para esta autora –aunque ya habían existido esfuerzos importantes para criminalizar las infracciones al derecho internacional de la guerra en el marco de la primera posguerra– sólo hasta culminar la segunda guerra fue posible una verdadera justicia internacional, dando inicio así a lo que Teitel (2003, pág. 70) llamó la primera fase de la genealogía de la justicia transicional.

Este cambio sólo fue posible debido al auge de los derechos humanos como horizonte normativo que permitiera la intervención internacional en la otrora barrera impenetrable de la soberanía estatal. Según la his-

10. Como se explicará más adelante, la definición contemporánea aceptada será la del (Secretario General de las Naciones Unidas, 2004).

toría monumental hegemónica de los derechos humanos, el rechazo a los horrores del nazismo –y en particular, del holocausto– llevaron a la cristalización de los derechos humanos como estándar moral superior a la soberanía del Estado (Ignatieff, 2000, pág. 288). La memoria de la “masacre administrativa,” es decir, de la violencia empleada en escala sistemática y organizada por parte de un Estado-Nación totalitario en la segunda guerra mundial¹¹ fue la base de lo que (Orozco, 2005, pág. 15) ha llamado la nueva conciencia humanitaria global –o por lo menos, de occidente. En una famosa variación a esta narrativa hegemónica, (Hunt, 2007, pág. 203), el sueño de Núremberg no es sino el retorno del proyecto de las Declaraciones modernas de 1776 y 1789, o inclusive, el liberalismo *tout court*¹².

No en vano, Henkin (1990, pág. 73) afirmó que [c]on la victoria [en la segunda guerra mundial], y en cuanto la evidencia del genocidio y el Holocausto se hizo crecientemente evidente e irrefutable, los Aliados redactaron la carta de Núremberg para juzgar a los Nazi no solo por agresión y crímenes de guerra, sino también por *crímenes contra la humanidad*, la primera expresión formal del derecho internacional de los derechos humanos¹³.

Sin embargo, según Teitel (2003, pág. 70), la Guerra Fría y el nuevo concierto de poderes obstaculizaron la implementación efectiva de la justicia internacional. El sueño occidental de castigar a aquellos que cometieran graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario –particularmente a quienes que realizaron lo anterior dentro del marco estatal mediante violencia asimétrica y vertical¹⁴ – tuvo que esperar intacto en la incubadora de la historia. En consecuencia, la verdadera implementación de la justicia internacional debió esperar hasta los años noventa para lograr su materialización, llevando a la segunda fase de la justicia transicional (Teitel, 2003). Así, los estándares de Núremberg –y en menor medida, los de

11. Por ejemplo, (Langley, 1999) elabora una enciclopedia de los derechos humanos a partir de 1945, proponiendo implícitamente – y explícitamente en la página xxvii - esta fecha como el inicio de los derechos humanos o (Glendon, 2002) con su historia de los derechos humanos que orbita alrededor de la figura de Eleanor Roosevelt.

12. (Blackburn, 2011).

13. Itálicas propias de Louis Henkin.

14. Habló de violencia vertical y asimétrica siguiendo a (Orozco, 2005).

Tokio– tuvieron su verdadera posibilidad de brillar en las transiciones de las dictaduras a la democracia en América Latina y en Europa Oriental, para finalmente consolidarse como el campo de conocimiento que conocemos como justicia transicional, y por tanto llegar a la tercera frase de la misma.

A pesar del esfuerzo de (Teitel, 2003, pág. 94) por realizar una historia genealógica que logre evitar perspectivas esencialistas y que consiguiera mostrar la justicia transicional dentro de sus contextos particulares, su propuesta resulta inadecuada para un análisis histórico-crítico desde la historia conceptual que logre mostrar el significado de los conceptos en su uso (Wittgenstein, 1958). Además, como lo demuestra (Kelsen, 1947), los grandes debates entre los juristas frente a los juicios de Núremberg no giraron en torno a los derechos de las víctimas, y mucho menos al uso de categorías como los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Al contrario, los puntos fuertes de las discusiones de Núremberg fueron sobre si el derecho Nazi podía verdaderamente considerarse derecho –el famoso debate de teoría jurídica entre Radbruch y Kelsen hábilmente reconstruido por (Haldemann, 2005)– y sobre la validez de los fundamentos consuetudinarios del nuevo Tribunal. En particular, para Kelsen resulta especialmente contencioso la creación *ex post facto* del Tribunal¹⁵, la novedosa atribución de responsabilidad penal individual por delitos internacionales¹⁶ –cosa que hasta entonces había estado limitada al Estado – o el hecho de que los mismos Estados que acusaran a los presuntos criminales fueran a proponer los jueces que los juzgaran¹⁷.

En palabras de Kelsen (1947, pág. 171),

Si los principios aplicados en los juicios de Núremberg fueran a constituir un precedente – uno legislativo más que uno judicial – entonces, después de la siguiente guerra, los Gobiernos de los Estados victoriosos intentarían enjuiciar a los miembros del gobierno de los Estados derrotados por haber cometido crímenes determinados de manera unilateral y con fuerza retroactiva. Habrá que tener la esperanza de que no se consolide dicho precedente.

15. (Kelsen, 1947, pág. 164).

16. (Kelsen, 1947, pág. 156).

17. (Kelsen, 1947, pág. 170).

Asimismo, una revisión de los archivos de los juicios – recopilados por el *Nuremberg Trials Project* de la Facultad de Derecho de Harvard – muestra que las menciones concernientes a las categorías de los derechos humanos fue poca y a las de la justicia transicional inexistentes.¹⁸ Por ejemplo, la única referencia comprensiva fue un borrador de declaración de derechos humanos esenciales redactada por el *American Law Institute* en representación de las (sic) “principales culturas” del mundo (Harvard Law School, 2016). En suma, la preocupación central de dicha declaración era la prohibición de la aplicación de normas penales retroactivas *o ex post facto*, ya que el artículo que consagraba dicha medida fue el único extensivamente comentado por sus redactores (Harvard Law School, 2016, pág. 6).

Para los espectadores contemporáneos de Núremberg, no era evidente que estaban en la primera fila para ver la emergencia de una nueva conciencia humanitaria que llevaría a regular el horizonte normativo y político de las transiciones de la dictadura a la democracia del Cono Sur en los ochenta o la transición de la guerra a la paz en nuestro país. En palabras de (Moyn, 2014, pág. xii), “nuestros antecesores estaban tratando de ser ellos mismos, en vez de anticipar a alguien más. El pasado no es simplemente un espejo para ver nuestro propio reflejo”. Atribuirle a Núremberg – como lo hace explícitamente (Teitel, 2003, pág. 90)¹⁹ – la semilla de los recientes desarrollos en la justicia transicional o en el derecho penal internacional muestra una historia monumental que está más preocupada por crear continuidades de legitimización entre el pasado y el presente, que por preguntarse de manera crítica por la creación, transformación, y difusión de las instituciones jurídicas contemporáneas.

Además, como lo ha argumentado (Moyn, 2015, pág. 27)²⁰ - en los años cincuenta después de la segunda guerra mundial - ni para los redactores de la ley fundamental de la Alemania Occidental, ni para los creadores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni para la Asamblea General de Naciones Unidas, el genocidio contra los judíos fue una preocupación determinante que detonaría la “conciencia humanitaria” descrita por (Orozco, 2005). De hecho, en palabras de (Moyn, 2010, pág. 82)

18. Consultado el 27 de noviembre del 2016, en <http://nuremberg.law.harvard.edu>

19. o como lo hace (Bass, 2002) en su historia de los tribunales de Derecho Penal Internacional.

20. En palabras de (Orozco, 2005, pág. 331), “en N[ú]remberg se pretendió juzgar la guerra de agresión y no el holocausto.”

fue un hecho mucho más reciente la creación de una memoria del holocausto que animó a un entendimiento místico de los juicios de Núremberg, los cuales en realidad habían contribuido más a ignorar el sufrimiento particular del pueblo judío en vez de establecer las bases de una tradición de rechazo moral a la atrocidad masiva.

Por todo lo anterior, la narrativa tradicional de la historia de la justicia transicional resulta no solo teóricamente deficiente sino también prácticamente insuficiente para entender las raíces de las categorías hoy relevantes de la justicia transicional en los debates jurídicos y políticos contemporáneos²¹. Ahora bien, antes de proponer una reconstrucción crítica de esta historia, procederemos a analizar otra tesis que se ha utilizado para explicar la historia de la justicia transicional.

... Por todo lo anterior, la narrativa tradicional de la historia de la justicia transicional resulta no solo teóricamente deficiente sino también prácticamente insuficiente...

2. La tesis analítica

Otra narrativa que es parte del estado del arte es aquella ofrecida por (Elster, 2004, pág. 1), la cual busca ofrecer un marco analítico de la justicia transicional que se deriva de una muestra de casos específicos. En ese sentido, Elster analiza una serie de experiencias occidentales²² de justicia transicional, de los cuales se desprenden unos rasgos esenciales inmutables que son comunes a todas las experiencias transicionales. En concreto, Elster parte de un análisis de las transiciones de la antigua Atenas en los años 411 a.e.c.²³ y 404 a.e.c.²⁴, las restauraciones Borbónicas en Francia en 1814 y 1815²⁵, y algunos casos representativos – todos posteriores a 1945 – habiendo

-
21. (Botero & Restrepo, 2005, pág. 23-24), (Orozco, 2009, pág. 12) o (Saffon, 2011, pág. 14) son ejemplos de cómo la literatura colombiana ha interactuado en mayor o menor medida con la tesis genealógica.
 22. Como lo reconoce el mismo (Elster, 2005, pág. 47), parece irrelevante la ausencia de casos asiáticos - entre ellos el más saliente siendo Timor Leste - en la conceptualización “universal” de la justicia transicional. Pareciera que Elster es más interesado en contar una historia eurocéntrica que en realidad una visión verdaderamente integral de la justicia transicional. En palabras de (Santos, 2002) un *localismo globalizado*, o de (Lander, 2000, pág. 16) una construcción de “lo universal a partir de la experiencia particular (o *parroquial*) de la historia europea.” Para una aproximación poscolonial a los derechos humanos y una crítica más extensa a proyectos como el de Elster, *cfr.* (Barreto, 2013, pág. 140 y ss.).
 23. Entiéndase “antes de la era común.” Se prefiere esta expresión a la tradicionalmente usada “antes de Cristo.”
 24. (Elster, 2004, pág. 3-21).
 25. (Elster, 2004, pág. 24-44).

una total consonancia entre la tesis analítica y la tesis genealógica hegemónica. Además, es preciso aclarar que estos últimos casos representativos se reducen casi todos a situaciones de la segunda posguerra;²⁶ América Latina en los ochenta,²⁷ Europa del Este,²⁸ y algunos limitados en África²⁹.

Así pues, la propuesta analítica busca aislar las instituciones jurídicas y las categorías conceptuales de la justicia transicional para producir una esencia inmutable, común a todos los pueblos del norte global – y, en ocasiones aisladas, a algunos casos del sur. Las diferencias en las estructuras de gobernanza, la organización de los medios y en las relaciones de producción o la composición étnica de las sociedades analizadas parecen irrelevantes, en tanto todas comparten el mismo afán a-histórico de superar una situación previa. Tanto así, que (Elster, 2004, pág. xii) puede afirmar que los cambios post-oligárquicos de la antigua Grecia, las restauraciones de la Monarquía en Francia después del Imperio Napoleónico y el turbulento proceso reunificación alemana todos compartieron elementos comunes, como su manejo de la propiedad en el marco de la transición.

Aunque (Elster, 2004, pág. 77) reconoce que las diferencias contextuales le impiden formular una teoría totalizante de la justicia transicional, las estructuras analíticas que él propone para entender los casos concretos parecen sentar las bases de las categorías inmutables de lo que él considera una teoría de la justicia transicional en la que las emociones, los intereses, y las concepciones de la justicia constituyen los términos de un discurso contemporáneo que puede rastrearse hasta la antigüedad. Esta visión histórica – aunque rica en tanto propone categorías de análisis relevantes para la justicia transicional³⁰ – poco nos dice sobre los procesos históricos que dieron nacimiento a lo que hoy conocemos bajo este concepto.

26. (Elster, 2004, pág. 54 y ss).

27. (Elster, 2004, pág. 62 y ss).

28. (Elster, 2004, pág. 66).

29. Concentrándose en Sudáfrica y Rodesia, en donde el problema de la transición estuvo dominado por los intereses de una minoría blanca, y el caso aislado de Etiopía (Elster, 2004, pág. 70).

30. Que bien pueden orientar un análisis de las experiencias particulares colombianas de justicia transicional, como lo hace el mismo (Elster, 2012) al referirse al proceso de Justicia y Paz con los paramilitares en Colombia.

III. Reconstrucción crítica de la historia conceptual de la Justicia Transicional

Con base en lo anterior, el estado del arte de la literatura nacional e internacional sobre la historia de la justicia transicional no parece ser particularmente esclarecedor a la hora de formular una historia crítica de la justicia transicional. Por el contrario, parece que las dos tesis mayoritarias articulan una historia monumental de la justicia transicional, que busca principalmente justificar las experiencias particulares de justicia transicional, en vez de proponer una reflexión crítica sobre las motivaciones ideológicas y políticas de la misma, derivadas de sus momentos fundacionales. Entonces, parafraseando a (Moyn,

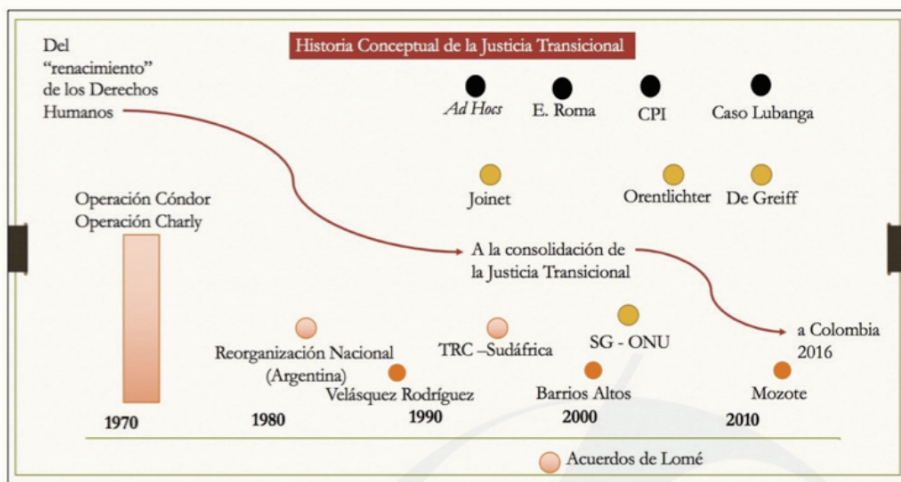
... la justicia transicional como paradigma contemporáneo responde principalmente a las preocupaciones de la lucha contra la impunidad en la experiencia post-autoritaria en América Latina y la transición post-totalitaria en Europa del este...

2015, pág. 28), la historia es importante en el entusiasmo contemporáneo respecto a la justicia transicional, pues ya que “aunque todos los conceptos políticos y jurídicos son elásticos, ninguno llega ser igual de maleable que otro. Todos llevan las marcas de su trayectoria histórica particular”.

A continuación, se muestra un mapa conceptual de la historia intelectual de la justicia internacional que refleja los hitos políticos a nivel nacional y los desarrollos conceptuales en el derecho internacional aplicable. Este servirá para argumentar que la justicia transicional se consolida a mediados de la década de los años noventa, a partir de ciertos sucesos políticos al igual que las discusiones jurídicas que las acompañaron. En particular buscaré argumentar que la justicia transicional como paradigma contemporáneo responde principalmente a las preocupaciones de la lucha contra la impunidad en la experiencia post-autoritaria en América Latina³¹ y la transición post-totalitaria en Europa del este³².

31. (Daleo, 2007).

32. (Visegrády, 1992).



Mapa Conceptual de la Reconstrucción Crítica de la Historia de la Justicia Transicional

Clave de Lectura:

En **negro**, desarrollo del Derecho Penal Internacional.

En **amarillo**, elementos del *soft law* del derecho de internacional de los derechos humanos en el seno de la Organización de Naciones Unidas

En **naranja oscuro**, línea jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la justicia transicional

En **naranja claro**, hitos políticos relativos a la historia de la justicia transicional.

Como se mencionó anteriormente, toda historia de la justicia transicional trae implícita consigo una historia de los derechos humanos. Por lo tanto, antes de proponer una historia de la justicia transicional y habiéndonos apartado de la historia canónica de los derechos humanos, resulta menester plantear una tesis más apropiada que permita entender el desarrollo histórico de los derechos humanos. Ello dado que -siguiendo a (Moyn, 2010, pág. 7)³³ - “los derechos humanos fueron periféricos tanto para la retórica de la [segunda] posguerra como para la reconstrucción,” una historia alternativa sitúa a los mediados de los años setentas como el momento en el que los derechos humanos se convirtieron realmente en un horizonte normativo y jurídico para los movimientos sociales³⁴ y la política exterior de los Estados³⁵.

33. Aunque – a mi juicio – la tesis de Moyn es la que más tiene poder explicativo frente a la historia de los derechos humanos, vale la pena mencionar que ha sido criticada desde América Latina ya que parte exclusivamente de una “óptica estadounidense” (González-Jácome, 2016, pág. 109) o por ser “USA-centrica” (Barreto, 2013).

34. (Simmons, 2009)

35. Siendo el ejemplo más saliente la adopción de los derechos humanos como política exterior de la presidencia Carter en Estados Unidos (Forsythe, 2000).

Según (Sikkink, 2014), América Latina ha sido un continente protagonista en la adopción y uso de las categorías de derechos humanos. En el caso colombiano, (González-Jácome, 2016, pág. 119) ha argumentado que los militantes de la izquierda política fueron los primeros en adoptar el lenguaje de los derechos humanos alrededor de 1973 y 1974. La represión estatal y la detención masiva de presos políticos impulsaron a la política a adoptar los derechos humanos como categorías de denuncia en el contexto de una violencia vertical ejercida por la Operación Cóndor en el Cono Sur³⁶, la Operación Charly en Centroamérica³⁷ y un conjunto de dictaduras - o de *dictablandas* - en todo el continente³⁸.

En palabras de (Vecchioli, 2011, pág. 99) – haciendo referencia al caso el caso de Argentina en los setentas -

la existencia de defensores de prisioneros políticos [...] requirió el involucramiento de los mismos en asociaciones de derechos humanos y la adopción de este modelo de acción e intervención pública. El uso de un lenguaje técnico y políticamente neutral estuvo acompañado de un cambio de ángulo: de la narración de las acciones heroicas empleadas por los revolucionarios, se pasó a la descripción detallada de las *víctimas* de la represión y la responsabilidad del Estado en las *violaciones sistemáticas de los derechos humanos*. Esto fue posible debido a un nuevo repertorio de categorías ofrecidas por el derecho internacional.

Por tanto, la amnistía para presos políticos y el *naming and shaming* fueron las dos principales y pioneras estrategias latinoamericanas en el campo de los derechos humanos (Hafner-Burton, 2008). Sin embargo, tales medidas fueron insuficientes para lidiar con los nuevos retos que traía el fin de la dictadura para los activistas de derechos humanos. No en vano, (Joinet, 1997, pág. 3) - relator especial de Naciones Unidas y protagonista de esta historia – afirmó que en los ochenta la “amnistía, otrora símbolo de libertad, fue cada vez más visto como una *garantía de impunidad* con la emergencia, y luego proliferación de leyes de auto-amnistías expedidas por dictaduras militares en decadencia”.

36. Una introducción al Plan Cóndor puede ser aquella ofrecida por la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párs. 42 y ss.) en su sentencia de fondo y reparaciones del caso Gelman vs. Uruguay.

37. (Díaz Barrado, Romero Serrano, & Morán Blanco, 2010).

38. (González-Jácome, 2015).

El proceso de reorganización nacional en Argentina en 1983, los posibles juicios a las juntas y la publicación de informe *Nunca Más* de la (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1984) parecieron inaugurar una nueva etapa de esperanza en la lucha por los derechos humanos (Arthur, 2009, pág. 324). Sin embargo, el fin de los juicios penales con las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final en 1986 y 1987 parecieron cerrar dicho capítulo, causando una preocupación central para los activistas de derechos humanos; ¿cómo hacer que dichas medidas de sanción y transición no fueran una potestad del gobierno de turno, sino un imperativo del derecho internacional e inclusive de la conciencia moral?

Así las cosas, los activistas de derechos humanos debían dar un giro fundamental en su estrategia. Del *naming al shaming* correspondía pasar al desarrollo de parámetros que promovieran el respeto y la garantía de los derechos humanos de frente al contexto del post-autoritarismo latinoamericano. Como lo han notado (Franzki & Olarte, 2013, pág. 221) dicho momento de la historia intelectual de la justicia transicional fue contemporáneo a lo que (Huntington, 1991) llamó la “tercera ola de democracias” con la caída del muro de Berlín. Si en las dictaduras latinoamericanas llovía, en Europa del este no escampaba. Las purgas administrativas – o para usar el término de ese entonces, la *ilustración* – y la preocupación por la reforma administrativa postcomunista– y también, claro, *anticomunista* – fueron determinantes en las discusiones sobre la necesidad de una transición en aquel lugar del globo (Schwartz, 2000).

Como lo ha argumentado (Arthur, 2009), la consolidación de la justicia transicional debe entenderse como producto de estas dos preocupaciones. Por un lado, (i) la necesidad de una *transición* de una situación autoritaria o totalitaria en los términos planteados por los derechos humanos, y por otra, (ii) el (re)establecimiento de la democracia liberal y de la economía de mercado (Miller, 2008)³⁹. Así pues, teniendo esto en mente, a mediados de los años noventa se llega a la cristalización del paradigma de la justicia transicional, con una serie de conferencias, artículos, y discusiones entre expertos sobre el tema,

39. Así, siguiendo a (Franzki & Olarte, 2013) sobre (Guilhot, 2002), la literatura pasó de explicar las transiciones a la democracia, para desarrollar una agenda normativa sobre la necesidad de hacer una agenda normativa sobre dichas transiciones.

hasta llegar a la consolidación del término *justicia transicional* en 1995 con la publicación de seminal libro de (Kritz, 1995) y el artículo de (Hayner, 1994)⁴⁰.

Esta unión entre el liberalismo democrático como sistema político, los derechos humanos como eje normativo, y el mito fundacional de la conciencia humanitaria post-Núremberg fueron un campo fértil para la consolidación del conjunto de valores, recomendaciones y principios que hoy conocemos como la justicia transicional. Vale la pena aclarar que el derecho internacional no fue ajeno a estos cambios, y sus diferentes ramas especializadas respondieron a las nuevas exigencias morales y jurídicos para las transiciones nacionales.

Por un lado, hubo un creciente desarrollo del *soft law* emanado desde las Naciones Unidas para regular las sociedades en situaciones de conflicto y postconflicto. La Subcomisión para la Prevención y Protección de las minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁴¹ promovió la lucha contra la impunidad, dotando a expertos internacionales del rol de Relator Especial para consolidar nuevos marcos normativos correspondientes al nuevo consenso descrito en el párrafo anterior. De este proceso nacieron los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos a través de la lucha contra la Impunidad, redactados por Joinet en 1997.⁴² En dicho texto se encuentra la primera definición comprensiva de impunidad y graves violaciones del derecho internacional, así como la primera referencia a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y a ciertas medidas adicionales de garantía de no repetición (Joinet, 1997, pág. 5).

Por otro lado, el (Secretario General de las Naciones Unidas, 2004) emitió una definición comprensiva sobre la justicia transicional. Asimismo, la Asamblea General adoptó una declaración de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de graves violaciones de DIDH e DIH⁴³, e inclusive introdujo la figura de un Relator Especial para la justicia transicional, cuyo primer ocupante es el experto colombiano

40. Como anécdota, vale la pena mencionar que en palabras de (Esalter, 2004, pág. xii) “el termino de justicia transicional todavía no había sido aceptado ampliamente” en 1998-1999.

41. Hoy en día, este cuerpo es la subcomisión para la promoción y protección de los DDHH del Consejo de DDHH de la ONU.

42. Los cuales fueron posteriormente actualizados por (Orentlicher, 2005).

43. Redactados por (van Boven, 2005).

(De Greiff, 2012). Paralelamente, los acuerdos de Lomé de 1999 – en el marco de la guerra civil en Sierra Leona – son un punto clave de esta historia, ya que son el primer momento en que la ONU aclara que la organización no apoyaría acuerdos de paz que incluyeran amnistías para graves violaciones al DIDH y al DIH (Fichtelberg, 2015, pág. 55).

Finalmente, cabe recalcar que ocurrió movimiento similar en el Derecho Penal Internacional, en el que la experiencia de los tribunales *ad hoc*s de los años ochenta fue lentamente consolidando la creación de una Corte Penal Internacional permanente que – para bien o para mal – ejerce una presión de todas las experiencias nacionales de justicia transicional (Bosco, 2015).⁴⁴ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido ajena a este movimiento – y mucho menos lo que (Freeman, 2009, pág. 29) ha llamado su “perversa jurisprudencia contra las amnistías.” Desde el 2001, la Corte IDH ha analizado una variedad de casos relacionados con transiciones de la dictadura a la democracia⁴⁵ y recientemente ha empezado a analizar la transición del conflicto armado internacional a la paz⁴⁶.

Conclusiones

Al comparar las experiencias post-autoritarias en América Latina y las post-totalitarias en Europa oriental (Rosenberg, 2003, pág. 12) se concluye que todavía es muy pronto para decir con certeza lo que funciona con respecto a las transiciones, y que “[d]entro de 200 años también será demasiado pronto”. No obstante, la reconstrucción crítica de la justicia transicional planteada en el presente artículo parece sugerir todo lo contrario; sólo tomó un par de décadas para que se consolidara un campo académico experto sobre lo que funciona o no funciona con certeza en ambientes transicionales, acompañado de un repertorio enorme de *best practices* a nivel comparado⁴⁷ y de una cristalización del derecho internacional aplicable – tanto del derecho penal internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos e inclusive el derecho internacional humanitario⁴⁸.

44. Por ejemplo, el caso colombiano (Urueña, Acosta, & Buchan, 2015).

45. (Corte IDH, 2001), o (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011), *inter alia*.

46. (Corte IDH, 2010), o (Corte IDH, 2012).

47. (Olsen, Payne, & Reiter, 2016).

48. (Freeman, 2009).

Reconstruir esa rápida consolidación de la historia conlleva dos aportes. En primer lugar (a) nos develó que la justicia transicional es producto de un momento histórico y no una institución inmutable, y (b) por tanto, nos permitirá ver tres puntos ciegos que tiene la justicia transicional ligados a los sesgos e intereses prioritarios en su proceso de consolidación histórica. A saber, (b.1) la justicia transicional se ha concentrado excesivamente en las violaciones individuales a los derechos civiles y políticos⁴⁹, (b.2) se ha enfocado en analizar –y hasta exagerar– las discontinuidades entre regímenes⁵⁰ y, por último, (b.3) la justicia transicional se ha preocupado principalmente en entender procesos de violencia vertical y asimétrica⁵¹.

... no resulta sorprendente que las categorías canónicas de la justicia transicional tengan dificultades para explicar y regular a cabalidad nuestro convulsionado proceso de transición...

En palabras de (Cahill-Ripley, 2016, págs. 223-224), debido a la naturaleza del campo y de los actores internacionales involucrados, los procesos de construcción de paz han estado dominados por una agenda liberal en donde “una política de talla única”⁵² concentrada en la seguridad internacional y en contener el conflicto. Además – y como consecuencia – la inclusión de los derechos humanos al mandato de la construcción de paz ha estado limitado a una visión liberal, promoviendo solamente derechos civiles y políticos.

El conflicto colombiano se puede caracterizar por ser uno de violencia horizontal, en el que la guerra –*inter alia*– ha causado graves afectaciones a los derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales a nivel tanto colectivo como individual⁵³, lo cual, además, está motivado por razones económicas de redistribución de recursos⁵⁴.

49. Y, por tanto, ha invisibilizado graves violaciones a derechos sociales, económicos y culturales a nivel colectivo u otras dimensiones económicas del conflicto (Miller, 2008).

50. Ocultando así la permanencia de ciertas continuidades entre regímenes, como por ejemplo las continuidades en el manejo de los medios y las relaciones de producción en ciertos casos de transición hacia la democracia (Franzki & Olarte, 2013), como Sudáfrica (Gibson, 2009).

51. Por lo que –siguiendo a (Orozco, 2005) las categorías de la justicia transicional tienen claras dificultades al intentar exportarlas del marco de la *dictadura-democracia* a una situación *guerra civil-paz*.

52. En el inglés original puede ser más claro, *one size fits all model*.

53. Sobre los daños causados por conflictos armados desde un punto de vista teórico, especialmente frente a la tierra, *cf*: (Kalmanovitz, 2015)

54. En particular, de tierras (Saffon & Uprimny, 2010).

En ese orden de ideas, no resulta sorprendente que las categorías canónicas de la justicia transicional tengan dificultades para explicar y regular a cabalidad nuestro convulsionado proceso de transición. La expansión de las nociones que se diseñaron para la experiencia post-autoritaria latinoamericana y la post-totalitaria en el este de Europa al caso particular del conflicto armado no internacional en la Colombia del siglo XXI. Los estándares internacionales –que fueron pensados para casos disímiles y difícilmente análogos– deben ser leídos a través de nuestras necesidades particulares y contextuales, para así seguir avanzando hacia la consolidación de una paz estable y duradera.

La historia conceptual nos puede dar nuevos lentes para entender los beneficios y límites de dichos estándares, para evaluar su pertinencia e idoneidad para el fortalecimiento de una sociedad colombiana en la que –por fin– la paz sea un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Bibliografía

- Amnesty International. (2015, Septiembre 24). *Colombia: Agreement must guarantee justice for the millions of victims of the armed conflict*. Retrieved Octubre 8, 2015, from Amnesty International Americas: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2015/09/colombia-agreement-must-guarantee-justice-for-the-millions-of-victims-of-the-armed-conflict/>
- ARTHUR, P. (2009). How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31(2), 321-367.
- BARRETO, J. M. (2013). *Human Rights from a Third World Perspective Critique, History and International Law*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- BASS, G. J. (2002). *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*. Princeton: Princeton University Press.
- BETANCUR RESTREPO, L. (2016, Noviembre 3). *The Legal Status of the Colombian Peace Agreement*. Retrieved Noviembre 12, 2016, from American Society of International Law: <https://www.asil.org/sites/default/files/Betancur%2C%20The%20Legal%20Status%20of%20the%20Colombian%20Peace%20Agreement.pdf>
- BLACKBURN, R. (2011). Reclaiming Human Rights. *New Left Review*, 69, 126-138.

- BONILLA, D. (2015). La Economía Política del Conocimiento Jurídico. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, 2(1), 26-59.
- BOSCO, D. (2015). *Rough Justice: The International Criminal Court in a World of Power Politics*. New York: Oxford University Press.
- BOTERO, C., & RESTREPO, E. (2005). Estándares Interacionales y Procesos de Transición en Colombia. In A. Rettberg, *Entre el Perdón y el Paredón* (pp. 19-66). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BOURDIEU, P. (1987). The Force of Law. *Hastings Law Journal*, 38, 805-853.
- BRILLMAN, M. C. (2015). Permanencia y cambio de la Normatividad en Derecho Internacional. In R. Urueña (comp.), *Derecho Internacional: Poder y Límites al Derecho en la Sociedad Global* (pp. 131-176). Bogotá: Universidad de los Andes.
- CAHILL-RIPLEY, A. (2016). Reclaiming the Peacebuilding Agenda: Economic and Social Rights as a Legal Framework for Building Positive Peace - A Human Security Plus Approach to Peacebuilding. *Human Rights Law Review*, 16, 223-246.
- Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos Marzo 8, 1998).
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2012). *Justicia y Paz : ¿Verdad Judicial o Verdad Histórica?* Bogotá: D'vinni S.A.
- CÉSPEDES-BÁEZ, L. M. (2016, Noviembre 3). *Gender Panic and the Failure of a Peace Agreement*. Retrieved Noviembre 12, 2016, from American Society of International Law: <https://www.asil.org/sites/default/files/Cespedes%2C%20Gender%20Panic%20and%20the%20Failure%20of%20a%20Peace%20Agreement.pdf>
- Comisión de Derecho Internacional. (2006). *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. (1984). *Nunca Más*. Buenos Aires: Eudeba.
- Corte Constitucional, C-579. Mp. Jorge I. Pretelt C. (2013).
- Corte IDH (Barrios Altos vs. Perú (Fondo) Marzo 14, 2001).
- Corte IDH (Gomes Lund y Otros vs. Brasil Noviembre 24, 2010).
- Corte IDH (Masacres de El Mozote vs. El Salvador Octubre 25, 2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones) Febrero 24, 2011).
- DALEO, G. (2007). El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina. *HMiC : Història Moderna i Contemporània* (5), 221-236.
- DE GREIFF, P. (2012, Agosto 9). *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo*

- de Greiff*. Retrieved Octubre 8, 2015, from Human Rights Council: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/158/58/PDF/G1215858.pdf?OpenElement>
- DÍAZ BARRADO, C. M., Romero Serrano, J., & Moran Blanco, S. (2010). *Los Conflictos Armados de Centroamérica*. Madrid: Universidad Carlos III.
 - DÍAZ, C. (2009). Colombia's Bid for Justice and Peace. In K. Ambos, J. Large, & M. Wierda, *Building a Future on Peace and Justice* (pp. 469-501). Berlin: Springer.
 - ELSTER, J. (2004). *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
 - ELSTER, J. (2012). Justice, Truth, Peace. *Nomos*, 78-97.
 - FICHTELBERG, A. (2015). *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*. New York: Springer.
 - FORSYTHE, D. P. (2000). U.S. Foreign Policy and Human Rights: The Price of Principles after the Cold War. In D. P. Forsythe (ed.), *Human Rights and Comparative Foreign Policy: Foundations of Peace*. New York: United Nations University Press.
 - FRANZKI, H., & OLARTE, M. C. (2013). Understanding the political economy of transitional justice: A critical theory perspective. In Buckley-Zistel, S. et al (eds), *Transitional Justice Theories* (pp. 201-221). London: Routledge.
 - FREEMAN, M. (2009). *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*. New York: Cambridge University Press.
 - GALLÓN, G. (2015, Octubre 1). *Un valioso acuerdo contra la impunidad*. Retrieved Octubre 8, 2015, from Comisión Colombiana de Juristas: http://www.coljuristas.org/documentos/columna.php?id_doc=148&idioma=es&grupo=4
 - GIBSON, J. L. (2009). *Overcoming Historical Injustices: Land Reconciliation in South Africa*. New York: Cambridge University Press.
 - GLENDON, M. A. (2002). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House.
 - GONZÁLEZ-JÁCOME, J. (2015). *Estados de Excepción y Democracia Liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
 - GONZÁLEZ-JÁCOME, J. (2016). Derechos Humanos y Pensamiento de Izquierda en Colombia (1974-1978): Una Relectura de "El Libro Negro de la Represión". *Vniversitas*, 133, 105-138.
 - GUILHOT, N. (2002). The Transition to the Human World of Democracy. Notes for a History of the Concept of Transition. *European Journal of Social Theory*, 5, 219-242.
 - GUTIÉRREZ-SANÍN, F. (2015). *Agrarian Debates in the Colombian Peace Process: Complex Issues, Unlikely Reformers, Unexpected Enablers*. Leuven:

- Centre for Research on Peace and Development (CRPD). Retrieved from Centre for Research on Peace and Development: <https://soc.kuleuven.be/crpd/files/working-papers/working-paper-gutierrez.pdf>
- HAFNER-BURTON, E. M. (2008). Sticks and Stones. Naming and Shaming: The Human Rights Enforcement Problem. *International Organization*, 62(4), 689-716.
 - HALDEMANN, F. (2005). Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris*, 18(2), 162-178.
 - Harvard Law School. (2016, Junio). *Harvard Law School Library - Nuremberg Trials Project*. Retrieved Diciembre 1, 2016, from Draft of a declaration of human rights, including a prohibition on retroactive prosecution: <http://nuremberg.law.harvard.edu/documents/4573-draft-of-a-declaration?q=human+rights#p.1>
 - HAYNER, P. B. (1994). Fifteen Truth Commissions--1974 to 1994: A Comparative Study. *Human Rights Quarterly*, 16(4), 597-655.
 - HENKIN (Ed.), A. (2002). *The Legacy of Abuse Confronting the Past, Facing the Future*. Washington: The Aspen Institute.
 - HENKIN, L. (1999). Chapter 2-The Triumph of Human Rights After the Second World War. In G. L. Neuman, D. F. Orentlicher, D. W. Leebron, & L. Henkin, *Human Rights (University Casebook Series)* (pp. 73-116). New York: Foundation Press.
 - HERNÁNDEZ, J. G. (2015, Octubre 05). *Especulaciones y exabruptos en torno al acuerdo de justicia transicional*. Retrieved Septiembre 08, 2015, from Razón Pública: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/8877-especulaciones-y-exabruptos-en-torno-al-acuerdo-de-justicia-transicional.html>
 - HONNETH, A. (2012). *Reification*. Oxford: Oxford University Press.
 - Human Rights Watch. (2015, Septiembre 28). *Colombia: Dealing Away Justice*. Retrieved Octubre 8, 2015, from Human Rights Watch Americas: <https://www.hrw.org/news/2015/09/28/colombia-dealing-away-justice>
 - HUNT, L. (2007). *Inventing Human Rights*. New York: W.W. Norton & Company.
 - HUNTINGTON, S. (1991). *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press.
 - Ignatieff, M. (2000). Human Rights as Politics and Human Rights as Idolatry. *Tanner Lectures on Human Values*, 287-349.
 - JIMÉNEZ BECERRA, A., & Guerra García, F. (2009). *Las Luchas por la Memoria*. Bogotá: Universidad Distrital.
 - JOINET, L. (1997). *Revised Final Report prepared by Mr. Jounet pursuant to Sub-Commission Decision 1996/119*. Commission on Human Rights. United Nations.

- KALMANOVITZ, P. (2015). Compensation and land restitution in transitions from war to peace. In C. López-Guerra (eds.), & J. Maskivker, *Rationality, Democracy, and Justice: The Legacy of Jon Elster* (pp. 191-222). Cambridge: Cambridge University Press.
- KELSEN, H. (1947). Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? *The International Law Quarterly*, 1(2), 153-171.
- KENNEDY, D. (2006). Three Globalization of Law and Legal Thought : 1850 - 2000. In D. Trubek, & A. Santos, *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KRITZ, N. J. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington: United States Institute of Peace.
- LANDER, E. (2000). Ciencias Sociales: Saberes Coloniales y Eurocéntricos. In E. L. (ed.), *La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales* (pp. 11-40). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- LANGLEY, W. E. (1999). *Encyclopedia of Human Rights Issues Since 1945*. Westport: Greenwood Press.
- LEMAITRE, J. (1991). *La Paz en Cuestión; la Paz y la Guerra en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- MANGABEIRA-UNGER, R. (2001). *False Necessity*. London: Verso.
- MARX, K. (1996). *Capital : A Critique of Political Economy* . Moscow: Progress Publishers.
- MAZOWER, M. (2004). The Strange Triumph of Human Rights. *The Historical Journal*, 47(2), 379-398.
- MERRY, S. E. (2006). Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle. *American Anthropologist*, 108(1), 38-51.
- MILLER, H. (1939). *History and Science*. Berkeley: University of California Press.
- MILLER, Z. (2008). Effects of Invisibility: In Search of the “Economic” in Transitional Justice. *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 266-291.
- MINOW, M., Crocker, D. A., MANI, R., & SAFFRON, M. P. (2011). *Justicia Transicional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- MOYN, S. (2010). *The Last Utopia, Human Rights in History*. Cambridge: Belknap Press, Harvard University Press.
- MOYN, S. (2014). *Human Rights and the Uses of History*. New York: Verso.
- MOYN, S. (2015). *Christian Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- NIETZSCHE, F. (2010). *On the Use and Abuse of History for Life*. (I. Johnston, Trans.) Arlington: Richer Resources Publications.

- OLSEN, T. D., PAYNE, L. A., & REITER, A. G. (2016). *Justicia Transicional en Equilibrio*. (P. Lama, Trans.) Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- ORENTLICHER, D. (2005). *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*. Commission on Human Rights, United Nations Organization.
- OROZCO, I. (2005). *Sobre los Límites de la Conciencia Humanitaria*. Bogotá: Ediciones Uniandes - Editorial Temis.
- OROZCO, I. (2009). *Justicia Transicional en tiempos del Deber de la Memoria*. Bogotá: Editorial Temis.
- Presidencia de la República. (2015, Septiembre 23). *Comunicado conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz*. Retrieved Octubre 8, 2015, from Sala de Prensa: http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx
- RETTBERG (comp.), A. (2005). *Entre el Perdón y el Paredón; Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (2015, Septiembre 24). *Justicia, cárcel y paz*. Retrieved Octubre 8, 2015, from El Espectador: <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-carcel-y-paz>
- RORTY, R. (1989). *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROSENBERG, T. (2003). Tierras Embrujadas. In C. I. Transicional, *Ensayos sobre la Justicia Transicional* (pp. 11-21). Nueva York: ICTJ.
- SAFFON, M. P. (2011). Enfrentando los Horrores del Pasado. Estudios Conceptuales y Comparados sobre Justicia Transicional. In M. Minow, D. A. Crocker, & R. Mani, *Justicia Transicional* (pp. 11-78). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- SAFFON, M. P., & UPRIMNY, R. (2010). Distributive Justice and the Restitution of Dispossessed Land in Colombia. In M. Bergsmo, C. Rodríguez-Garavito, P. Kalmanovitz, & M. P. Saffon, *Distributive Justice in Transitions* (pp. 379-420). Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- SANTOS, B. (2002). Toward a Multicultural Conception of Human Rights. In B. E. Hernández-Truyol, *Moral Imperialism : A Critical Anthology* (pp. 39-60). New York: New York University Press.
- SCHWARTZ, H. (2000). *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Secretario General de las Naciones Unidas. (2004, Agosto 23). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Retrieved Octu-

- bre 8, 2015, from UN Security Council: <http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf>
- SIKKINK, K. (2014). Latin American Countries as Norm Protagonists of the Idea of International Human Rights. *Global Governance*, 20(3), 289-404.
 - SIMMONS, B. (2009). *Mobilizing for Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
 - TEITEL, R. G. (2003). Transitional Justice Genealogies. *Harvard Human Rights Journal*, 16(69), 69-94.
 - URUEÑA, R., ACOSTA, D., & BUCHAN, R. (2015). Beyond Justice, Beyond Peace? Colombia, the Interests of Justice, and the Limits of International *Criminal Law*. *Criminal Law Forum*, 26(2), 291-318.
 - VAN BOVEN, T. (2005). *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Nueva York: General Assembly of the United Nations.
 - VECCHIOLI, V. (2011). Human Rights and the Rule of Law in Argentina. In Y. Dezalay, & B. G. Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization* (pp. 93-111). New York: Routledge.
 - VISEGRÁDY, A. (1992). Transition to Democracy in Central and Eastern Europe: Experiences of a Model Country - Hungary. *William and Mary Bill of Rights Journal*, 1(2), 245-265.
 - WHITE, H. (2002). Foreword. In R. Koselleck, *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts* (pp. ix-xiv). Stanford: Stanford California Press.
 - WITTGENSTEIN, L. (1958). *Philosophical Investigations*. (Anscombe, Trans.) Oxford: Basil Blackwell.



Animales:
sujetos de
derechos
u objeto
de protección

*Lina María
Ávila Urrego¹*

Sumario

Introducción

I. Análisis de contenido de la sentencia sobre *habeas corpus* de un animal (Corte Suprema de Justicia, Radicado 2017-00468-02/2017)

II. Contexto en que se surte el debate

III. Los animales como sujetos de derechos. Evolución jurisprudencial

IV. Derechos protegidos

V. Mecanismos de protección

Reflexiones finales

Bibliografía

Resumen

La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en julio de 2017, mediante la cual se protege la libertad personal de un oso de anteojos a través de un recurso de *habeas corpus*, constituye el punto de partida de este ensayo. En él se revisa el debate que se presenta actualmente en el escenario jurídico colombiano sobre los derechos de los animales y, a través de un análisis jurisprudencial, se examinan los contextos en los cuáles han sido emitidas algunas de las sentencias más sobresalientes sobre el tema. Al final, la autora hace algunas reflexiones sobre los derechos que podrían ostentar los animales en Colombia y las posibles acciones para exigirlos.

Palabras clave: Derechos de los animales, sujeto de derechos, objeto de protección, acciones para la protección de derechos, antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo.

Abstract

The ruling issued by the Colombian Supreme Court of Justice in July of 2017, in which the tribunal protects the personal freedom of a spectacled bear, granting a habeas corpus recourse, constitutes a starting point to analyze the debates that are currently taking place in the Colombian legal landscape about the rights of animals. Through a jurisprudential analysis, the jurisprudential context in which

1. Estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganadora del primer puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavelier”, segundo semestre de 2017. lmavilau@unal.edu.co

the judgment was issued, the juridical recognition of the animals as subjects of rights in the country will be examined.

Keywords: *animals, subject of rights, object of protection, actions for the protection of rights, anthropocentrism, ecocentrism.*

Introducción

Los debates en torno a los derechos de los animales empiezan a tener protagonismo durante los años setenta, cuando aparecen en el escenario transnacional ligas que promueven la defensa de los animales y textos académicos que se concentran en el tema². La preocupación por los derechos de los animales durante este periodo concurre con el profundo cuestionamiento que se hizo el ser humano sobre su relación con la naturaleza y la necesidad de establecer hacia dónde se dirigía la civilización.

El valor de los animales ya había sido objeto de análisis por parte de Jeremy Bentham en el siglo XVIII, y la pregunta sobre si eran sujetos de derechos fue incipientemente abordada por Henry Salt en el siglo XIX³, pero solo hasta los años setenta del siglo XX esta se volvió un tema central de discusión en los escenarios jurídicos globales. Por esta época, en 1977, es aprobada por las Naciones Unidas, la “Declaración Universal de los Derechos del Animal”. A partir de aquí inicia una tendencia global a adoptar en los ordenamientos jurídicos internos leyes que promueven la protección animal⁴.

Colombia no fue la excepción, en el año 1989 fue expedida la Ley de Protección Animal (Ley 84 de 1989), la cual adopta medidas de protección para los animales, crea contravenciones y regula lo referente al procedimiento y competencia. Posteriormente, en el año 2009, fue promulgada la Ley 1333, que consagra el procedimiento sancionatorio ambiental y las medidas para la protección de los animales decomisados. En el año 2013, se adopta la Ley 1638, la cual prohíbe el uso de animales silvestre nativos o exóticos en circos fijos o itinerantes. Finalmente, en el año 2016, se expide la Ley 1774, introduciendo algunas modificaciones al Código Civil y reconociendo que los animales son seres sintientes.

-
2. SINGER, Peter. Liberation animal. The New York Review of Books No 8, 2003. Tomando de: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/17.-Liberación-animal.pdf>. Consultado el 24/10/2017.
 3. RIECHMANN, Jorge. Todos los animales somos hermanos. Madrid: Catarata, 2005. Pág. 172.
 4. Ibid. Pág 219-221.

De manera reciente, amparados bajo la normatividad precedente y los principios constitucionales que pugnan por la protección de un ambiente sano, se han promovido acciones jurídicas para la protección de los animales. Esto ha llevado a ampliar el panorama jurídico para dar cabida a cuestionamientos sobre si los animales son titulares de derechos y, si fuese así, cuáles derechos y cómo se protegerían.

En este escenario, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia profiere una sentencia en la cual se resuelve un recurso de *habeas corpus* a favor de un oso de anteojos que fue traslado de una reserva natural en Manizales a un zoológico de Barranquilla. El magistrado ponente, Luis Armando Tolosa Villabona, expone que los animales tienen derechos fundamentales y concede el recurso a favor del oso, tomando así una decisión paradigmática, que reconoce a un animal el derecho fundamental a la libertad personal.

Esta sentencia será el objeto de análisis de este documento, pues se intentará esclarecer el panorama normativo y jurisprudencial en el que fue emitida y así analizar las implicaciones que trae su contenido para el debate sobre los derechos de los animales y sus mecanismos de protección, mostrando las implicaciones de reconocerlos como sujetos de derechos propios y no como objetos de protección de los derechos de otros.

Para ello, en un primer momento, se hará un análisis del contenido de la sentencia antes expuesta, como punto de partida para abordar los debates que propone. Enseguida, se expondrá el tránsito de la perspectiva antropocéntrica a la ecocéntrica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para comprender el enfoque que se le da a la relación entre el hombre y la naturaleza. Posteriormente, se hará referencia al reconocimiento jurídico de los derechos de los animales en Colombia con énfasis en la postura de la Corte Constitucional. Después, se abordarán las dos preguntas antes referidas, sobre qué tipos de derechos se podrían reconocer y cuáles son los mecanismos de protección. Finalmente, se realizarán algunas reflexiones.

I. Análisis de contenido de la sentencia sobre *habeas corpus* de un animal (Corte Suprema de Justicia, Radicado 2017-00468-02/2017)

En la sentencia objeto de análisis, el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona decidió la impugnación contra la providencia dictada el 13

de julio de 2017 por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, resolviendo el recurso de *habeas corpus* promovido por Luis Domingo Gómez Maldonado, quien actuó a favor de “Chucho”, un oso de anteojos. El oso, después de vivir 18 años en una reserva natural de Manizales, fue trasladado a un zoológico en Barranquilla, quedando en cautiverio. Con el recurso se solicitó que volviera a ser trasladado a la reserva en Manizales.

El magistrado expone que si bien se han reconocido otros mecanismos para la protección de los animales, como los son la acción popular y las acciones administrativas, existen *“Múltiples argumentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales surgidos para sustentar la tesis de los animales como “seres sintientes” que propenden por otorgarles prerrogativas de tipo fundamental dignas de recibir protección inmediata por el Estado”*⁵.

... La sentencia presenta el cambio del paradigma “antropocéntrico” a un paradigma “ecocéntrico”...

... dado que se han reconocido derechos a personas jurídicas, es también posible reconocer derechos a la naturaleza y a los seres vivos sintientes como los animales...

La sentencia presenta el cambio del paradigma “antropocéntrico” a un paradigma “ecocéntrico”. En el primero, el hombre coloniza y posee, en contraposición al segundo donde *“el hombre es el responsable principal de la conservación del universo y del medio ambiente, que aboga por una ciudadanía universal y biótica”*⁶ y *“todos participamos con una expresa vocación ética ambientalista como responsabilidad individual y*

*conjunta con nosotros mismos, pero también esencialmente con las generaciones venideras”*⁷. En la providencia se afirma que en contraposición a la visión antropocéntrica varios intelectuales se han concentrado en defender los derechos de los animales, entre los que destaca a Jeremy Bentham, Tom Regan, Henry Salt, Jorge Riechmann, Marta Tafalla.

5. Colombia, Corte Suprema de Justicia- Sala Civil. Sentencia, julio 26/17, Rad 2017-00468-02. M.P Luis Armando Tolosa Villabona.

6. *Ibid.*

7. *Ibidem*

Respecto a los derechos de los animales, se expone que el ser humano es también un animal, y dado que se han reconocido derechos a personas jurídicas, es también posible reconocer derechos a la naturaleza y a los seres vivos sintientes como los animales.

Posteriormente, se reflexiona sobre las prerrogativas que poseen los animales como sujetos de derechos, considerando que los estándares mínimos son los que establece la Ley 1774 de 2016, relativos a salvaguardar la integridad de mismos. Enseguida, se señala que la protección a los animales tiene asiento en la necesidad de proteger la diversidad y se encuentra regulada en diversas normas. El fallo trae a colación las sentencias de la Corte Constitucional que hablan del maltrato.

La providencia se concentra en el derecho a la libertad de los animales, citando múltiples instrumentos internacionales que han abogado por la protección de los animales, como la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la “Declaración Universal de los Derechos del Animal”.

Por último, se destaca que la acción de *habeas corpus*, diseñada para proteger el derecho a la libertad, un derecho *supra legal*, no resulta incompatible para proteger los derechos de los animales; puesto que son seres sintientes y están legitimados para exigir a través de cualquier ciudadano la protección de su integridad física, cuidado, mantenimiento o reinserción en su *hábitat*. Sin embargo, se hace la salvedad de que hay que analizar las circunstancias específicas de cada situación antes de proteger el derecho.

La sentencia concluye analizando el caso concreto. De manera juiciosa se estudian las condiciones del oso, teniendo en cuenta la importancia ecológica que tiene en el ecosistema andino y las características específicas de su especie. Revisando el diagnóstico se encontró que el oso, tras la muerte de su hermana se volvió depresivo y sufría de sobrepeso. Además, se descubrió que el traslado se efectuó después de que se fugase y regresara a la reserva. El fallo expone que el cambio de *hábitat* no tuvo alguna motivación y no se precisó si de acuerdo con las características del oso, el traslado le favorecía. Tampoco obraban en el expediente pruebas sobre las condiciones en que se encontraba el oso en su nuevo *hábitat*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez ordenó trasladar al oso al lugar que mejor se adecue a su *hábitat*, favoreciendo como destino prioritario la reserva en la que se encontraba antes.

Esta sentencia tiene varios elementos por analizar. El primero de ellos es que a pesar de que reconoce la postura de la Corte Constitucional, respecto a la existencia de otros mecanismos para proteger derechos, se aparta de esta posición desde un principio para argumentar que los animales i) son sujetos de derechos, ii) que estos derechos pueden ser fundamentales y iii) que pueden ser susceptibles de protección a través de acciones inmediatas.

Respecto a lo primero, la argumentación se sustenta, como veremos más adelante, en presupuestos ya usados previamente por la Corte Constitucional como son el cambio de enfoque y la posibilidad de reconocer derechos a sujetos no humanos; así que en principio no es tan novedosa. En cambio, en la segunda cuestión, el reconocimiento de derechos fundamentales y la designación exacta del derecho a proteger, la sentencia va mucho más allá de lo que ha establecido la Corte Constitucional.

Sin embargo, los argumentos que dan base a tal afirmación son limitados, las dos razones que presenta –la normatividad existente y el hecho de que son seres sintientes– son insuficientes para sustentar el carácter fundamental de los derechos de los animales, pues las normas existentes ni siquiera prevén de manera expresa que son titulares de derechos y el hecho de

... la sentencia va mucho más allá de lo que ha establecido la Corte Constitucional...

que sean seres sintientes no implica de por sí que los derechos que posean sean de índole fundamental. Con todo, es claro que la necesidad de exponer su carácter fundamental busca dar cabida acciones que sirvan para proteger de manera inmediata sus derechos. Con esto, abre la posibilidad a interponer tutelas y *habeas corpus* para proteger los derechos de los animales.

La sentencia permite la interposición de acciones directamente en defensa de los animales por conducto de personas. Lo que implica que son los animales como titulares de derechos los que demandan su protección, sólo que lo hacen a través de la agencia humana. Esto conlleva a proteger al animal por sí mismo y no en función de los derechos de otros. Con esta sentencia los animales se vuelven sujetos de derechos, obedeciendo una visión ecocéntrica y dejan de ser simples objetos de protección del hombre, como se protegerían desde una perspectiva antropocéntrica.

La sentencia fue controvertida a través de la interposición de una acción de tutela por parte de la Fundación Botánica y Zoológica de Barranquilla, de la cual conoció el magistrado Fernando Castillo Cadena de la Sala Laboral de la Corte Suprema, quien tuteló el derecho al debido proceso del demandante y dejó sin efectos la sentencia de *habeas corpus*, remitiendo el asunto para revisión ante la Corte Constitucional. La razón de la decisión fue que el recurso de *habeas corpus* no es procedente para proteger derechos de los animales, solamente es para proteger derechos de los humanos. El magistrado afirma que el fallo cuestionado incurrió en un defecto sustantivo material y en uno procedimental absoluto, vulnerando el debido proceso del accionante⁸. Gracias a que no hubo alguna impugnación o al menos no se pudo conocer de esta en el transcurso de la investigación, resta esperar que la sentencia sea seleccionada por la Corte Constitucional para que emita su veredicto.

A continuación, se expondrá el escenario jurídico en el que es expedida esta sentencia para comprender su trascendencia y el alcance de sus principales argumentos.

II. Contexto en que se surte el debate

La controversia reciente sobre los derechos de los animales se da en un escenario jurídico en el que ha ocurrido un cambio en el paradigma en que se concibe la relación del hombre con la naturaleza. La posición que había optado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la relación entre el hombre y la naturaleza sólo fue objeto de análisis hasta el año 2015, cuando en la sentencia T-080 de 2015, el magistrado Jorge Iván Palacio estableció que había al menos tres aproximaciones que explican el interés superior que tiene la protección de ambiente en la Constitución. Posteriormente, estas aproximaciones fueron categorizadas en la sentencia T-449 de 2015⁹, también por el magistrado Palacio, como las perspectivas antropocéntrica, biocéntrica y ecocéntrica. Estas categorías sirven como marco de análisis de algunos de los principales fallos referidos a la protección de los animales.

8. Colombia, Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral. Rad 49924, agosto 16/17. M.P Fernando Castillo Cadena.

9. Colombia, Corte Constitucional T-449 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio.

La perspectiva antropocéntrica concibe *“al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del primero”*¹⁰ y tiene como referente la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre medio ambiente humano, en la que el hombre es el eje central de protección. Esta visión fue reiterada en la sentencia T-411 de 1992¹¹, la cual resalta la importancia que tiene los recursos naturales para el desarrollo de la vida humana. Bajo este enfoque no se reconoce un valor intrínseco de la naturaleza, sino que su importancia deriva de su relación con el desarrollo humano. Respecto a los animales, desde esta concepción pueden incluirse las sentencias en que tienen como función la satisfacción de necesidades humanas. Esta posición se presenta en sentencia T-035 de 1997, en la que se protege el libre desarrollo de la personalidad que se manifiesta en la tenencia de mascotas¹².

La visión biocéntrica, por su parte, *“reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras”*¹³. Como se observa parte de una visión que también es antropocéntrica solo que más moderada.

En relación con los derechos de los animales, vale mencionar la sentencia T-608 de 2011, que representa un punto medio entre el enfoque biocéntrico y el ecocéntrico¹⁴ y la sentencia C-666 de 2010, que reconoce que los animales son seres sintientes, pero da aval al maltrato cuando se trata de prácticas culturales, sin profundizar en los derechos en pugna¹⁵.

La visión ecocéntrica hace referencia a posturas que *“conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos, y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a la posición mayoritaria”*¹⁶. Un documento representativo de este enfoque es la Carta de la Naturaleza de 1982 y algunas sentencias como la T-282 de 2011, en la que se reitera la protección especial de comunidades indígenas y su relación con la na-

10. Colombia, Corte Constitucional, T-080 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio

11. Colombia, Corte Constitucional T-411 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12. Colombia, Corte Constitucional T-035 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

13. Colombia, Corte Constitucional T-080 de 2015. Op.cit.

14. Colombia, Corte Constitucional T-608 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao.

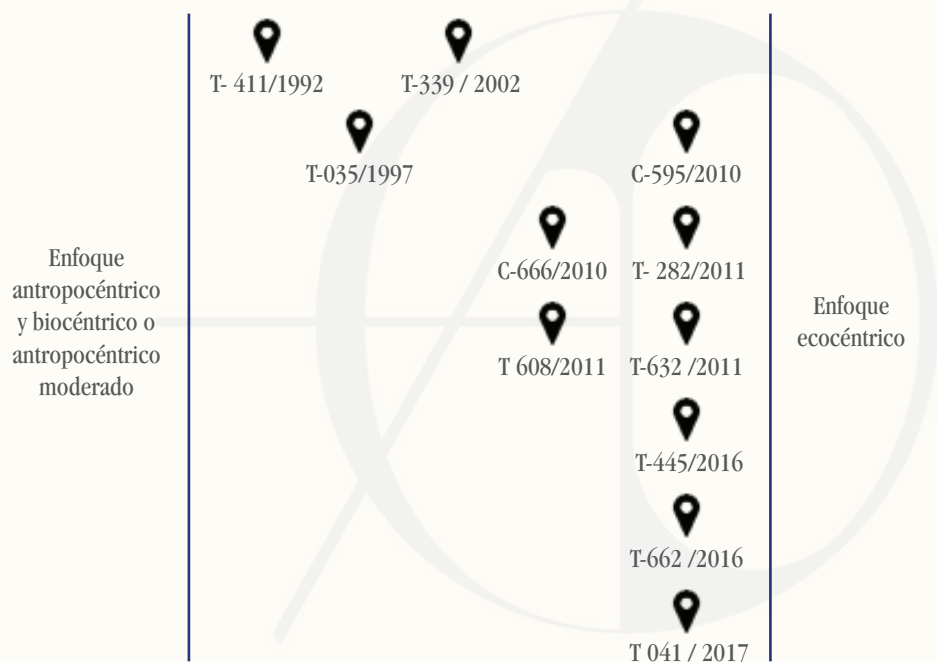
15. Colombia, Corte Constitucional C-66 de 2010. M.P. Humberto Sierra.

16. Colombia, Corte Constitucional T-080 de 2015. Op.cit

tural¹⁷. Esta posición también es evidente en las sentencias C-595 de 2010^{18 19}, C-632 de 2011^{20 21}, T-445 de 2016^{22 23}, T-662 de 2016^{24 25}, C-041 de 2017^{26 27}, pues se reconoce el valor intrínseco de la naturaleza y se le otorgan derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que para que haya un reconocimiento de derechos a sujetos no humanos, el enfoque de análisis debe ser predominantemente ecocéntrico.

A continuación, se expondrá gráficamente la información planteada, haciendo la salvedad de que posteriormente se profundizará en sentencias referidas a los derechos de los animales.



17. Colombia, Corte Constitucional T-282 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas.
18. Colombia, Corte Constitucional T-595 de 2010. M.P. Jaime Araujo Rentería.
19. Entiende al ambiente como un objeto de protección en sí mismo.
20. Colombia, Corte Constitucional T-632 de 2011. M.P. Eduardo Montealegre.
21. La sentencia se refiere a la naturaleza como un sujeto de derechos.
22. Colombia, Corte Constitucional T-445 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio.
23. Se reconoce la necesidad de salvaguardar en la naturaleza por el valor que posee en sí misma.
24. Colombia, Corte Constitucional T-662 de 2016. M.P. María Victoria Calle.
25. Se reconoce al río Atrato como sujeto de derechos.
26. Colombia, Corte Constitucional C-041 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza y Jorge Iván Palacio.
27. Se reconoce a los animales como sujetos de derechos.

III. Los animales como sujetos de derechos. Evolución jurisprudencial

El reconocimiento de los animales como sujetos de derechos en el panorama jurídico colombiano es muy reciente. Es posible hablar de tres tendencias distintas relacionadas con la protección de los animales. Inicialmente existía una inclinación por proteger a los animales como bienes de interés ambiental que pertenecen al Estado. Posteriormente se reconoció a los animales como seres sintientes que gozan y sufren; de ahí deriva el deber de protección. Finalmente, la tendencia reciente, pero con antecedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado, reconoce a los animales como titulares de derechos susceptibles de ser protegidos por conducto de otros.

El primer momento inicia con la Ley 84 de 1989, al establecer sanciones a conductas humanas que atenten contra la integridad física de los animales. Se pueden destacar en esta tendencia la sentencia T-035 de 1997, ya citada, que se refiere a la tenencia de animales domésticos como una forma de ejercer el libre desarrollo de la personalidad del dueño de la mascota. Posteriormente, con la sentencia C-1192 de 2005²⁸ se garantiza el derecho a la cultura por encima de los derechos de los animales sin mediar reflexión sobre el sufrimiento maltrato que las corridas de toros u otros espectáculos traerían para ellos. Otra sentencia importante es la T-760 de 2007, con la cual se privilegia el interés superior de preservar la diversidad frente al derecho a la salud de una mujer enferma que tenía un loro como animal de compañía²⁹. Igualmente sucede en la sentencia antes citada, T-608 de 2011, en la que se da prelación al bienestar del animal como bien de importancia ambiental sobre el derecho a la salud de una persona en condición de cuadriplejía.

En el segundo momento se encuentran las Leyes 1638 de 2013 y 1774 de 2016 y dentro de las sentencias destacadas están la C-666 de 2010, en la cual la Corte, analizando la exequibilidad de excepciones al maltrato animal reconoce que los animales son seres sintientes y sujetos de protección; la T-439 de 2011, en la que se reitera que los

28. Colombia, Corte Constitucional C-1192 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

29. Colombia, Corte Constitucional T-760 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

animales son seres sintientes -no únicamente bienes-, y se permite que animales domésticos puedan acceder a medios de transporte público³⁰. También es importante la sentencia C-283 de 2014, en la cual se declara exequible la prohibición de tenencia de animales silvestres o exóticos en los circos fijos o itinerantes contemplada en la Ley 1638 de 2013 y se reitera que los animales sienten y son objeto de especial protección³¹. En el mismo sentido, se argumentó en la sentencia T-095 de 2016, que si bien se reconoce que los animales son seres sintientes no tienen derechos fundamentales porque no son humanos; por ello, el medio idóneo para proteger a los animales es la acción popular y en ningún caso la tutela^{32 33}.

Es también relevante la sentencia T-146 de 2016, en la que se conoce el caso de un chimpancé que convivía con una familia y después de escaparse fue encontrado por la autoridad ambiental, aprehendido y puesto en rehabilitación. La Corte ahonda en las condiciones específicas del primate como ser sintiente

... En esta sentencia se explica que lo establecido por el Código Civil está limitado por el panorama existente en la época de su expedición...

y aboga por la protección del animal en favor de su bienestar como objeto de protección del Estado, a quien pertenece^{34 35}. Finalmente, la sentencia C-467 de 2016 analiza si hay una incompatibilidad en la concepción de bienes o cosas que trae el Código Civil y la de seres sintientes. Llega a la conclusión de que ambas posturas no se contradicen, y el hecho de que puedan estar en el tráfico jurídico incluso garantiza la protección³⁶.

En cuanto al tercer momento, el tribunal pionero en el reconocimiento de derechos de los animales fue el Consejo de Estado con dos

30. Colombia, Corte Constitucional T-439 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao.

31. Colombia, Corte Constitucional C-283 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio.

32. Colombia, Corte Constitucional T-095 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

33. En esta sentencia se hace explícita la pugna de visiones que hay entre los diferentes magistrados al interior de la Corte, pues se observa, expresamente, que hay magistrados que abogan por el reconocimiento de derechos fundamentales a los animales.

34. Colombia, Corte Constitucional T-146 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

35. En esta sentencia se reitera que son bienes del Estado, pero en el marco de este estudio, su tesis pertenece a la segunda tendencia porque se enfatiza la condición del animal como ser sintiente.

36. Colombia, Corte Constitucional T-467 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

sentencias del magistrado Enrique Gil Botero. La primera, del año 2012, en un asunto relacionado con la responsabilidad por tenencia de animales bravíos, donde expuso que los animales son titulares de derechos, pues tienen un valor propio. En esta sentencia se explica que lo establecido por el Código Civil está limitado por el panorama existente en la época de su expedición³⁷. Al año siguiente de esa sentencia, estudiando la apelación de una acción popular en contra de la experimentación con primates, vuelve a reconocer el valor intrínseco de los animales, los derechos que poseen a no ser sometidos a sufrimientos y la necesidad de protegerlos. Expone que la existencia legal de los derechos de los animales se deriva del reconocimiento expreso que hace de ellos la Ley 1638 de 2013 y que los hombres pueden servir de los animales sin vulnerar los derechos que les asisten^{38 39}. El magistrado también plantea un conjunto de derechos que poseerían los animales.

La Corte Constitucional sólo ha reconocido expresamente a los animales como sujetos de derechos en la sentencia C- 041 de 2017⁴⁰. Allí, el alto tribunal se concentró en establecer la constitucionalidad de un párrafo que impide la penalización de las conductas de maltrato permitidas en la Ley 84 de 1989. Al final, la Corte reconoce que los animales son seres sintientes y sujetos de derechos, explica que su protección es vital, y ante la ausencia de mecanismos de protección, acepta que la tutela puede llegar a ser un mecanismo viable. Declara inexecutable la despenalización con efectos diferidos, y exhorta al Congreso a regular la posibilidad o imposibilidad de maltrato en prácticas culturales, en un plazo de dos años.

La sentencia de *habeas corpus* analizada en este trabajo fue proferida en el año 2017, hace parte del cambio de tendencia hacia el reconocimiento expreso de los derechos de los animales y la posibilidad que tienen éstos de acudir a mecanismos de protección directa e inmediata.

37. Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad 17001-23-3-1000-1999-0909-01. M.P. Enrique Gil Botero. 2012.

38. Colombia, Consejo de Estado. Rad. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP) M.P. Enrique Gil Botero. 2013.

39. En ambas sentencias el magistrado Orlando Santofimio se opuso al reconocimiento de derechos.

40. Colombia, Corte Constitucional T-041 de 2017.Op. Cit

Animales como bienes de interés ambiental	Animales como seres sintientes objeto de protección	Animales como seres sintientes titulares de derechos
T 760 de 2007. T 608 de 2011.	Ley 1638 de 2013. Ley 1774 de 2016. C-666 de 2010. T-439 de 2011. T-283 de 2014 T-095 de 2016. T-146 de 2016. T-467 de 2016.	CE-Rad 17001-23-3-1000-1999-0909-01. CE. Rad. 25000-23-24-000-2011-00227-01. C- 041 2017. Rad 2017-00468-02. (<i>habeas corpus</i>)

IV. Derechos protegidos

Considerando que con la última tendencia que se expuso en el acápite anterior se ha dado apertura a la posibilidad de reconocer que los animales son sujetos de derechos, surge el cuestionamiento sobre cuáles son los derechos que se deben proteger y qué mecanismos jurídicos existen para ello.

Respecto a lo primero, en la doctrina hay consenso sobre la dimensión negativa de los derechos, que se concretiza en el derecho a no sufrir tratos crueles. Varios de los intelectuales coinciden en que, en principio, el reconocimiento se da para evitar el maltrato hacia los animales⁴¹. Sin embargo, hay posturas, como la que se defiende en la sentencia objeto de análisis y la que plantea el ex magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, que amplían el rango de los derechos imponiendo una serie de obligaciones positivas al ser humano.

Autores como Marta Nussbaun o Jorge Riechmann abogan por una dimensión positiva de los derechos de los animales⁴²; la primera, expo-

... se ha dado apertura a la posibilidad de reconocer que los animales son sujetos de derechos...

41. JARAMILLO, Valentina. Los animales como sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano: una mirada desde la moral del utilitarismo. Universidad de Manizales. 2016.

42. Esto implica que los derechos no solo conllevan a la no vulneración de integridad, sino a la posibilidad de alentar el desarrollo de capacidades e intereses del animal.

niendo que poseen capacidades susceptibles de ser desarrolladas⁴³ y el segundo, reconociendo que tienen intereses intrínsecos al desarrollo de su especie⁴⁴.

Aquí surgen otros interrogantes, por ejemplo, si todos los seres tendrían los mismos derechos, si se deben reconocer los mismos derechos a los mamíferos que a los invertebrados o si se deberían reconocer derechos a todos los mamíferos siendo que muchos integran la dieta humana. A esta cuestión alude la sentencia que resuelve el *habeas corpus*, exponiendo que hay que mirar en cada caso de manera específica la titularidad y el alcance de protección del derecho.

... critica que conceder derechos al ser humano sólo por ser “ser humano”, sería una discriminación especista...

Riechmann propone que no son los mismos derechos para todos, sino que esta es una cuestión que depende de la especie y las necesidades que esta tenga para desarrollarse, para lo que se debe tener en cuenta sus características⁴⁵.

En torno a si son derechos fundamentales, el autor plantea que es una distinción innecesaria, pues considera que ese estatus lo que busca es generar unos mecanismos de protección inmediata para la defensa del derecho. En otras palabras, el carácter de “fundamental” se da para determinar si cuentan o no con algún mecanismo de justicia efectiva. Sin embargo, al final defiende el carácter “fundamental” del derecho, explicando que algunos animales son cuasi-personas y critica que conceder derechos al ser humano sólo por ser “ser humano”, sería una discriminación especista⁴⁶.

V. Mecanismos de protección

Sobre las acciones para la protección de los derechos existen dos posturas, una que expone que la acción popular es el mecanismo de defensa idóneo y otra que da aval a la acción de tutela y el *habeas corpus* para la defensa de los derechos.

43. MARTINEZ, Pablo. El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente el problema de la ética animal. Chile: Veritas 33. 2015.

44. RIECHMANN, Jorge. Op.Cip pág. 211.

45. Ibid pág. 223.

46. RIECHMANN, Jorge. Op.Cip pág. 204.

Respecto a la acción popular, esta tiene como finalidad la protección de intereses de carácter colectivo como el medio ambiente, los bienes públicos y la moralidad administrativa y no derechos de índole individual como la integridad personal o la vida. Por ello, si se dice que la acción adecuada para proteger a los derechos de los animales es la acción popular, se estaría desdibujando el reconocimiento efectuado a animal como titular de derechos y se convertiría en el objeto de protección de los derechos del hombre. En este sentido, prevalecería la visión antropocéntrica.

Dado que las otras acciones administrativas no se constituyen en mecanismos de protección inmediata susceptibles de ser reclamados por el animal a través de otro, se hace necesaria la existencia de un mecanismo jurídico eficaz e inmediato para proteger los derechos individuales de los animales, distinto a los que plantea el ordenamiento jurídico, que permita la exigibilidad de derechos propios del animal, por supuesto, actuando por conducto de otro, quien debe interpretar de acuerdo con la naturaleza del animal y a sus condiciones, qué es lo que este necesita.

... la sentencia guarda consonancia con el cambio de perspectiva sobre la relación del hombre con la naturaleza, pues es a través de una concepción jurídica ecocéntrica que se pueden reconocer derechos a seres vivos no humanos...

Hasta tanto, como propone la sentencia C- 041 de 2017 antes citada, la tutela (o el *habeas corpus*), podría ser un mecanismo efectivo para la exigibilidad de derechos, coherente con el reconocimiento del animal como sujeto de derechos propios y no únicamente como objeto de los derechos del hombre.

Reflexiones finales

En este trabajo se fijó el panorama normativo y jurisprudencial en que fue emitida la sentencia de *habeas corpus*, promovida en representación de un oso de anteojos llamado “Chucho”.

Se concluye que la sentencia guarda consonancia con el cambio de perspectiva sobre la relación del hombre con la naturaleza, pues es a

través de una concepción jurídica ecocéntrica que se pueden reconocer derechos a seres vivos no humanos.

Así mismo, la sentencia fue promulgada en concordancia con una tendencia emergente en el ordenamiento jurídico que pugna por el reconocimiento de derechos a los animales y la posibilidad de hacerlos efectivos por sí mismos y no como objeto de los derechos del hombre.

El fallo analizado en este documento es importante porque ayuda a construir un consenso en las altas cortes en torno al reconocimiento de derechos de los animales, incluso si sus mecanismos de protección siguen siendo objeto de debate.

Finalmente, algo valioso de la decisión, es que más allá de las reflexiones jurídicas a que da lugar en torno a los derechos y sus mecanismos de exigibilidad, cuestiona profundamente la relación que los seres humanos tienen con los animales, haciéndole repensar sus hábitos cotidianos, alimenticios y de consumo, que podrían tener impacto sobre los derechos reconocidos a los animales.

Bibliografía

- JARAMILLO, Valentina. Los animales como sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano: una mirada desde la moral del utilitarismo. Universidad de Manizales. 2016,
- MARTINEZ, Pablo. El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente el problema de la ética animal. Chile: Veritas 33. 2015.
- RIECHMANN, Jorge. Todos los animales somos hermanos. Madrid: Catarata, 2005. Pág. 172.
- SINGER, Peter. Liberación animal. The New York Review of Books No 8, 2003. Tomando de: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/17.-Liberación-animal.pdf> 24/10/2017.

Leyes

- Ley 84 de 1989
- Ley 1638 de 2013
- Ley 1774 de 2016

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sección Tercera Rad 17001-23-3-1000-1999-0909-01. M.P Enrique Gil Botero. 2012.

- Consejo de Estado. Sección tercera. Rad. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP) M.P Enrique Gil Botero. 2013
- Corte Constitucional T-411 de 1992. MP Alejandro Martínez caballero.
- Corte Constitucional T-035 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara
- Corte Constitucional C- 339 de 2002. MP Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional C-1192 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional T-760 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rente
- Corte Constitucional T-595de 2010. M.P. Jaime Araujo Rentería
- Corte Constitucional T-282 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas
- Corte Constitucional T-608 de 2011.M.P Juan Carlos Henao
- Corte Constitucional T-632 de 2011. M.P. Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional T445 de 2016. MP Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional T-662 de 2016. M.P. María Victoria Calle
- Corte Constitucional T-611 de 2011. M.P Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional C-283 de 1014. M.P. Jorge Iván palacio
- Corte Constitucional T449 de 2015. MP Jorge Iván Palacio
- Corte Constitucional T-080 de 2015. MP Jorge Iván Palacio
- Corte Constitucional T-095 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional T-467 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Corte Constitucional C-041 de 2017 M.P Gabriel Eduardo Mendoza y Jorge Iván Palacio.
- Corte Suprema de Justicia- Sala Civil. Rad 2017-00468-02. M.P Luis Armando Tolosa Villabona. 26/07/2017
- Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral. Rad 49924. M.P Fernando Castillo Cadena. 16/08/2017



El interés público como un nuevo criterio de estudio e implementación esencial en el arbitraje de inversión

Análisis Jurisprudencial a partir del Laudo proferido a raíz de la controversia suscitada entre Philip Morris International y la República Oriental de Uruguay

*Maria Paula
Herrera Duque¹*

Dedicatoria

El presente texto se elaboró para participar en el Concurso de Análisis Jurisprudencial organizado por la Asociación Cavalier del Derecho y la Universidad Nacional de Colombia, pero para mí representa mucho más: sin pretenciosidad alguna, se trata de una oportunidad que me dieron para acercarme a la investigación, análisis y construcción de conocimiento jurídico en homenaje a los 150 años de la Universidad Nacional de Colombia y la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, mi hogar desde hace 3 años.

Sumario

Introducción

I. Hechos y alegatos

II. Problemas jurídicos

1. Expropiación
2. Tratamiento justo y equitativo
3. Otros criterios

III. Efectos del laudo: interés público y soberanía doméstica en el arbitraje internacional

IV. Análisis crítico y propositivo (conclusiones)

Bibliografía

“Crisis quiere decir exigencia imperiosa de transformaciones, exigencia de despojarse, como las serpientes, de la piel vieja que constriñe el cuerpo de manera no natural.”

Paolo Grossi²

Resumen

El arbitraje internacional de inversión como mecanismo alternativo de solución de controversias ha cobrado una importancia trascendental. Este proceso —concebido originalmente para proteger al inversionista de las acciones arbitrarias que el Estado receptor pudiese emprender³— surge como respuesta a las controversias que pueden suscitarse en el marco del ascendente flujo de bienes y servicios internacionales.

Sin embargo, la resolución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor bajo los acuerdos de inversión ha sido objeto de discusión durante los últimos años. Un aspecto que parece inquietar a distintos Gobiernos es la protección del *interés público*, cuestionándose cómo desarrollar acciones relacionadas con esta materia, tales como protección de la sa-

1. Estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganadora del primer puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavellier”, segundo semestre de 2017. mpherrerad@unal.edu.co
2. GROSSI, Pablo. “Crisis de la ley y procesos de globalización” citado por SESSAREGO, Carlos. “El Derecho en un periodo de transformación entre dos épocas”. En *Jurista y Maestro Arturo Valencia Zea Tomo I*, Universidad Nacional de Colombia, 2014. p. 80.
3. SAPPIDEEN, Razen y LING LING, He. *Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States*. En *Journal World Trade*, 2015. pp. 85-116. (Traducción libre)

lud, medio ambiente, bienestar y seguridad de sus ciudadanos, sin que por ello puedan ser demandados por el inversionista.

Un ejemplo de ello es la controversia suscitada en 2010 entre PMI y la República Oriental de Uruguay, cuyo laudo⁴ será objeto de análisis en el presente escrito.

En dicho caso, con el objetivo de reducir los niveles de consumo de tabaco en el país, y prevenir que las tabacaleras usaran empaquetados engañosos⁵, Uruguay introdujo medidas que (i) impedían que las tabacaleras comercializaran más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas y (ii) aumentaban el tamaño de advertencias sanitarias gráficas en contra de fumar en un 30%⁶.

En razón a ello, Philip Morris –una de las más grandes tabacaleras a nivel mundial–, demandó a Uruguay ante el CIADI, reclamando que, con estas medidas, se violaban sus derechos de propiedad intelectual y a su vez, se expropiaba su inversión.

A través del presente análisis, se buscará identificar no sólo el criterio incorporado por el Tribunal respecto a los múltiples puntos expresados por el laudo, sino también, cuáles son los efectos y el alcance de dicha decisión en el plano internacional frente al concepto de *interés público y la defensa de soberanía doméstica*.

Para ello, el escrito se dividirá en tres partes: (i) exposición del laudo, donde se identificarán los hechos relevantes, el problema jurídico y el marco en el que el Tribunal se basa para resolver el caso; (ii) los efectos del laudo en relación con el arbitraje internacional; seguido de (iii) un análisis crítico y propositivo a manera de conclusión.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, interés público, expropiación, trato justo y equitativo, soberanía doméstica.

Abstract

The international investment law has a transcendental relevance as a dispute resolution mechanism. This process –originally conceived for protecting the foreign investor from the arbitrary actions of host country governments– born as an answer for the investment

4. ICSID CASE No. ARB/10/7, 08-07-2016. Philip Morris Brands SÁrl, Philip Morris Products S.A y Abal Hermanos S.A v. República Oriental de Uruguay

5. *Ibid.*, párr. 13.

6. *Ibid.*, párr. 10-11

disputes that can appear in the framework of provide international goods and services.

Notwithstanding, investor and host State dispute resolution under bilateral and multilateral investment treaties (BIT), has been subject of discussion in the last few years. An aspect that seems to concern Governments, is the protection of the public interest, discussing how to ensure State immunity against ISA suits for State legislation protecting the health, environment, wellbeing and safety of citizens. For instance, the 2010 dispute aroused between PMI and Oriental Republic of Uruguay, which resolution will be subject of study in this essay.

In said case, with the objective to reduce the levels of tobacco consumption in the country, and to prevent tobacco companies from using packaging to suggest that some cigarettes were less harmful, Uruguay introduced tobacco control measures that (i) prohibit to tobacco companies sell more than one variant of cigarettes that belong to a same family of brands, and (ii) require an 80% of cigarette packaging to carry graphic warnings against smoking.

Following that, Philip Morris, one of the world's largest tobacco companies, challenged these measures and sued Uruguay at the IC-SID center, alleging that they violated its intellectual property rights protections, and effectively expropriated its investments.

Throughout the present essay, I will approach to identify the criteria incorporated by the Tribunal about the points expressed by the award.

*Therefore, the effects and scope of said decision in the international panorama, about the concept of **public interest and domestic sovereignty**. For that purpose, the essay will be divide into three parts: (i) Award's relevant things: facts, legal problem and the elements that the Tribunal used to resolve the case, (ii) the decision of the international arbitration, (ii) followed by a critical analysis and a proposal as a conclusion.*

Keywords: *Investment arbitration, public interest, expropriation, fair and equally treatment, domestic sovereignty.*

Abreviaturas y siglas utilizadas con frecuencia

AII o ISA	Arbitraje Internacional de Inversiones
CIADI o ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CMCT	Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco de fecha 21 de mayo de 2003
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DAD	Derecho Administrativo Doméstico
El BIT	Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay
Medidas impugnadas	Las regulaciones 80/80 y la RPU
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PMI	Philip Morris International
Regulación 80/80	Adoptada mediante el Decreto del Poder Ejecutivo 287/009 de fecha 15 de junio de 2009
RPU	Regulación de la Presentación Única adoptada mediante la Ordenanza 514 de fecha 18 de agosto de 2008
SCI	Suprema Corte de Justicia de Uruguay
TCA	Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay
TBI o BIT	Tratado Bilateral o multilateral de Inversión
Tribunal	Tribunal Arbitral (Piero Bernardini, Gary Born y James Crawford)

Introducción

La aplicación del arbitraje de inversión cobró fuerza en la década de los noventa al presentarse un incremento generalizado de acuerdos de inversión, donde se pactó la utilización de esta figura acudiendo al Convenio CIADI. Así, mediante un acto de delegación de la administración de justicia, se convoca a manos de particulares una controversia suscitada entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, permitiendo que controversias usualmente sometidas al DAD, se sometan al AII⁷.

Si bien con este mecanismo el inversionista tiene los medios para hacer exigible del Estado las obligaciones que comporta la protección de la inversión⁸, y constituye, además, un mecanismo de control externo sobre el Estado respecto de su administración⁹; se ha percibido como un instrumento insuficiente, que no garantiza adecuadamente la defensa de soberanía doméstica y que ha ignorado criterios esenciales como el orden público internacional y el interés público.

Indudablemente los acuerdos comerciales internacionales ayudan a fomentar el comercio entre naciones, la innovación y la eficiencia; sin embargo, pueden causar daños al Estado receptor¹⁰, así los países se han enfocado en salvaguardar el derecho del Estado de intervenir –incluso en detrimento del inversionista– para proteger el interés general respecto del medio ambiente, derechos laborales y la competencia, así como la facultad del Gobierno de regular el interés público¹¹.

Lo anterior, ha llevado a que en los últimos años muchos países (no sólo latinoamericanos) reconsideren el papel que ejerce el AII y los acuerdos de inversión de cara a asuntos de interés público que –aunque no tienen un estándar internacional definido– acarrear en múltiples aspectos obligaciones internacionales para los Estados en pro de sus ciudadanos.

-
7. HERNÁNDEZ G, José Ignacio. “El CIADI en el marco del derecho administrativo global: una visión desde el derecho administrativo latinoamericano” En: *El Derecho Administrativo Global y el Arbitraje de Inversiones*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid España, 2016. p.198.
 8. BLACK BABY, Nigel. “El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión” En: *Revista Internacional de Arbitraje* N°1, Inglaterra, 2004. p.4.
 9. HERNÁNDEZ. *Óp. Cit.*, p. 201
 10. SAPPIDEEN, Razen y LING LING, He. *Óp. Cit.*, p. 94-95
 11. *Ibid.*, p. 89.

I. Hechos y alegatos

La controversia se suscita entre Philip Morris International y la República Oriental de Uruguay¹², como ya fue mencionado. Los hechos y argumentos relevantes en el proceso son los siguientes:

- a. En 2004 se crea la Comisión Interinstitucional Asesora para el Control de Tabaco, que brinda apoyo técnico al Ministerio de Salud Pública y evalúa la eficacia de las políticas vigentes relacionadas con el tabaquismo. Las compañías tabacaleras también participan de dicha política mediante la presentación de recomendaciones.
- b. En 2005 Uruguay inicia campaña de control de tabaco.
- c. En agosto de 2008, a través de la Ordenanza 514, se establece el Requisito de Presentación Única (RPU), que impide que las tabacaleras comercialicen más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas.
- d. En 2009, a través del Decreto 287 (Regulación 80/80), se impone un aumento de las advertencias en las cajetillas de 50% a 80%, dejando 20% de la cajetilla para marcas registradas, logos y demás información.
- e. En 2009, Abal Hermanos acude al TCA para solicitar se declare la nulidad de la Ordenanza 514. El recurso es rechazado.
- f. En el mismo año, acude de nuevo al TCA y a la SCJ para presentar una acción de nulidad y un proceso de inconstitucionalidad, toda vez que la regulación 80/80 delega facultades al ejecutivo de forma no permitida. Las dos solicitudes son rechazadas.
- g. La inversión de PMI se compone de la Fábrica Abal Hermanos que le pertenece en un 100%, y los activos de marca: derechos de propiedad intelectual asociados y otorgados bajo licencia.

12. Demandante: Philip Morris Brand (PMB) es una sociedad de responsabilidad limitada constituida en virtud de las leyes suizas, con sede social en Neuchâtel Suiza. PMB sustituyó y reemplazó a FTR Holding S.A, una de las demandantes originales; Philip Morris Products (PMP) es una sociedad anónima en virtud de las leyes suizas, con sede social en Neuchâtel, Suiza. Desde 1988; y Abal Hermanos es una sociedad anónima constituida en virtud de las leyes de Uruguay y tiene su sede social en Montevideo, Uruguay. La sociedad matriz controlante es Philip Morris International INC (PMI), constituida según las leyes estadounidenses y con sede social en Estados Unidos.

Demandada: República Oriental de Uruguay, democracia constitucional con población superior a 3.4 millones.

- Marcas y familias de marcas: Marlboro, Fiesta, Philip Morris, Premier, Galaxy y Casino.
 - Variantes de productos: Marlboro–Fresh Mint, Red, Blue y Gold.
 - Derechos de propiedad intelectual: Premier y casino–plusvalía mercantil relacionada con las marcas de las demandantes.
- h. PMI alega que las Medidas Impugnadas violan el TBI en razón del trato otorgado a las marcas comerciales de cigarrillos registradas de las marcas en las que las demandantes habían invertido importantes sumas de dinero. Habría violaciones de las obligaciones en virtud del menoscabo del uso y goce de las inversiones; tratamiento justo y equitativo y denegación de justicia; expropiación e inobservancia de los compromisos del TBI.
- i. Uruguay sostiene que las medidas impugnadas fueron adoptadas de conformidad con las obligaciones internacionales de Uruguay incluyendo el TBI, toda vez que el único objetivo es proteger la salud pública. Las medidas fueron aplicadas de forma no discriminatoria y corresponden a un ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas de Uruguay.
- j. Uruguay tiene uno de los índices de fumadores más elevados de América Latina, y se ha posicionado en un lugar de vanguardia entre los Estados en materia de política y legislación antitabaco; así, ha adoptado una serie de medidas regulatorias de control del tabaco cada vez más severas, lo que incluye restricciones sobre publicidad, advertencias sanitarias obligatorias, mayor imposición tributaria y prohibición de fumar en lugares cerrados.
- k. En 2015, en calidad de *amici curiae* intervienen la OMS y la OPS, asegurando que la medida adoptada por Uruguay se dio en el marco de un conjunto sustancial de pruebas de que las advertencias sanitarias con imágenes de gran tamaño constituyen un medio efectivo para informar a los consumidores de los riesgos vinculados con el consumo de tabaco y desalentar su consumo.

II. Problemas jurídicos

A partir de los hechos y argumentos expresados con anterioridad, el Tribunal se dedicó a dilucidar si las marcas y la plusvalía mercantil aso-

ciada al uso de ellas conformaba una inversión protegida según el TBI; y a partir de ello, si existía una vulneración a la propiedad representada en la inversión de los demandantes, por medio de las medidas impugnadas.

El Tribunal examinó lo anterior, enmarcado en los criterios de (i) expropiación; (ii) trato justo y equitativo; (iii) obstaculización del uso y goce de las inversiones de las demandantes; (iv) inobservancia de compromisos internacionales en cuanto al uso de marcas; y (v) denegación de justicia; si bien la decisión es enriquecedora en los cinco criterios, a fines de este escrito sólo se abordarán los dos primeros en forma detallada.

El Tribunal toma como marco normativo, principalmente, el derecho aplicable en Uruguay sobre el derecho de uso de marcas en dicha nación, el control de tabaco, la implementación de políticas de salud pública, y naturalmente, el acceso a la administración de justicia; un marco regulatorio internacional, que incluye el TBI entre Suiza y Uruguay, el CMCT, el Tratado de Montevideo, el Convenio de París y el ADPIC; y finalmente, el Convenio CIADI junto con los criterios reconocidos por los laudos proferidos por el Centro de dicha institución.

Adicionalmente, el Tribunal reconstruye un marco conceptual respecto de estos criterios internacionales propios de las relaciones de inversión, tal y como se señalará.

1. Expropiación

Se entiende como expropiación, a aquella institución de derecho público mediante la cual la administración –para el cumplimiento de sus fines públicos–, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles e inmuebles siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación¹³.

En derecho de inversiones, lo anterior es sólo una aproximación: si bien se conserva la naturaleza material que la expropiación supone, como una terminación del derecho de la propiedad privada, ésta tiene un alcance aún mayor al concebir la figura de la *expropiación indirecta* –como es el caso–, según la cual,

Se incluyen aquellos actos del Estado que tengan el efecto de quitar a los privados su propiedad [indirectamente] ya sea mediante la imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro

13. SAYAGUÉS, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”. 3ra edición. Tomo I. Montevideo: 1974. p. 313.

acto de naturaleza confiscatoria que restrinja, limite o interfiera irrazonablemente el goce por parte de los [inversionistas] de su propiedad¹⁴.

Ahora bien, en el caso concreto, el Tribunal aclara que en cuanto a expropiación indirecta se refiere, el umbral a sobrepasar no es que los demandantes hayan sido privados completamente del beneficio económico de la inversión, sino que las medidas impugnadas hayan privado sustancialmente el valor de las inversiones¹⁵; así, la interferencia debió ser lo suficientemente restrictiva como para sustentar la conclusión de que el propietario ha sido despojado de sus bienes de modo que convierte los derechos de los que aun goza el inversor en derechos despojados de todo valor¹⁶. Al respecto, la controversia entre las partes giraba entre si (i) las demandantes eran titulares de marcas prohibidas; (ii) si la marca confiere el derecho de uso o sólo el derecho de protección contra el uso por parte de terceros; y (iii) si con estos elementos, se había constituido una inversión protegida que haya sido expropiada a través de las medidas impugnadas.

... el Tribunal aclara que en cuanto a expropiación indirecta se refiere, el umbral a sobrepasar no es que los demandantes hayan sido privados completamente del beneficio económico de la inversión, sino que las medidas impugnadas hayan privado sustancialmente el valor de las inversiones...

Al realizar el anterior análisis, el Tribunal encontró que si bien los demandantes eran titulares de las marcas que presuntamente fueron prohibidas, —en su calidad de activos de propiedad intelectual— *debían estar inherentemente asociadas al comercio, puesto que implican una situación de intermediación entre productores y consumidores*¹⁷; de forma que, de haberse presentado el fenómeno expropiatorio, éste sólo sería plausible de las marcas pasibles de expropiación.

Una vez determinado ello, frente al derecho de uso, estableció que este es un derecho exclusivo, pero no relativo, toda vez que

14. AMADO, José y AMIEL, Bruno. “La Expropiación Indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras”. En Themis 50 Revista de Derecho, p. 62

15. ICSID, *PMI v. Uruguay* Óp. cit., párr. 183/284

16. *Ibid.*, párr. 191

17. *Ibid.*, párr. 273

No es un derecho absoluto que pueda oponerse al Estado en su calidad de regulador, de lo contrario, el mero hecho de registrar una marca garantizaría la venta de cualquier producto con marca. Si se descubre que un aditivo para alimentos provoca cáncer, el Gobierno debe tener la potestad de legislar para impedir o controlar su venta, [así] existen productos cuya presentación al mercado deba controlarse estrictamente, sin que se los prohíba por completo¹⁸.

De manera que, el derecho de uso únicamente otorga el alcance de excluir a terceros del mercado, de modo que sólo el titular de la marca tenga la posibilidad de usar la marca en el comercio.

El Tribunal, citando lo dicho en el caso *LG&E c. Argentina*¹⁹, establece que no habrá expropiación mientras persista un valor suficiente tras la implementación de las medidas impugnadas, de tal forma que la pérdida parcial de las utilidades no le confiere este carácter; además, la adopción de las medidas impugnadas por parte de la demandada constituyó un ejercicio legítimo de su soberanía doméstica en virtud del TBI.

El Tribunal entonces, concluye que frente a las medidas impugnadas, no se constituyen los elementos necesarios para acreditar una expropiación sobre la inversión de las demandantes. Además, éstas fueron tomadas de buena fe y de forma proporcional al objetivo que aspiraban, respaldadas por las obligaciones contraídas por Uruguay ante la OMS y la OPS.

2. Tratamiento justo y equitativo

Como señala María B. Segura²⁰, la institución del trato justo y equitativo

Trae intrínsecos dos principios fundamentales del derecho: la buena fe y la legalidad, constituyendo un estándar según el cual, las relaciones entre el Estado receptor y el inversionista deben verse enmarcadas en la razonabilidad, la no discriminación, la consistencia y la protección a las expectativas legítimas.

18. *Ibid.*, párr. 269

19. Al respecto véase ICSID CASE No. ARB/02/1, 25/07/07. *LG&E v. Argentina*, 2007.

“La disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación”.

20. SEGURA E. María. “Arbitraje de inversión: ¿Un incentivo para la inversión extranjera directa? En: Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes. 2014, p. 14

En el caso concreto, las demandantes aseguran que las medidas impugnadas son (i) arbitrarias, porque no sirven a un fin público y causan un daño considerable; (ii) violan las expectativas legítimas respecto del uso y goce de sus inversiones²¹; y (iii) destruyen la estabilidad jurídica a la que Uruguay se obligó en el TBI, el cual, sirvió de base para que las demandantes establecieran su inversión.

Al respecto, el Tribunal tuvo en cuenta que este criterio –intrínseco en las controversias relacionadas a inversiones–, debe tener un tratamiento particular y concreto según las circunstancias de cada caso; sin perjuicio del reconocimiento de principios como transparencia, protección a las expectativas legítimas, libertad de coerción, debido proceso y buena fe.

Además, para el correspondiente examen, incluyó el criterio de *margen de apreciación* –señalado por la demandada en su defensa– que permite evaluar si hubo carencia manifiesta de motivos para el establecimiento de las medidas controvertidas. Sobre este punto, cabe señalar que uno de los árbitros del Tribunal, en su opinión disidente sobre el fallo, establece que éste no es un criterio susceptible de acopio por el TBI correspondiente al caso, toda vez que dicha doctrina se funda en el lenguaje específico del CEDH y sus protocolos, y no es transferible a los términos específicos del derecho internacional consuetudinario²².

... el criterio del margen de apreciación permite evaluar si hubo carencia manifiesta de motivos para el establecimiento de las medidas controvertidas...

En cuanto a la regulación 80/80 no hubo mayor discusión: se estaba frente a una medida razonable adoptada en aras de implementar una obligación asumida por el Estado en virtud del CMCT. No obstante, respecto de la RPU, mientras el Tribunal destacó que su efecto constituía una medida razonable y brillante dentro del contexto de una determinación de políticas públicas para desalentar la creencia popular en cigarrillos más seguros²³; en la opinión disidente²⁴ se encuentra que:

21. Incluyendo el uso de los activos marcarios.

22. ICSID CASE No. ARB/10/7 “Opinión concurrente y disidente Sr. Gary Born” En: Philip Morris International v. Uruguay, 2016. p.138.

23. ICSID, PMI v. Uruguay Óp. cit., párr. 407-410

24. ICSID, “Opinión concurrente y disidente Sr. Gary Born” Óp. cit., párr.128

[...] Sin ignorar los propósitos legítimos e inherentes de las decisiones del gobierno, tales como la protección de consumidores en contra de la comercialización engañosa [...], el tratamiento justo y equitativo requería de razonabilidad y proporcionalidad, que no se ve reflejada con ésta medida, ya que ni el CMCT ni algún régimen regulatorio nacional, había propuesto una regulación de presentación única (RPU), presentando una directiva carente de reflexión, emitida apresuradamente y sin los controles y validaciones necesarias.

Finalmente, frente a *expectativas legítimas y estabilidad jurídica*, el Tribunal hace hincapié en señalar que la estabilidad del marco jurídico y comercial no debe entenderse como una congelación a la regulación legal de las actividades económicas. Al respecto, casos como *EDF c. Rumania* y *El Paso c. Argentina* han establecido que,

Salvo en los casos en que se realicen promesas o declaraciones específicas por parte del Estado al inversor, este último no podrá depender de un tratado bilateral de inversión como si fuera una especie de póliza de seguro contra el riesgo de que se realicen cambios en el marco económico y jurídico del Estado receptor²⁵.

De conformidad con una cláusula de trato justo y equitativo, el inversor extranjero puede esperar que no se modifiquen las normas sin justificación económica, social o de otra índole; [no obstante], ningún inversor razonable puede tener la expectativa legítima de que no se modifique el marco legal [...] salvo que se hayan asumido compromisos muy específicos frente a éste o que la modificación del marco jurídico sea absoluta²⁶.

Ahora bien, en cuanto a las tabacaleras, el Tribunal²⁷ añade que los Fabricantes y distribuidores de productos nocivos, no pueden tener expectativas de que no se impongan regulaciones nuevas y más onerosas, cuando, por el contrario, a la luz de las articulaciones ampliamente aceptadas sobre la preocupación interna-

25. ICSID CASE No. ARB/05/13, 08/10/09. EDF v. Romania, 2009, párr. 219

26. ICSID CASE No. ARB/03/15, 31/10/11, El Paso v. Argentina, 2011, párr. 370-380.

27. ICSID, PMI v. Uruguay Óp. cit., párr. 429

cional por el efecto nocivo del tabaco, la expectativa sólo podría haber sido contar con una regulación cada vez más estricta de la venta y uso de productos de tabaco.

Lo anterior parece confirmarse en la medida en que los cambios regulatorios para las tabacaleras han ocasionado inconvenientes a PMI en otros países.

En 2011, PMI²⁸ demandó a Australia por el cambio regulatorio producido a través del *Tobacco Plain Packaging Act*, a partir del cual el empaquetado de cigarrillos debía sujetarse a ciertas condiciones; –similar a lo reclamado en el caso contra Uruguay –, PMI afirmó que el plan de empaquetado australiano iba en contra de sus derechos de propiedad intelectual, constituía una limitación a la libre competencia y al libre comercio, y representaba una expropiación bajo el TBI suscrito entre Australia y Hong Kong²⁹.

Aunque este reclamo fue rechazado en 2015 por un abuso del derecho por parte de PMI³⁰ para acudir a la jurisdicción, este caso es una fiel muestra de cómo en el marco del cometido esencial de protección de salud pública, los Estados se muestran cada vez más activos a impedir, limitar o condicionar la comercialización de un producto o servicio³¹; tal como lo ha reconocido la OMS en su último informe sobre el control del tabaco, según el cual, casi dos tercios de los países miembros del CMCT –63% de la población mundial– cuentan con al menos una medida MPOWER al máximo nivel de cumplimiento:

28. Philip Morris International a través de Philip Morris Asia

29. SAPPIDEEN, Razen y LING LING, He Óp. cit., p. 102.

30. Véase: UNCITRAL, PCA CASE No. 2012-12. Decision of jurisdiction. En: Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, 2015, párr. 588.

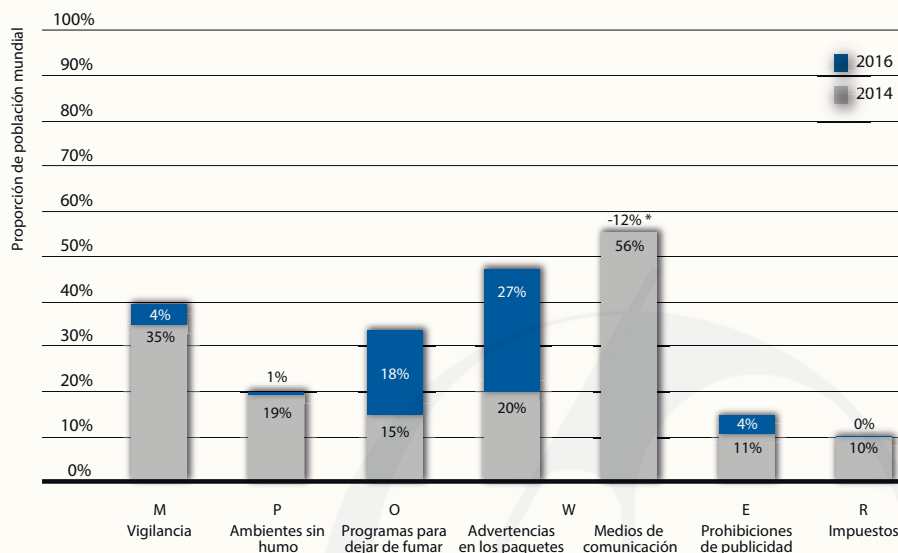
31. SAPPIDEEN, Razen y LING LING He. Óp. cit., p. 105.

Al respecto señalan que: El caso representaba importancia regional e internacional, toda vez que países como Nueva Zelanda empezaron a seguir los pasos d Australia respecto a la regulación del Tabaco.

Veáse al respecto:

“5000 New Zealanders die from smoking every year [...] The plain packaging legislation forms part of a comprehensive government strategy to reduce smoking rates in Australia. This strategy is designed to address one of the leading causes of preventable death and disease in Australia, which kills around 15000 australians each year, causes chronic disease for many others and is a significant burden both on productivity and on Australia’s health care system. The implementation of these measures is a legitimate exercise of the Australian Government’s regulatory power to protect the health of its citizens.”

AUMENTO EN LA PROPORCIÓN DE POBLACIÓN MUNDIAL PROTEGIDA POR DETERMINADAS POLÍTICAS DE CONTROL DEL TABACO, DE 2014 A 2016 32



Nota: Las políticas de control del tabaco representadas corresponden al máximo nivel de cumplimiento en el ámbito nacional.

* La proporción de población mundial protegida por una campaña nacional en los medios de comunicación con todos los criterios de mejores prácticas fue del 44% en 2016, un descenso del 12% en comparación con 2014.

Valdría considerarse que –regresando al plano latinoamericano– el tabaquismo es el responsable de un impacto sustancial a través de enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares y cáncer; además de un costo directo a los sistemas de salud superior a los 33 mil millones de dólares³³.

En Colombia, para el año 2000, el costo relacionado con el consumo de tabaco representaba el 0,7% del PIB, que para ese entonces era alrededor de cuatro veces el valor de la remuneración de los trabajadores de la industria colombiana del tabaco³⁴; y para 2008, enfermedades como el cáncer de pulmón tenían un costo promedio de US \$7.703,7.

32. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2017: Vigilar el consumo de tabaco y las políticas de prevención, Ginebra, OMS, 2017, resume p. 3.
33. IECS. “Tabaquismo: la situación latinoamericana.” Documento de evaluación técnico-sanitaria, Buenos Aires, 2013. Disponible en: www.iecs.org.ar
34. PÉREZ, Nicolás et al. “Costos en la atención médica del cáncer de Pulmón, la EPOC y el IAM atribuibles al consumo de tabaco en Colombia.” En: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD/Instituto Nacional de Cancerología, Bogotá, Colombia, 2008, p. 246.

Tabla 1. Costos unitarios de la atención médica del cáncer de pulmón según tipo de servicio, caso tipo y costo unitario ponderado de la enfermedad.

Servicio médico								
Caso tipo	Subgrupo clínico	Diagnóstico (\$)	Manejo ambulatorio (\$)	Cirugía (\$)	Hospitalización (\$)	Costos durante el primer año (\$)	Frecuencia relativa (%) †	Costo unitario ponderado (\$)
I	IA-II	399,52	141,26	1.064,02	409,54	2.014	15	302,15
II	IIIA	441,04	5.674,58	967,32	412,75	7.496	20	1.499,14
III	IIIB	368,32	10.598,55	0	0	10.967	40	
IV	IV sin SNC	372,84	11.595,03	0	0	11.968	15	1.795,18
V	IV con	366,85	5.706,72	0	0	6.074	10	607,35
Promedio ponderado								8.590,6

† Frecuencia relativa de caso tipo

Visto esto, se encuentra que la adopción de las Medidas Impugnadas por parte de Uruguay no llevó a esta a violar el TBI suscrito en relación con las expectativas legítimas y la estabilidad del marco jurídico, si se tiene en cuenta que las Demandantes no tenían expectativas legítimas de que dichas medidas o medidas similares no fueran a adoptarse.

3. Otros criterios

En primer lugar, frente a la obstaculización del uso y goce de las inversiones, el Tribunal considera que esta discusión se encuentra subsumida bajo el criterio de expropiación y tratamiento justo y equitativo.

En segundo lugar, lo que respecta a la inobservancia de los compromisos adquiridos por Uruguay en cuanto al uso de marcas, el Tribunal reconoce que, en ausencia de un vínculo contractual frente a la inversión, no se adquirió compromiso alguno con relación a la inversión mediante el otorgamiento de una marca, sino que simplemente permitió al inversionista acceder al mismo sistema interno de Propiedad Intelectual disponible para todo aquel calificado para registrar una marca.

En tercer lugar, como último criterio se evaluó la denegación de justicia, criterio confuso en la motivación del Tribunal, pero que da como resultado el señalar que las improcedencias procesales no fueron

35. Ibid., p. 244-246.

El 88% corresponde a manejo ambulatorio con quimioterapia y radioterapia. Los costos del diagnóstico y de la estadificación constituyen el 5% total; los costos por cirugía otro 5% y el 2% restante del promedio por hospitalización. La estimación de los costos brutos en salud atribuibles del tabaco – que corresponden a los gastos asociados con el tratamiento de las enfermedades atribuibles al consumo de tabaco – para los países desarrollados se encuentran entre el 0,1% y el 1,1% del PIB. En los países de bajos y medianos ingresos los datos son limitados, pero algunos resultados sugieren que podrían ser un 3,29.

suficientes para llegar al estándar de denegación de justicia frente a ninguno de los procedimientos emprendidos por PMI en la jurisdicción interna³⁶.

III. Efectos del laudo: interés público y soberanía doméstica en el arbitraje internacional

Es indispensable comenzar por decir que el arbitraje internacional de inversiones –basado en tratados– tiene un alcance mayor que el arbitraje comercial internacional, toda vez que el primero no conoce de simples controversias contractuales sino políticas públicas, por consiguiente, en este caso estamos indudablemente frente a un laudo de alcance significativo en materia internacional y de arbitraje de inversión.

... Incluso con anterioridad a la materialización de controversias suscitadas a raíz de la protección de los fines públicos, el arbitraje de inversión se encontraba en crisis...

En la medida en que los Estados deben tener un rol más importante en el desarrollo y bienestar de la población, debe examinarse, a partir de este caso, qué cambios y reivindicaciones debe hacer el derecho de inversión para adaptarse a un nuevo marco social y económico, despojándose de *“la piel vieja que constriñe el cuerpo”* –como fue señalado al inicio del texto– para dar paso a transformaciones imperiosas.

36. ICSID, “Opinión concurrente y disidente Sr. Gary Born” Óp. Cit. 81.

En la opinión disidente del árbitro Born se señala:

“En síntesis, no puedo evitar concluir que Uruguay violó el Artículo 3(2) del TBI al no brindarle a Abal la posibilidad de hacer valer sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte de Uruguay en un procedimiento que impugnara el Artículo 9 de la Ley 18.256 tal como fuera interpretado y aplicado, con autoridad, por el TCA respecto de Abal. En ninguna circunstancia, la presente conclusión cuestiona el derecho soberano de Uruguay de estructurar su sistema judicial como lo crea conveniente, incluso con Tribunales independientes y equivalentes con competencias superpuestas [...] Por último, de igual modo que el Tribunal, no estoy convencido con el argumento de la Demandada en cuanto a que la legislación de Uruguay haya permitido la posibilidad de disponer de decisiones inconsistentes durante décadas por parte de la Suprema Corte y del TCA. [...] En cualquier caso, no es la mera posibilidad de decisiones contradictorias, conforme a la legislación de Uruguay, lo que constituye una denegación de justicia; en realidad, la falta del sistema jurídico de Uruguay de proporcionar una posibilidad para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256 con posterioridad a la interpretación y aplicación con autoridad de dicha disposición por parte del TCA es lo que constituye la denegación de justicia. La referida denegación de acceso a un foro judicial constituye una denegación de justicia la cual está prohibida tanto por el TBI como por el compromiso de Uruguay respecto del principio de legalidad.”

Incluso con anterioridad a la materialización de controversias suscitadas a raíz de la protección de los fines públicos, el arbitraje de inversión se encontraba en crisis, en la medida en que diferentes países —especialmente los latinoamericanos— lo concebían como insuficiente. Al respecto, encontramos que, frente a la soberanía doméstica, las discusiones se remontan incluso antes de la creación del Convenio CIADI. A inicios del siglo XX eran palpables dos tesis respecto a cómo debía ser la sujeción del inversionista y su protección, a saber:

La tesis del trato nacional [que] implica la sujeción del inversor a ese Derecho y a la «jurisdicción exclusiva» de la justicia administrativa, y la tesis del estándar mínimo internacional, [que] por el contrario, desplaza al DAD y la jurisdicción contencioso-administrativa a favor de la aplicación, al inversor, del Derecho Internacional y de los distintos mecanismos de solución de controversias, como sucede en especial con el arbitraje³⁷.

La tesis del *trato nacional* fue altamente reivindicada por los estados latinoamericanos; no obstante, al ser los medios de defensa del extranjero frente al Estado receptor los medios de defensa propios del DAD, estos eran considerados como contrarios a los estándares internacionales³⁸; de forma que, sin perjuicio del principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, los extranjeros debían quedar amparados por un *estándar mínimo internacional*, en la medida en que, como señala Roth, la responsabilidad internacional del Estado no puede quedar limitada por el ordenamiento doméstico³⁹; la desconfianza existente hacia el sistema de justicia del Estado receptor y la inexperiencia del extranjero de manejarse, exitosamente, en tal sistema⁴⁰, lleva a que el extranjero no pueda quedar sometido a las mismas reglas que los nacionales del Estado receptor.

En la actualidad, aunque la tesis del trato nacional está en desuso, aún distintos países latinoamericanos reivindican esta postura por razones de interés público y soberanía doméstica. La inconformidad se acrecienta en la medida en que el AII y los acuerdos de inversión parecieran *transformar las leyes fundamentales de los países signatarios*; suma-

37. HERNÁNDEZ G, José Ignacio, Ób. cit., p. 202.

38. DOLZER, R., y SCHREUER, Ch. "Principles of International Investment Law" Oxford, 2008., pp. 214-217.

39. ROTH, A.H. "The minimum standard of international law applied to aliens." La Haya, 1949, p. 63.

40. ROOT, E., "The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad" En: Addresses on International Subjects. Harvard University, s.f., pp. 43 y 56.

do al sentimiento en contra del AII como un mecanismo ideado para multinacionales sin consideración de los países en vía de desarrollo, o inestables políticamente, ha llevado al establecimiento de medidas radicales como denunciar el Convenio al enfrentarse a constantes demandas por corporaciones multinacionales, como es el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela; así como el distanciamiento del CIADI y los TBI, anunciado por países como Argentina, Australia y Sudáfrica⁴¹.

Sin embargo, es innegable que los TBI y el AII ayudan a la innovación y eficiencia en los negocios corporativos internacionales, pues en una economía integral global donde las naciones son exportadores e importadores al tiempo, el AII es un prerequisite esencial para proteger sus inversiones o las inversiones cubiertas por su legislación. De forma que, en vez de eliminarse, debe fortalecerse este sistema en crisis armonizando las relaciones entre el inversionista y el Estado, bajo el respeto del interés público y la soberanía doméstica que —aunque no tienen conceptos determinados en el contexto del AII— no pueden escaparse del alcance de este.

El caso examinado en el presente escrito, así como otras solicitudes radicadas ante el CIADI que abarcan este problema⁴² demuestran que los tribunales y el mismo Centro tienen la tarea de preguntarse si es posible que los Estados puedan asegurar inmunidad frente a demandas de inversión cuando estén relacionadas con acciones que abarcan el interés público, de forma que el AII resulte más aceptable para ellos.

Ejemplo de ello es lo establecido en el caso *TECMED c. México*⁴³, donde el Tribunal adopta un test de proporcionalidad para determinar si las medidas regulatorias basadas en el interés público eran razonables en concordancia con el objetivo que se buscaba conseguir, de forma que pudieran privarse legítimamente los derechos económicos y expectativas del inversionista. Aunque este caso no resultó *favorable* para México, es una muestra significativa del avance en tratar de conseguir un punto medio y justo que tenga en cuenta los intereses y derechos del inversionista, así como las obligaciones internacionales de los Estados con sus ciudadanos.

41. SAPPIDEEN, Razen y LING LING He. Óp. cit., p. 90.

42. SAPPIDEEN, Razen y LING LING He. Óp. cit., p. 105-107.

Véase al respecto: *Vattenfall v. Germany*; *Lone Pine v. Canada* y *Windstream Energy v. Canada*.

43. ICSID CASE No. ARB(AF)/00/2. *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A v. The United Mexican States*, 2003, párr. 40-49, 122.

IV. Análisis crítico y propositivo (conclusiones)

El caso PMI vs. Uruguay muestra cómo los Estados deben estar en capacidad de responder a las necesidades y prioridades de sus nacionales, buscando la protección de la inversión extranjera y a su vez incentivando la legislación en base al interés público.

Siguiendo el caso concreto, el consumo de tabaco es un problema de salud pública mundial. De acuerdo con la OMS, el tabaquismo es la segunda causa principal de muerte en el mundo, lo que ha llevado a que sus recomendaciones estén orientadas a detener y controlar el consumo de tabaco como prioridad de las políticas públicas de los Gobiernos⁴⁴.

Esta misma organización ha establecido que todos los países tienen la capacidad de aplicar políticas firmes de control del tabaco para proteger a sus poblaciones del tabaquismo⁴⁵, de manera que no resultaría comprensible que los Estados deban subsumir una obligación internacional de salud pública a los requerimientos particulares suscitados desde los acuerdos de inversión para los inversionistas.

Si los Estados anfitriones que se han cuestionado el AII, en aras a la soberanía doméstica y el interés público, por controversias como esta, pudieran restringir —razonablemente— el alcance de las reclamaciones que sean llevadas a arbitraje sería más sencillo armonizar la relación *Estado –Inversionista–AII*, bajo un propósito conjunto que además del interés público, implique la protección de la inversión extranjera y las relaciones económicas internacionales.

Para ello, se ha propuesto la creación de *cláusulas de excepción general* en los acuerdos de inversión, que hagan referencia a un estándar futuro para proteger el interés público y la soberanía doméstica, conceptos que deberán incluir asuntos relacionados con la salud pública, la seguridad nacional, la estabilidad económica y la protección del desarrollo⁴⁶, permitiendo que los Gobiernos pueden regular y establecer políticas de interés público bajo su soberanía sin preocuparse por ser

44. KURI MORALES, Pablo et al. “Epidemiología del tabaquismo en México”. Dirección General de Epidemiología, Secretaría de Salud, México, 2006.

45. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Óp., cit., p. 2.

46. SAPPIDEEN, Razen y LING LING He. Óp. cit., p. 113.

demandados⁴⁷, sin que esto implique un abuso del Derecho por parte de los Estados receptores, quienes no se habilitarán a usar esta cláusula como pretexto para vulnerar arbitrariamente los derechos de los inversionistas.

La OMS ha señalado que las medidas de control más efectivas son lineamientos públicos poblacionales⁴⁸. Estas medidas, como fue señalado en el caso, podrían representar restricciones a la propiedad de los inversionistas en los países donde se fomenten, de forma que los Estados deben iniciar a prever las cláusulas ya descritas para armonizar esta relación en el marco de los acuerdos de inversión y las obligaciones internacionales.

Esta controversia, sin lugar a dudas, tuvo una relevancia mayor a establecer si los Estados o los inversionistas son los ganadores o perdedores frente al interés público, pues como fue visto, con una buena implementación y armonización de este criterio como elemento esencial, el gran ganador será el AII y la sociedad en sí misma.

Bibliografía

- AMADO, José y AMIEL, Bruno. “La Expropiación Indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras”. En *Themis 50 Revista de Derecho*, pp. 57–67.
- BLACK BABY, Nigel. “El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión” En: *Revista Internacional de Arbitraje N° 1*, Inglaterra, 2004. pp. 17–63
- DOLZER, R., y SCHREUER, Ch. “Principles of International Investment Law” Oxford, 2008.

47. *Ibid.*, p. 115.

La adopción de cláusulas de excepción podría ser una vía de modificación e interpretación de los tratados existentes y/o de incorporación en los tratados futuros. El TBI entre Australia y Corea por ejemplo contiene este tipo de cláusulas, en las que facultan a los dos Estados a adoptar medidas relacionadas con:

1. Protección humana, animal vegetal o de vida
2. Fortalecimiento de regulación que no sea inconsistente con el acuerdo
3. Protección a patrimonio histórico, arquitectónico y cultural
4. Conservación de recursos renovables y no renovables, cuyas medidas serán efectivas junto con las restricciones de la protección y consumo doméstico

48. Tales como como la eliminación de la publicidad directa e indirecta de tabaco, el incremento de los impuestos y los precios del tabaco, y mensajes de salud de gran tamaño y claros en las cajetillas de cigarros.

- GROSSI, Pablo. “Crisis de la ley y procesos de globalización” citado por SESSAREGO, Carlos. “El Derecho en un periodo de transformación entre dos épocas”. En *Jurista y Maestro Arturo Valencia Zea Tomo I*, Universidad Nacional de Colombia, 2014., pp. 63–122
- HERNÁNDEZ G, José Ignacio. “El CIADI en el marco del derecho administrativo global: una visión desde el derecho administrativo latinoamericano” En: *El Derecho Administrativo Global y el Arbitraje de Inversiones*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid España, 2016. pp. 523. ISBN:9788473515481.
- ICSID CASE No. ARB/05/13, 08/10/09. EDF (Services) Limited v. Romania, 2009.
- ICSID CASE No. ARB/03/15, 31/10/11, El Paso Energy International Company v. Argentina, 2011.
- ICSID CASE No. ARB/02/01, 25/07/07. LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, INC v. The Argentine Republic, 2007
- ICSID CASE No. ARB/10/7, 08–07–2016. Philip Morris Brands Sárl, Philip Morris Products S.A y Abal Hermanos S.A v. Oriental Republic of Uruguay.
- ICSID CASE No. ARB/10/7 “Opinión concurrente y disidente Sr. Gary Born” En: Philip Morris International v. Oriental Republic of Uruguay, 2016.
- ICSID CASE No. ARB(AF)/00/2. Técnicas Medioambientales TECMED, S.A v. The United Mexican States, 2003, párr. 40–49, 122.
- IECS. “Tabaquismo: la situación latinoamericana.” Documento de evaluación técnico–sanitaria, Buenos Aires, 2013. Documento de evaluación de Tecnología Sanitaria, Documento Técnico número 15, Disponible en: www.iecs.org.ar,
- KURI MORALES, Pablo *et al.* “Epidemiología del tabaquismo en México”. Dirección General de Epidemiología, Secretaría de Salud, México, 2006. En *Salud Pública de México: Volumen 48*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2017: Vigilar el consumo de tabaco y las políticas de prevención, Ginebra, OMS, 2017, resume.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. PÉREZ, Nicolás et al. “Costos en la atención médica del cáncer de Pulmón, la EPOC y el IAM atribuibles al consumo de tabaco en Colombia.” En: *Revista Colombiana de Cancerología* Bogotá, Colombia, 2008, pp.241–250.

- ROOT, E., “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad” En: *Addresses on International Subjects*. Harvard University, s.f., pp. 43 y 56.
- ROTH, A.H. “The minimum standard of international law applied to aliens.” La Haya, 1949
- SAPPIDEEN, Razen y LING LING, He. *Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States*. En *Journal World Trade*, 2015. pp. 85–116. (Traducción libre)
- SAYAGUÉS, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo”. 3ra edición. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A. Tomo I. Montevideo, 1974.
- SEGURA E. Maria. “Arbitraje de inversión: ¿Un incentivo para la inversión extranjera directa? En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, Bogotá 2014.
- UNCITRAL, PCA CASE No. 2012–12. Decision of jurisdiction. En: *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, 2015.



Los principios de
internacionalidad
en la interpretación y
pro-reconocimiento
en el arbitraje
internacional
El caso *Tampico
beverages vs.
Alquería*

*Carlos Ernesto
Acevedo Pérez¹*

Sumario

Introducción

I. La sentencia de *exequátur* del laudo arbitral proferido en el caso Tampico vs. Alquería

1. Hechos relevantes
2. Problema jurídico
3. Fundamentos jurídicos y conceptuales

II. El principio pro-reconocimiento

III. El principio de internacionalidad de interpretación

Conclusión

Bibliografía

Resumen

La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 2017, donde se discutió el reconocimiento del laudo arbitral final del Caso Tampico Beverages vs. Alquería, hizo diversas disquisiciones alrededor del alcance de los conceptos de imparcialidad e independencia de los árbitros, como factor cuya vulneración eventualmente podría contrariar el orden público internacional de Colombia. Para algunos el estándar nacional al respecto era inquebrantable, mientras que para otros, por tratarse de un laudo arbitral internacional, debía primar el derecho internacional. La Corte acudió a principios generales del arbitramento internacional como el de razonabilidad, pro-reconocimiento y pro-interpretación internacional para resolver la cuestión a favor del reconocimiento del laudo.

Palabras clave: Arbitraje internacional, principio pro-reconocimiento, principio pro-internacionalidad, Tampico, Alquería, Laudo.

Abstract

The ruling issued by the Supreme Court of Justice of Colombia on July 12, 2017, where it was recognized the final arbitral award of the Tampico Beverages vs. Alquería is discussed in this paper. The court made several disquisitions on the scope of the concepts of impartiality and independence of the arbitrators, as

1. Estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganador del segundo puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavelier”, segundo semestre de 2017. caeacevedope@unal.edu.co

a factor whose violation could possibly adversely affect Colombia's international public order. For some, the national standard in this respect was unbreakable, while for others, international law must prevail. The Court relied on the general principles of international arbitration as that of reasonableness, pro-recognition and international pro-interpretation to solve the issue.

Keywords: *International arbitration, pro-enforcement principle, Tampico, Alquería, award.*

Introducción

En materia de arbitraje internacional, el Estatuto Arbitral Colombiano, esto es la Ley 1563 de 2012, establece una serie de causales taxativas que determinan los supuestos en los cuales se podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral.

... determinar si un laudo arbitral internacional que contraría el orden público nacional necesariamente contraría el orden público internacional...

Estas causales, análogas a las establecidas en el artículo V de la “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”² son, unas declarables a instancia de parte y, otras, declarables de oficio. En estas últimas, se observa que “*el reconocimiento*

o ejecución del laudo sean contrarios al orden público internacional de Colombia”³.

Lo anterior constituye uno de los mayores avances del Estatuto de Arbitraje Internacional Colombiano, si tenemos en cuenta que el Código de Procedimiento Civil (Decreto 2019 de 1970) establecía como requisito que, para que una sentencia o laudo extranjero surtiese efectos en Colombia, no debía éste oponerse a las “leyes u otras disposiciones colombianas de orden público (...)” (Art. 694). El carácter fundamental del cambio consiste, entonces, en que ya no es el mero orden público la barrera al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, sino el orden público internacional.

La discusión se centra, ahora, en determinar si un laudo arbitral internacional que contraría el orden público nacional necesariamente

2. En adelante *Convención de Nueva York*.

3. Ley 1563 de 2012. Artículo 112, literal b).

contraría el orden público internacional. Frente a esto, sentencias de años recientes han delimitado el concepto de Orden Público Internacional⁴ sin disipar, no obstante, los interrogantes en torno a los criterios y estándares aplicables.

Por otro lado, de manera reiterada se ha reconocido como parte del orden público las disposiciones que garantizan el debido proceso⁵, así como parte del mismo la garantía de independencia e imparcialidad de los árbitros⁶. En este orden de ideas, cabe preguntarse, cuáles son los criterios de independencia e imparcialidad aplicables para determinar si, ante la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral internacional, se presenta alguna vulneración del Orden Público Internacional.

En este contexto, la sentencia del 12 de julio de 2017⁷ de la Corte Suprema de Justicia⁸, donde se discutió el reconocimiento de un laudo arbitral internacional⁹, constituye un acercamiento importante en la delimitación del estándar interpretativo en el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales que se aplica en el país. Celebrada a nivel internacional¹⁰, esta sentencia se enfrenta a la discusión acerca de si las disposiciones nacionales de independencia e imparcialidad de los árbitros pueden servir de criterio para el arbitraje internacional. En res-

... si bien el trámite del *exequátur* debe realizarse de acuerdo con la normativa procesal colombiana, el análisis de las causales de no reconocimiento debe efectuarse con base en la naturaleza propia del arbitraje internacional...

-
4. Ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 24 de junio de 2016 (Ref. SC8453-2016), 8 de febrero de 2017 (Ref. SC-5207-2017) y del 24 de mayo de 2017 (Ref. SC7121-2017).
 5. Así ha sido expresado por la Corte Constitucional en sentencias como la C-407 de 1997, C-131 de 2002, T-213 de 2008 y T-051 de 2016.
 6. Ver la sentencia de la Corte Constitucional C-538 de 2016 que analiza la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
 7. En adelante la Sentencia. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de julio de 2017. Ref. SC9909-2017.
 8. En adelante *la Corte*.
 9. En adelante *CCI*.
 10. Ver: PEREIRA DE SOUZA FLEURY, Raul. *Colombian Supreme Court Draws on the Different Standards of Review when Challenging the Independence and Impartiality of an Arbitrator in Domestic and International Arbitration* (en línea). Kluwer Arbitration Blog, 25 de septiembre de 2017. Disponible en: <<http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2017/09/25/colombian-supreme-court-draws-different-standards-review-challenging-independence-impartiality-arbitrator-domestic-international-arbitration/>>

puesta, a partir de los principios pro-reconocimiento e interpretación internacional, distingue entre el estándar nacional y el internacional de imparcialidad e independencia, afirmando que solo la concurrencia del segundo puede constituir una causal para la denegación del reconocimiento de un laudo arbitral internacional.

Con base en lo anterior, en este trabajo vamos a realizar un estudio sobre los fundamentos hermenéuticos de tal fallo, para así concluir que, si bien el trámite del *exequátur* debe realizarse de acuerdo con la normativa procesal colombiana, el análisis de las causales de no reconocimiento debe efectuarse con base en la naturaleza propia del arbitraje internacional.

Para esto, (i) se presentarán los fundamentos fácticos de la Sentencia, el problema jurídico que resuelve y el fundamento jurídico y conceptual de la decisión; (ii) se expondrá una aproximación al principio Pro-Reconocimiento de los Laudos Arbitrales Internacionales; (iii) se hará lo propio de Internacionalidad de la Interpretación; y finalmente (iv) se expondrán las conclusiones del trabajo.

I. La sentencia de *exequátur* del laudo arbitral proferido en el caso *Tampico vs. Alquería*

El 12 de julio de 2017 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia emitió una sentencia por medio de la cual resolvió conceder el reconocimiento del laudo arbitral proferido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI¹¹, en el Caso No. 16088/JFR/CA, promovido por Tampico Beverages Inc. contra Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería.

En ella se determinó que el laudo sujeto a reconocimiento cumplía con los requisitos establecidos por la Ley 1563 de 2012 y la Convención de Nueva York. En adelante, se expresarán los hechos relevantes, el problema jurídico y los fundamentos jurídicos y conceptuales de la decisión.

1. Hechos relevantes

De acuerdo con la Sentencia, los hechos relevantes son los siguientes¹²:

11. En adelante CCI.

12. Antecedentes. No. 2.1.

- Entre el 1 de febrero de 2001 y 2009, entre las partes –Tampico y Alquería– se celebró y ejecutó un contrato de licencia de marca. En éste fue incluida una cláusula arbitral para la solución de controversias.
- En aquella cláusula se estipuló que aquellos conflictos que no pudiesen ser resueltos de forma amigable, “*serán sometidos a arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, bajo su reglamento de arbitraje Comercial, y el tribunal se funcionará en Santiago de Chile*”.¹³
- Una vez concluido el contrato por parte de Tampico, éste promovió proceso arbitral pretendiendo se declarase que el contrato fue legalmente terminado y se condenase en perjuicios a Alquería. Esta, por su parte, interpuso demanda de reconvencción y pidió se declarará la existencia de una agencia comercial entre las partes.
- El 25 de junio de 2012, fue emitido un Laudo Final, accediendo a las pretensiones de la demanda, salvo la relativa a la indemnización de perjuicios. Igualmente, se condenó a Alquería el pago de las costas y honorarios del proceso.
- Alquería, ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, presentó *Recurso de Nulidad* frente al laudo expedido, argumentando que los árbitros, al ordenar el pago de las costas y honorarios, infringió “*la competencia dada en la convención de arbitraje, imponiendo a la recurrente una prestación pecuniaria manifiestamente improcedente*”.¹⁴ Sin embargo, el 29 de abril de 2014 fue emitida sentencia en la cual fueron rechazadas las pretensiones de Alquería, bajo el fundamento de que “*el Tribunal Arbitral se encontraba expresamente facultado para pronunciarse respecto de los costos del juicio*”.¹⁵
- En Colombia, Tampico presentó solicitud de reconocimiento del laudo arbitral proferido. Alquería, por su parte, se opuso

13. República de Chile, Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 29 de abril de 2014. Consideración No. 5. Disponible en: <http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2014/07/ROL-ICA-6975-2012-1.pdf>.

14. Ibidem. Consideración No. 1.

15. Ibidem. Consideración No. 14.

a la solicitud afirmando que durante el proceso se vulneró el orden público internacional de Colombia al impedirse el ejercicio de sus derechos. Para fundamentar su oposición, Alquería alegó la existencia de circunstancias no declaradas por uno de los árbitros, que ponían en serias dudas su imparcialidad e independencia.

- Alquería afirmaba que el árbitro designado por Tampico se abstuvo de declarar el hecho de que, mientras conocía el asunto en la CCI, la firma de la cual es socio había designado como árbitro a un miembro de la firma representante de Tampico, en un proceso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (CIADI).
- En este orden de ideas y de manera simultánea, el árbitro elegido por Tampico y la firma a la cual pertenecía eran –a través de uno de sus socios– en uno y otro proceso, abogado y árbitro de manera recíproca. Tal hecho, afirmó Alquería, solo fue conocido de su parte después de la interposición del recurso de anulación ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.
- La situación de “paralelismo de roles” inició el 23 de julio de 2010 y se extendió hasta el 25 de junio de 2012, día en que fue expedido el laudo final del caso administrado por la CCI.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los hechos descritos, correspondió a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia determinar si, en el caso en concreto, el árbitro debió informar la situación de “paralelismo de roles” en la que se encontraba y si tal omisión contraría el Orden Público Internacional de Colombia. Así mismo, para definir lo anterior, la Corte se propuso dilucidar la cuestión sobre cuáles son los estándares interpretativos aplicables para determinar cuándo se está en frente de una vulneración al Orden Público Internacional.

3. Fundamentos jurídicos y conceptuales

Las consideraciones de la Corte en esta sentencia pueden dividirse de la siguiente forma: i) marco normativo aplicable al reconocimiento de laudos internacionales; ii) existencia de ciertos principios de interpreta-

ción de las causales de denegación de reconocimiento y iii) análisis del caso concreto de acuerdo con las normas y principios aplicables.

En primer lugar, para delimitar el marco normativo aplicable, la Corte reconoció la obligatoriedad de la Convención de Nueva York en el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales. En ese orden de ideas, tratándose de un laudo de carácter internacional, la Corte aplicó para su reconocimiento la Convención, así como lo establecido en la Ley 1563 de 2012 en lo que pudiera ser más favorable¹⁶.

Por su parte, la Corte consideró que el análisis de los requisitos para conceder el reconocimiento al laudo debe realizarse con base en la naturaleza del laudo que se pretende reconocer. Por ello, explicó que el procedimiento de reconocimiento se asienta en unas “*máximas que le sirven de guía y de fuente de interpretación*”¹⁷.

Aquellas máximas son: a) Interpretación pro-internacional; b) Principio pro-reconocimiento; c) Taxatividad de las causales de denegación; d) Ausencia de revisión sustancial; y e) Doble Control.

En este caso dos de esos principios son de particular importancia para el análisis de la solicitud de reconocimiento del laudo arbitral, con respecto al análisis de la presunta vulneración al orden público internacional de Colombia: el principio de internacionalidad de la interpretación y el principio pro-reconocimiento. El primero es definido por la Corte como aquel en virtud del cual el procedimiento del *exequátur*, en tanto trámite relevante en el ámbito mundial, debe interpretar el contenido del laudo “*teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación*”¹⁸. A su turno, el principio pro-reconocimiento es definido en la sentencia como la consagración de una “*favorabilidad hacia la homologación (...) con el fin de preferir el otorgamiento de fuerza vinculante al laudo en que se promueve el exequátur*”¹⁹. Así, frente a la posible aplicación de diversos marcos normativos, debe el intérprete preferir aquel que imponga menos restricciones al reconocimiento.

En seguida, ya analizando en concreto la controversia y habiendo superado las demás causales de denegación, entró la Corte a analizar el concepto de orden público internacional, introducido a la legislación

16. Trámite del *Exequátur*. Sección 2.

17. Consideraciones. Sección 4, párrafo 1.

18. Ley 1563 de 2012, artículo 64. Citado en *la Sentencia* (Consideraciones. Sección 4.1, párrafo 3)

19. Consideraciones. Sección 4.2., párrafo 4.

nacional por el artículo 112 de la Ley 1563 de 2012. Éste, cuya vulneración constituye –según el artículo previamente citado– una de las causales para la denegación del reconocimiento, es definido en la Sentencia como aquella acepción del orden público “*que denota los valores esenciales de un Estado, que no son susceptibles de negociación en el concierto internacional*”.²⁰ Por ello, aún si un laudo vulnera normas de orden público nacional, solo podría denegarse su reconocimiento si tal vulneración contraría alguno de aquellos valores esenciales del Estado Colombiano no susceptibles de ser negociados internacionalmente.

Ahora bien, frente al análisis concreto de la oposición planteada por Alquería, la Corte aclaró que si bien el paralelismo de roles entre el árbitro y uno de los abogados de Tampico podría ser reprochable bajo el estándar del derecho colombiano interno, no quiere decir esto que se contraría necesariamente el Orden Público Internacional de Colombia²¹. En consecuencia, no constituye por sí misma, causal para ocasionar la denegación del reconocimiento de un laudo, una eventual discordancia entre la actuación de los árbitros y lo establecido en los artículos 141 del Código General del Proceso –causales de recusación de un juez– y 15 de la Ley 1563 de 2012 (*deber de información* de los árbitros en el arbitraje nacional).

En contraste, el principio de internacionalidad en la interpretación y el de pro–reconocimiento, obligan al intérprete, en casos dudosos, a resolver de acuerdo con el estándar más favorable. De tal suerte que la “*internacionalidad de la hermenéutica*”, señala la Corte, obliga a analizar la posible vulneración del orden público internacional a partir de criterios de razonabilidad, en tanto el artículo 75 del Estatuto Arbitral²² establece una definición diferente, para el arbitraje internacional, del deber de información en cabeza de los árbitros.

Como criterio de independencia e imparcialidad, las Directrices de la International Bar Association –IBA– sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional de 2014 se muestran razonables en tanto constituyen

20. Consideraciones. Sección 6.5.2., párrafo 4.

21. Consideraciones. Sección 6.5.2., párrafo 24.

22. Ley 1563 de 2012. Art. 75: “*La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.*” De esta forma, mientras para el arbitraje nacional se establecen casos precisos que deben informarse (ver nota No. 20), para el internacional se hace referencia, solamente, a las *circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas*.

una “*compilación realizada por expertos –de diferentes culturas jurídicas– que refleja la práctica actual en una parte significativa de la comunidad arbitral*”²³. Aclaró la Corte, que si bien estas disposiciones carecen de fuerza de ley, su amplio uso en el arbitraje internacional la definen como una “*f fuente de derecho suave de amplia aceptación*”²⁴.

A partir de esto, con base en los criterios establecidos en las Directrices de la IBA, la Corte concluye que, en el caso analizado, no hubo afectación a la imparcialidad e independencia del árbitro cuestionado. Así, decidió la Corte conceder el reconocimiento al laudo analizado, en tanto no se encontró circunstancia, de acuerdo con una interpretación compatible con los principios establecidos en la Convención de Nueva York, que constituyese una vulneración al orden público internacional de Colombia.

... probada la existencia de un laudo y del cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales aplicables, se impone una presunción en favor de su reconocimiento...

II. El principio de pro-reconocimiento

El primero de los principios fundamentales de la sentencia es el de pro-reconocimiento. Éste, ha sido definido doctrinalmente como aquel en virtud del cual, probada la existencia de un laudo y del cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales aplicables, se impone una presunción en favor de su reconocimiento²⁵. Entonces, ante la duda sobre la presencia de alguna de las causales de denegación, debe decidirse en favor del reconocimiento.

Su origen se encuentra, principalmente, en la Convención de Nueva York cuyo propósito es, entre otros, “*fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos*”²⁶. El principio se encuentra establecido en la defini-

23. Consideraciones. Sección 6.5.2., Párrafo 34.

24. Consideraciones. Sección 6.5.2. Párrafo 35. Se cita un estudio realizado por la CCI donde “*de 187 casos en que estuvo en discusión la imparcialidad del árbitro, 106 se decidieron con base en las directrices.*” (Picanyol, Enric. *Due Process and Soft Law in International Arbitration*. Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer, España, 2015, Volumen 2015, n° 24, p. 54)

25. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014. P. 3410.

26. Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), *Introducción*. Nueva York. 2015. P. 2. Disponible en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>>

ción de un catálogo cerrado de causales de denegación (Art. V) y en la exclusión de la posibilidad de que los ordenamientos internos impongan cargas más gravosas (Art. III).

En nuestro ordenamiento, el principio es adoptado en el artículo 75 de la Ley 1563 de 2012, que establece los escenarios en los cuales pueden los jueces nacionales denegar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional. Estas causales, análogas a las definidas en el artículo V de la Convención de Nueva York, son taxativas y deben interpretarse de acuerdo con los principios del Arbitraje Internacional. En este orden de ideas, solo hay lugar a la denegación del reconocimiento de un laudo en caso de comprobarse, sin lugar a duda, la existencia de alguna de las causales establecidas para tal efecto.

Ahora bien, la importancia de la adopción expresa de tal principio radica en la ambivalente postura que había tomado la Corte hasta antes de 2012. A pesar de haberse ratificado la Convención de Nueva York en 1990, su aplicación no había sido muy clara: en ciertos casos se pronunció en favor de exigir requisitos adicionales a los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York mientras que en otros resolvió basada en lo contrario²⁷.

De esta forma, por ejemplo, la sentencia del 12 de noviembre de 1998 donde, frente a una solicitud de reconocimiento de un laudo del caso Merck & Co vs. Tecnoquímicas, la Corte, además de considerar aplicables los requisitos establecidos por el artículo 695 del Código de Procedimiento Civil –de por sí gravosos– adicionó que solo podrían reconocerse “*decisiones extranjeras que tuviesen el carácter de definitivas*”²⁸.

No obstante, a partir del 27 de julio de 2011, en una sentencia de reconocimiento de un laudo del Caso Petrotesting S.A. vs. Ross Energy S.A, la Corte aceptó que “*las únicas causales de denegación de exequátur para un laudo extranjero, son las listadas en el artículo V de la Convención de Nueva York*”²⁹.

27. HERMANNY, Felipe; ARAÚJO M LIMA, Mariana; AZAR, Cecilia & otros. Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Four Key Latin American Jurisdictions. P. 50. En: Global Arbitration Review. (2017), The Arbitration Review of the Americas 2018. Law Business Research. 2017. PP. 49–56.

28. Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de noviembre de 1998, Exp. 7394. P. 4.

29. ZULETA Eduardo. El Concepto de Laudo Arbitral. Bogotá: Universidad del Rosario. 2012. P. 49.

Además, es especialmente importante la sentencia del 24 de junio de 2016, donde la Corte decidió otorgar el reconocimiento justamente a un laudo parcial emitido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en un conflicto entre HTM LLC vs. Catalizadores Foca S.A.S³⁰.

Ésta última posición concuerda con los fines y objetivos de la Convención de Nueva York en tanto fue “*específicamente diseñada con el propósito de facilitar el efectivo reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, a través de la adopción de estándares internacionales uniformes*”³¹.

En este sentido, es extendida la adopción del principio en los tribunales de reconocimiento del mundo. Son ilustrativos los casos de Australia y Hong Kong donde, a partir de modificaciones legales y pronunciamientos jurisprudenciales, se ha adoptado una posición particularmente estricta frente a la prueba de circunstancias que puedan dar lugar al no reconocimiento³².

Por lo anterior, la posición adoptada por *la Corte* en la Sentencia concuerda con la tendencia generalizada de los sistemas jurídicos que han suscrito la Convención de Nueva York, i.e. procurar la armonización de los criterios de reconocimiento de laudos internacionales restringiendo las causales de denegación. Esto, en concordancia con los relativamente recientes pronunciamientos de la misma, donde desarrolla y delimita el concepto de orden público internacional como causal de denegación del *exequátur*.

III. El principio de internacionalidad de interpretación

El segundo de los principios que sirve de base interpretativa en la Sentencia es el de la interpretación conforme al carácter internacional del arbitraje. Este se encuentra expresamente definido por el ordenamiento nacional, en el artículo 64 de la Ley 1563 de 2012:

30. Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2016. Ref. SC8453–2016

31. BORN, Gary. Óp. Cit. P. 3411.

32. KWOK, David. *Pro-enforcement Bias by Hong Kong Courts: The Use of Indemnity Costs*. Journal of International Arbitration. Volume 32, Issue 6. Kluwer Law International. 2015. PP. 678–683.

“En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”.

Igualmente, establece el mismo artículo que *“las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran”*. De esta forma, tal como lo afirma la Sentencia, se excluye que, ante vacíos, se acuda a la legislación local con el propósito de *“desentrañar el contenido de las prescripciones transnacionales”*³³.

... “En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.” ...

Lo anterior, replica lo definido en los Principios UNIDROIT, que en su artículo 1.6. (interpretación e integración de los principios) expresa:

- (1) *“En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional, así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.”*
- (2) *Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios,*

aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.”
(subrayado propio)

Este principio igualmente ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de reconocimiento de laudos arbitrales internacionales como, por ejemplo, la emitida en el caso HTM LLC vs. Catalizadores Focas Ltd. Allí, a pesar de no hacerlo explícitamente, con base en la interpretación de disposiciones del derecho internacional como la Resolución 2 de 2002 de la Asociación de Derecho Internacional delimita el alcance del concepto de Orden Público Internacional³⁴.

33. Consideraciones. Sección 4.1, párrafo 4.

34. Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2016. Ref. SC8453–2016. PP. 30–35.

En la Sentencia la interpretación pro-internacional de las circunstancias particulares del árbitro cuestionado llevó a la Corte a desligarse de los lineamientos sobre independencia e imparcialidad establecidos en la legislación nacional, para adoptar criterios de razonabilidad. De esta forma, entendiendo que es “*un fundamental y universalmente aceptado principio del arbitraje internacional, que los árbitros sean imparciales e independientes de las partes y mantengan tal situación durante el proceso*”³⁵, se advierte que únicamente el derecho internacional es el marco aplicable para definir el estándar.

En este orden de ideas la Corte consideró como razonable lo dispuesto por la International Bar Association –IBA– en sus Directrices sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, argumentando que, si bien se trata de disposiciones de *soft law*, constituyen disposiciones a las que generalmente se recurre en el derecho internacional³⁶. De hecho, el amplio uso de las Directrices IBA ha hecho que doctrinantes se pregunten si aquellas reglas hacen parte de la *Lex Mercatoria*, teniendo en cuenta que cada vez es más común ver a partes y árbitros referirse a las Directrices IBA en procedimientos de recusación³⁷.

En últimas, la Corte aplica un principio esencial del arbitraje internacional: la interpretación pro-internacional. Éste permite que los conflictos suscitados en tal nivel se solucionen con base a normas que atiendan a su naturaleza. Igualmente, ya en el especial terreno del *exequátur*, la aplicación de este principio permite, como bien lo mencionó la Corte, superar perspectivas *parroquiales* que solo impedirán la aplicación de los instrumentos internacionales, que, en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras, el Estado Colombiano se ha obligado a cumplir.

Conclusión

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida el 12 de julio de 2017, donde se discutió el reconocimiento del laudo arbitral final del Caso Tampico Beverages vs. Alquería, giró en torno al alcance de los

35. KRÖLL, Stefan. Impartiality and Independence of Arbitrators. P. 255. En: Lew, Julian; Mistelis, Lukas & Kröll, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. 2003. PP. 255–273. (Traducción propia)

36. Sección 6.5.2, párrafos 34–36.

37. LUTTRELL, Sam. Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test. International Arbitration Law Library, Volume 20. Kluwer Law International. 2009. P.208.

conceptos de imparcialidad e independencia de los árbitros, como factor cuya vulneración eventualmente podría contrariar el orden público internacional de Colombia.

Durante el proceso se enfrentaron las posiciones de quienes consideraban que el estándar nacional era inquebrantable, contra las de quienes sostenían que debían tener prioridad los criterios del derecho internacional. Para resolver el asunto, la Corte acudió a los principios generales de pro-reconocimiento y pro-interpretación contemplados en las normas aplicables al arbitraje internacional.

El principio pro-reconocimiento es definido en la sentencia como la consagración de una “favorabilidad hacia la homologación (...) con el fin de preferir el otorgamiento de fuerza vinculante al laudo en que se promueve el *exequátur*”, lo cual, entre otras, permite lograr la unificación del derecho internacional privado. Por su parte, el principio pro-interpretación internacional, evita que la adopción de posturas de carácter nacionalista o parroquial se interpongan al reconocimiento de decisiones tomadas en el extranjero, asumiendo un criterio interpretativo acorde con la naturaleza de los laudos internacionales.

Cabe resaltar la importancia de esta decisión, en tanto señala los criterios aplicables cuando se busca determinar cuándo, más allá de los hechos específicos del caso, se presenta alguna causal de no reconocimiento de un laudo. Sin embargo, es necesario observar que tales reglas deben ser interpretadas de manera rigurosa, pues no se trata tampoco de reducir de manera excesiva la aplicación del derecho interno.

Bibliografía

- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014.
- HERMANNY, Felipe; Araújo M Lima, Mariana; Azar, Cecilia & otros. *Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Four Key Latin American Jurisdictions*. En: *Global Arbitration Review*. (2017), *The Arbitration Review of the Americas 2018*. Law Business Research. 2017.
- KRÖLL, Stefan. *Impartiality and Independence of Arbitrators*. En: Lew, Julian; Mistelis, Lukas & Kröll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2003.
- KWOK, David. *Pro-enforcement Bias by Hong Kong Courts: The Use of Indemnity Costs*. *Journal of International Arbitration*. Volume 32, Issue 6. Kluwer Law International. 2015.

- LUTTRELL, Sam. Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a “Real Danger” Test. International Arbitration Law Library, Volume 20. Kluwer Law International. 2009.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), *Introducción*. Nueva York. 2015. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>
- PEREIRA DE SOUZA FLEURY, Raul. *Colombian Supreme Court Draws on the Different Standards of Review when Challenging the Independence and Impartiality of an Arbitrator in Domestic and International Arbitration* [en línea]. Kluwer Arbitration Blog. 25 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/25/colombian-supreme-court-draws-different-standards-review-challenging-independence-impartiality-arbitrator-domestic-international-arbitration/>
- Chile, Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 29 de abril de 2014. Disponible en: <http://adipri.cl/v1/wp-content/uploads/2014/07/ROL-ICA-6975-2012-1.pdf>.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de noviembre de 1998, Expediente 7394.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de junio de 2016. Ref. SC8453-2016.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de julio de 2017. Ref. SC9909-2017.
- ZULETA, Eduardo. El Concepto de Laudo Arbitral. Bogotá. Universidad del Rosario. 2012.



Reconocimiento
del laudo arbitral
Tampico Beverages Inc.
vs. Productos Naturales
de la Sabana S.A.:
el concepto de orden
público internacional
y la aplicación
del *soft law*

Juan Carlos Naranjo¹

Sumario

- I. **Laudo Arbitral *Tampico Beverages Inc. vs. Productos Naturales de la Sabana S.A***
 1. Las partes
 2. Fuentes
 3. Los problemas jurídicos
 4. *Ratio decidendi*
- II. **A modo de introducción: Estudios de la Convención de Nueva York y su papel en el ordenamiento jurídico colombiano**
- III. **El concepto de orden jurídico internacional y su relación con el proceso de reconocimiento de laudos arbitrales**
- IV. **Aplicación del *soft law*: las directrices “IBA” sobre conflictos de interés**

Bibliografía

Resumen

El trabajo presenta un análisis general de la evolución del concepto “orden público internacional” en el marco de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y profundiza en el tema de la aplicación del *soft law* en el reconocimiento del Laudo Arbitral “*Tampico Beverages Inc. vs. Productos Naturales de la Sabana S.A*”. El autor revisa los fundamentos de la Corte para aplicar las Directrices de la *International Bar Association –IBA–* sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, 2014.

Palabras clave: Orden público internacional, Corte Suprema de Justicia, Arbitraje internacional comercial, *exequátur*.

Abstract

This paper shows a brief analysis of the concept of international public policy in the Supreme Court of Justice awards and the application of ‘soft law’ in the studied case. First, the author makes a reconstruction of the evolution of the mentioned concept and then, he develops the fundamentals of law of the Court to apply the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014.

Keywords: *International public policy, Supreme Court of Justice, International commercial arbitration, exequátur.*

1. Estudiante Universidad Nacional de Colombia, ganador del segundo puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavelier”, segundo semestre de 2017. jucnaranjova@unal.edu.co.

I. Laudo Arbitral *Tampico vs. Alquería*

A continuación presentamos los elementos constitutivos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia mediante la cual se reconoce el Laudo Arbitral *Tampico Beverages Inc. vs. Productos Naturales de la Sabana S.A.*, para luego discurrir sobre los mismos.

1. Las partes

- Demandante: *Tampico Beverages Inc.* (En adelante *Tampico*).
- Demandado: *Productos Naturales de la Sabana S.A.* (En adelante *Alquería*).

2. Fuentes

La Corte Suprema de Justicia (en adelante ‘la Corte’) sostiene que la norma aplicable para el reconocimiento de laudos arbitrales proferidos en el exterior, es la Ley 1563 de 2012 y los demás instrumentos internacionales ratificados por Colombia que regulen la materia².

En éste caso, para formular los problemas jurídicos y la *ratio decidendi* de la sentencia, es necesario evaluar los argumentos expuestos por la parte demandante para el reconocimiento del laudo, los expuestos por *Alquería* para exigir el no reconocimiento del laudo y los argumentos expuestos por la Corte, para resolver el asunto.

3. Los problemas jurídicos

- a) El laudo arbitral del caso n° 16088/JFR/CA ¿cumple los requerimientos necesarios para que se produzca su reconocimiento y aplicación en el Estado colombiano?
- b) El árbitro designado por *Tampico Beverages Inc.* (en adelante ‘*Tampico*’), Eduardo Silva, al no poner en conocimiento del tribunal las

2. El instrumento internacional que tiene absoluta relevancia para el caso es la “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, aprobado mediante Ley 39 de 1990. De manera adicional, en lo concerniente al conflicto ante la CCI, el texto aplicable es el reglamento de arbitraje de la CCI. Sobre la aplicación de otros instrumentos de ‘Soft Law’ en la sentencia, se hablará más adelante. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Aroldo Quiroz. Sentencia del 28 de junio de 2017, radicación N° 2014-01927-00. [En línea] p. 17. [Consultado el 20/10/17]. Disponible en internet: [http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bjul2017/SC9909-2017%20\(2014-01927-00\).doc](http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bjul2017/SC9909-2017%20(2014-01927-00).doc).

relaciones profesionales que sostenía con el señor E Z, ¿materializó una violación al debido proceso de Alquería y una transgresión del orden público internacional colombiano?, ¿es ésta situación una causal para el no reconocimiento del laudo arbitral?

4. *Ratio decidendi*

No existe violación al debido proceso ni al orden público internacional colombiano, dado que la Alquería tuvo en el transcurso del proceso todos los instrumentos para su defensa y el proceso se desarrolló en forma correcta. No se configura violación al orden público internacional colombiano por varias razones, primero, porque el panel de árbitros se sujetó a las reglas del debido proceso; segundo, por la presencia de las máximas que rigen el proceso de homologación de los laudos³ y tercero, porque la Corte adopta, en esta sentencia, la noción restringida del concepto de orden público internacional.

II. A modo de introducción: estudios de la Convención de Nueva York y su papel en el ordenamiento jurídico colombiano

Esta convención, como bien afirma Jiménez⁴, ha sido reconocida como uno de los textos normativos más exitosos en el ámbito del derecho internacional. Su éxito se deriva específicamente de su aplicación por parte de los 157 estados parte de la mencionada convención⁵, y también, por el papel que cumple en el mundo globalizado en el que se desdibujan las fronteras del derecho nacional en materia de arbitramento comercial internacional⁶. Bajo este criterio, Donovan⁷ ha menciona-

-
3. *Ibidem*. La Corte las clasifica como: i) Interpretación pro-internacional; ii) Principio pro-ejecución; iii) Taxatividad de las causales de negación; iv) Ausencia de revisión sustancial; y v) Doble control.
 4. JIMÉNEZ, Dyalá. La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. IV, Enero – junio de 2016. p. 182. [Consultado el 25/10/17]
 5. Datos actualizados de la página de la CNUDMI al día 29 de octubre de 2017. Link de consulta: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
 6. CLAY, Thomas. La Convención de New York desde la doctrina francesa. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. IX, Julio – diciembre de 2008. P. 145. [Consultado el 25/10/17].
 7. DONOVAN, Francis. International commercial arbitration and public policy. New York University Journal of International Law and Politics [En línea]. p. 650. [Consultado el 30/10/2017]. Disponible en internet: http://heinonline.org.ezproxy.unal.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/nyuilp27&div=31&start_page=645&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

do que Latinoamérica fue muy reacia al arbitraje internacional, pero su reciente actitud como estados parte de la Convención muestra que el arbitramento está teniendo un papel muy importante en la liberalización económica paulatina de estos países. Por otro lado, afirma que los principales impedimentos de la entrada de instrumentos de arbitraje en los ordenamientos latinoamericanos fue la doctrina Calvo⁸, junto a la visión del arbitraje internacional como un medio de expansión del imperialismo europeo y estadounidense. Respecto a la convención en los países americanos, Aljure⁹ muestra la posible existencia de un conflicto entre la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975)¹⁰, pero concluye que el ámbito de aplicación es diferente. En este sentido, sostiene que la segunda no derogó la primera y que para los estados parte de ambas convenciones el concepto de laudo extranjero aplicará según el dispuesto en la Convención de Nueva York, y ésta suplirá el vacío de la segunda sobre asuntos extracontractuales.

Para el caso colombiano, esta convención se encuentra en el ordenamiento jurídico a través de la Ley 39 de 1990 pues la Ley 37 de 1979 que la había adoptado antes, fue declarada inexecutable¹¹.

En la sentencia bajo estudio se exponen 5 máximas¹² que se derivan de la Convención de Nueva York y de todo el régimen de homologación, pero para esta sección del trabajo definiremos la (iii) Taxatividad de las

-
8. La doctrina Calvo, en muy resumidas cuentas, es el “principio general según el cual los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Sobre esta doctrina, consultar Tamburini, Francesco. Historia y destino de la “Doctrina Calvo”: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? Revista de Estudios Histórico Jurídicos. No. XXIV, 2002. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005
 9. ALJURE, Antonio. Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y Panamá sobre arbitraje internacional. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. I. Junio – diciembre de 2004. p. 120. [Consultado el 28/10/2017].
 10. Recurso disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-35_arbitraje_comercial_internacional.asp
 11. La inexecutableidad de la Ley 37 de 1979, mediante la cual la Convención de Nueva York ingresó al ordenamiento jurídico colombiano, fue declarada inexecutable mediante sentencia 1805 de 1988, Magistrado Ponente Jaime Sanín, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. El principal argumento consistió en que “No es permitido delegar por el Presidente de la República en su Ministro funciones que lo habiliten para dirigir relaciones diplomáticas con los demás estados y entidades <sic> de Derecho Internacional”. La ley fue derogada el 6 de octubre de 1988. Para consulta de la sentencia: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30013897#ver_30013903
 12. Pie de página No. 3.

causales de denegación; (iv) Ausencia de revisión sustancial; y (v) Doble control.

Sobre la (iii) la Corte aclara que la denegación de los laudos no debe darse bajo criterios creados a partir del derecho y de los jueces nacionales, sino que debe atribuirse al texto de la convención, además de aquellos correspondientes al artículo 5 de la Convención de Panamá y el artículo 112 de la Ley 1563. Sobre el (iv) se expone que el reconocimiento del *exequátur* no debe extenderse más allá del mero campo procedimental del mismo, sin hacer revisiones sustanciales del laudo. Y, por último, el (v) es definido como la coexistencia de la anulación y homologación como recursos que pueden ser utilizados por las partes. La anulación es el recurso con el que cuenta la parte perdedora para la anulación del laudo en el país donde éste es proferido; mientras que la homologación, es el proceso que ejerce la parte vencedora en el país en el que quiere que se dé su reconocimiento, para que sea posible, a su vez, la ejecución del laudo¹³.

III. El concepto de orden jurídico internacional y su relación con el proceso de reconocimiento de laudos arbitrales

Roldán¹⁴ plantea que existe un cambio en el concepto de orden jurídico internacional en el derecho colombiano. Para describir tal evolución, se mencionarán las sentencias de la Corte que se encuentran dentro de la misma temática y debate conceptual que la providencia objeto de estudio de este trabajo, junto a los conceptos del autor citado. Sin embargo, se deben hacer un par de precisiones.

En primer lugar, la claridad respecto a la aplicación de sentencias extranjeras en el derecho colombiano y en cualquier sistema jurídico que es receptor de una providencia, no es un tema de poca monta. Autores como Tripol y Brocher, en su momento, llegaron a afirmar que: “la fuerza de la cosa juzgada es la obra artificial de la ley y no se extiende fuera de los límites del Estado. Como tal [...], se extendería el poder legisla-

13. Estas máximas están definidas por la Corte en la sentencia objeto de estudio, pp. 22-25.

14. ROLDÁN, Juan. El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. En: Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes [En línea]. No. XLIV, julio – diciembre de 2010. Disponible en internet: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf

tivo y judicial de un Estado en otro Estado, anulándose así los poderes públicos de este último, que son la manifestación del derecho supremo de soberanía”¹⁵. Esta concepción pugna por un hermetismo de los sistemas jurídicos, que solo admiten el ingreso dentro de sí de los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por los mismos. La postura de autores como Tripol y Brocher es opuesta a la de autores como García, que admite la aplicación de sentencias más allá de los límites de determinado Estado, debido a que “la justicia, por su carácter universal, no debe encontrar obstáculos en las fronteras de ningún Estado”¹⁶.

... transformación constante que
sufre el concepto de orden inter-
nacional público en el país, debido
a la velocidad con que se generan
cambios en el mundo actual...

Esta diferencia radica en que se trata de tesis planeadas en momentos históricos diferentes. A finales del siglo XX hubo apertura económica en Latinoamérica y las políticas neoliberales favorecieron la entrada de capitales e inversión extranjera en los países. Por

ello las problemáticas de índole comercial empezaron a surgir con mayor frecuencia. También lo es la eficiencia de los medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, que resuelven las controversias en tiempos inferiores a aquellos a los que se someten a la jurisdicción ordinaria estatal¹⁷, y el surgimiento paulatino de convenciones que aludían a una flexibilización de la aplicación de sentencias extranjeras en los ordenamientos de los estados partes.

Aclarados estos puntos, pasamos a analizar a Roldán, quien plantea que el orden público internacional es una “excepción (cláusula de reserva) a la aplicación de la ley sustancial designada por la ley de conflicto o al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por

-
15. GUZMÁN, Diego. Tratado de derecho internacional privado. Consultado por HOYOS, José. La sentencia extranjera: El *exequatur*. Medellín: Señal Editora, 1998. p.12. La cita de Tripol y Brocher se encuentra en el Tratado de Guzmán, que a su vez es consultado por Hoyos.
 16. ARELLANO, Carlos. Derecho internacional privado. Consultado por HOYOS, José. La sentencia extranjera: El *exequatur*. Medellín: Señal Editora, 1998. p. 10.
 17. Adicionalmente, para casos como los contratos suscritos entre privados y el Estado, las cláusulas que permiten dirimir controversias ante un tribunal de arbitramento fijan mayor seguridad para el contratista que la posición que podría tener un juez administrativo (para el caso colombiano), ante los procesos referidos a cuantiosas sumas y costes para el Estado, e incluso, independientemente de la cuantía del proceso. Sobre unas nociones cortas de los sistemas alternativos de solución de conflictos, consultar SAN CRISTOBAL, Susana. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. Anuario Jurídico y Económico Escurialense [En línea]. No. XLVI, pp.39-62. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf>

ir estas en contravención a los principios sobre los cuales se edifica un Estado”¹⁸.

El autor reconoce igualmente la transformación constante que sufre el concepto de orden internacional público en el país, debido a la velocidad con que se generan cambios en el mundo actual.

Frente a la disyuntiva de quién debe ofrecer la definición del concepto de orden público internacional, si el legislador o el juez, Roldán se inclina por los jueces que están en capacidad de evaluar las circunstancias y los vaivenes globales¹⁹; en contraste con lo que sería una estática definición entregada por el legislador²⁰.

Sobre la posición de la Corte en cuanto al concepto de orden público internacional en relación al reconocimiento de sentencias extranjeras, tomo como punto de referencia la sentencia del 26 de noviembre de 1984, magistrado ponente Dr. Alberto Ospina²¹. Si bien tal providencia versa sobre un asunto de ejecución y reconocimiento de una sentencia de divorcio en los Estados Unidos, y el concepto de orden público no se ha escindido en nacional e internacional, es importante resaltar las consideraciones de la Corte en ese momento. Aunque predominan los requerimientos solicitados por el Código de Procedimiento Civil vigente en su momento²², establece unas precisiones adicionales:

18. ROLDÁN, Juan. Op. Cit., p. 5.

19. La Corte sobre este aspecto ha dicho: “La dinámica que impone la globalización de todas las actividades de la sociedad moderna, caracterizada por la interconexión económica y cultural, derivada del tráfico de personas, bienes y servicios, ha influido en la tendencia actual del Derecho Internacional Privado de propugnar por el reconocimiento y cumplimiento de los fallos proferidos en el exterior, sobre una base previa de reciprocidad, constituyendo esa orientación una clara excepción a la facultad soberana de administrar justicia por los órganos de la jurisdicción en su respectivo territorio”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente Ruth Díaz. Sentencia del 27 de julio de 2011, Radicación N° 2007-01956-00. [En línea] pp. 8-9. [Consultado el 22/10/17]. Disponible en internet: [http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/subpage/exequatur/Providencias/1100102030002007-01956-00%20\[27-07-211\]%20Estados%20Unidos.pdf](http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/subpage/exequatur/Providencias/1100102030002007-01956-00%20[27-07-211]%20Estados%20Unidos.pdf)

20. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 11.

21. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Alberto Ospina. Sentencia del 26 de noviembre de 1984, (número de radicación no disponible). [En línea]. Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=344761>

22. Artículo 694 Código de Procedimiento Civil de 1970: Para que la sentencia o el laudo extranjero surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos: a) que no versen sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió; b) que no se oponga a las leyes, y otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento; c) que se encuentre ejecutoriada la sentencia de conformidad con la ley del país de origen y se presente en copia debidamente “autenticada y legalizada; d) que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos; e) que en Colombia no exista proceso en curso, ni exista

“[Q]ue en Colombia, en materia de *exequatur*, se acogió el sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa, lo cual se traduce en que prioritariamente debe atenderse a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretenda ejecutar en nuestro territorio nacional; a falta de derecho convencional, se impone, entonces, acoger las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concedida por esa ley a las sentencias proferidas en Colombia por sus jueces”²³.

Así mismo, en providencia del 19 de julio de 1994, la Corte manifiesta que:

“La denominada ‘excepción de orden público’ [...] , cumple en últimas una función de defensa que preserva a los Estados de las perturbaciones que puedan derivarse de la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras, en los supuestos cuidadosamente comprobados en que debido a esa aplicación se introduce en realidad un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro, y es a los jueces en este último a los que les corresponde adelantar esa tarea de comprobación”²⁴.

Este criterio combinado de la Corte manifiesta relación con el concepto de soberanía, dado que cuando no existiera tratado alguno entre los estados (parte del criterio diplomático), se necesita una actitud recíproca anterior de su homólogo en el cual se emite la sentencia que

sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales sobre el mismo asunto; f) que si la sentencia se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen; g) que se cumpla con el requisito del exequátur. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>

23. Esta reflexión planteada se deriva del artículo 693 del Código de Procedimiento Civil mencionado, que dice: “Efectos de las sentencias extranjeras. Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a los laudos arbitrales proferidos en el exterior”. La Corte sostuvo este criterio desde sentencia del 14 de abril de 1975, Sala de Casación Civil, citada por la misma. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de noviembre de 1984. p. 2.
24. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Jaramillo. Sentencia del 19 de julio de 1994, Expediente No. 3894. [En línea] pp. 13-14. [Consultado el 22/10/17]. Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=16519>

pretende ser ejecutada en Colombia, creando una protección para la no aplicación de tal sentencia ante la no existencia de reciprocidad. De igual modo, sobre el aspecto temporal de la noción de orden público, en la sentencia de la Corte del 13 de julio de 1995, se reitera que “el orden público que ha de apreciarse como relevante al decidir sobre el exequátur, es el existente al momento del otorgamiento de éste y no al momento de proferirse la decisión extranjera”²⁵.

La Corte Constitucional tampoco ha sido ajena a la discusión sobre el orden público internacional y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. En sentencia de constitucionalidad C-800 del año 2005, la Corte Constitucional manifiesta que:

“Hay que recordar que los laudos arbitrales proferidos en el exterior, por razones de soberanía del Estado, en principio, no tienen valor en el país. Sin embargo, como es suficientemente sabido, esto afectaría en materia grave las relaciones internacionales, por lo que el legislador previó un sistema que permite, por vía de excepción, conceder efectos jurídicos a decisiones emitidas fuera del país, mediante la figura del *exequátur*”²⁶.

Ahora bien, sobre el concepto de ‘orden público internacional’ como tal, la Corte lo menciona por primera vez²⁷ en providencia del 18 de noviembre de 2009, sala de casación laboral, afirmando que “la Convención sobre Derecho Internacional Privado, de La Habana, del 20 de febrero de 1928, suscrita por Colombia, conocida como el Código Bustamante, en su artículo 175 previó que ‘son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público’”²⁸. Aunque puede resultar tautológico y sin mayor claridad definir las reglas de orden pú-

25. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Javier Tamayo. Sentencia del 13 de julio de 1995. [En línea] p. 7. [Consultado el 22/10/17]. Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=17039>

26. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán. Sentencia de constitucionalidad C-800 del año 2005. [En línea] p. 18. [Consultado el 24/10/17]. Disponible en internet: <http://www.Corteconstitucional.gov.co/sentencias/2005/C-800-05.rtf>

27. La búsqueda en orden cronológico es realizada a través del repositorio de las providencias de la Corte Suprema de Justicia en su página web, para la cual arrojó el presente resultado, buscando el término ‘orden público internacional’ precisamente.

28. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Camilo Tarquino. Sentencia del 18 de noviembre del 2009, Radicación No. 37321 [En línea]. p. 14. [Consultado el 22/10/17] Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=238804>

blico internacional como aquellas que impiden pactar en contrario al orden público²⁹, es meritorio determinar si el concepto ha cambiado para la Corte, particularmente sobre el reconocimiento de laudos arbitrales.

En sentencia del 27 de julio del 2011, la Corte a partir de definiciones de otros ordenamientos jurídicos y de la doctrina, concibe la diferenciación del concepto de orden público en el derecho internacional privado, en el derecho constitucional y en el derecho privado interno.

A su vez, al diferenciar el orden público internacional del orden público interno, esclarece que este último es de obligatorio cumplimiento dentro del Estado en el cual las partes están sometidas, y que no necesariamente aquellas reglas son imperativas y de orden público en el ámbito internacional. Al respecto, como elemento fundante de la concepción actual de orden público internacional (que está presente en la sentencia de estudio³⁰), la Corte cita una sentencia estadounidense “por ejemplo, en ‘The Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societé Generale de L’Industrie du Papier (RAKTA) 508 F2 d 696 (1974) case’, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos señaló, que la noción de ‘orden público’ (‘public policy’) en la Convención de Nueva York, debe ser entendida limitativamente, y aplicarse solo cuando el reconocimiento o ejecución del ‘laudo’ contraríe ‘los conceptos más básicos de moralidad y justicia’”³¹.

Más adelante menciona que “la doctrina proyectada a las disposiciones internas no ha sido ajena a la materia, y se ha matriculado en la tendencia que ve el ‘orden público’ en un sentido restrictivo, es decir, limitado a los fundamentos básicos sobre los que se sienta el ordenamiento jurídico”³². Esta sentencia es una sentencia hito, dado que como la misma Corte lo admite, no había tenido oportunidad de expresarse claramente sobre la noción de ‘orden público’, concepto presente en la Convención de Nueva York (Artículo V, numeral 2do, literal b).

-
29. Sin embargo, el mismo Código Bustamante considera taxativamente otros tipos de normas que también hacen parte del orden público internacional (como simple aclaración, dado que tal código no es parte del ordenamiento jurídico colombiano), como las contenidas en los artículos 4, 5, 51, 59, 68, 72, 76, 90, 91, 120, 129, 136, 138, 145, 148, 149, 160, 179, 188, 192, 193, 194, 197, 202, 212, 243, 246, 254, 272, 283, y 284. Para su consulta en línea: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf
30. La postura de la limitación del concepto se encuentra en la página 40 de la sentencia objeto de estudio. Aunque en tal definición se cita la sentencia del 24 de junio de 2014, sala de casación civil, Rad. No.
31. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente Ruth Díaz. Sentencia del 27 de julio del 2011, Radicación No. 2007-01956-00. [En línea]. pp. 40-41. [Consultado el 22/10/17] Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=doc&file=227842>
32. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 42.

Así, plantea taxativa pero no restrictivamente, unos ejemplos de elementos del orden público internacional, que son “la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso”³³. Estos ejemplos son concordantes con la noción de orden público internacional de modo restrictivo y sirven como base para comprender la decisión tomada en la sentencia bajo estudio.

Posteriormente, la sentencia afirma que “si bien la Convención de New York hace alusión al «orden público», es claro que dicha noción corresponde a la de «orden público internacional» del país en que se pide el reconocimiento del laudo como acertadamente lo recogió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional [...], adoptado también por la doctrina del derecho internacional privado”³⁴.

La Corte, dentro de la concepción minimalista asumida, se pone a tono de los debates corrientes respecto al concepto en el derecho internacional privado, ya que existe una tendencia inversamente proporcional entre el concepto y la arbitrabilidad: mientras el concepto de orden público internacional tiende a reducirse, la arbitrabilidad se expande³⁵. La mencionada reducción va acompañada de una división dentro del mismo concepto:

... mientras el concepto de orden público internacional tiende a reducirse, la arbitrabilidad se expande...

“[Comprende el] orden público internacional sustantivo, los ‘los principios de «no abuso de los derechos», «buena fe», «fuerza obligatoria del contrato», «prohibición de discriminación y expropiación sin indemnización» y «prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la proscripción de la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia», y el orden público internacional procesal, donde se incluyen las

33. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 47.

34. La Corte toma este concepto aclarando la ya citada convención, y, además, el artículo 112 de la ley 1563 de 2012, que para el presente caso ambas son fuentes de derecho aplicables. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente: Ariel Salazar. Sentencia del 24 de junio del 2016, Radicación No. 2014-02243-00. [En línea]. pp. 28-29. [Consultado el 22/10/17] Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=doc&file=227842>

35. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 33.

garantías fundamentales que permitan asegurar la defensa y un juicio ecuánime, como el derecho a recibir una adecuada notificación, una oportunidad razonable de defensa, igualdad entre las partes y un procedimiento justo ante un juzgador imparcial”³⁶.

Teniendo en cuenta los insumos que el foro expuso, y ante la evolución y reducción de amplitud del concepto de orden público internacional en la jurisprudencia colombiana, se va a revisar el concepto planteado en la sentencia del 12 de junio de 2017. Es pertinente mencionar cómo la Corte resalta el criterio cambiante del concepto: “Conviene anotar que la noción orden público no es unívoca, pues varía dependiendo del momento histórico y de las condiciones sociales, por lo que su concreción es en extremo dificultosa”³⁷, para concluir después de exponer los argumentos, con una noción bastante concreta:

“[E]l orden público internacional se refiere a las nociones más básicas de moralidad y justicia, que sirven de sustrato a las instituciones jurídicas patrias, tanto sustanciales como procesales, vistas de forma restrictiva”³⁸.

Esta definición es el resultado de un proceso extenso descrito brevemente en este trabajo, que incluye una separación de las nociones dentro del mismo concepto de orden público, y el reconocimiento de criterios ajenos a la misma fuente formal del derecho, como lo son el criterio histórico y el de transnacionalización del derecho, haciendo énfasis en torno al derecho internacional privado.

Para el presente caso, aunque se podía revisar el elemento de reciprocidad legislativa de las sentencias colombianas en Estados Unidos, existe la Convención de Nueva York como instrumento vigente para mediar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (que son las sentencias que particularmente nos atañen), razón por la cual sólo prestaremos atención al criterio diplomático³⁹.

36. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 34-35.

37. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Aroldo Quiroz. Sentencia del 28 de junio de 2017, radicación N° 2014-01927-00. [En línea] p. 38. [Consultado el 20/10/17].

38. Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Ibíd.*, p. 41.

39. Para sentencias como la citada del 26 de noviembre de 1984 no se admitió el reconocimiento de la sentencia, dado que no existía un tratado para el tema específico entre Colombia y Estados Unidos, y tampoco se pudo probar la reciprocidad de aplicación de sentencias en ese país.

Sobre esta Convención, y a los fines de este trabajo, es importante mencionar algunas de las máximas propuestas por la Corte⁴⁰ sobre el régimen de homologación, especialmente los literales (i) interpretación pro-internacional; y (ii) principio pro-reconocimiento.

En cuanto al aspecto pro-internacional, la Corte separa la noción de orden público nacional de internacional, dado que busca la no intervención de normatividad interna que modifique o cambie interpretaciones y características propias del derecho internacional. Sobre el principio pro-reconocimiento, la Corte explica que se refiere a la flexibilización del orden internacional público, para favorecer el reconocimiento de las sentencias extranjeras en el ordenamiento jurídico colombiano, eliminando las barreras y otorgando “fuerza vinculante al laudo en el país en que se promueve el *exequátur*, aún en casos de duda, salvo que deba rechazarse por configurarse una causal de denegación”⁴¹.

IV. Aplicación del *soft law*: las directrices IBA sobre conflictos de interés en la sentencia

El *soft law* hace referencia a “los instrumentos de naturaleza normativa sin fuerza legal vinculante y que se aplican solo a través de la aceptación voluntaria. Generalmente, el *soft law* son reglas legales establecidas que no son positivas y, por lo tanto, no son jurídicamente vinculantes”⁴².

Para el presente caso, la Corte determinó que al no existir claridad sobre las circunstancias que puedan llegar a afectar la imparcialidad o independencia del árbitro, el vacío dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1563 de 2012 se llenaría con las directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, que para la presente controversia fueron aquellas aprobadas en el año 2014.

Dentro de la ‘internacionalidad de la hermenéutica’, estas directrices han jugado un papel muy importante a la hora de representar una pers-

40. Estas máximas están expuestas en la sentencia bajo estudio, en la página 18.

41. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Aroldo Quiroz. Sentencia del 28 de junio de 2017, radicación N° 2014-01927-00. [En línea] p. 21. [Consultado el 20/10/17].

42. GABRIEL, Henry. Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and The Hague Conference. *Brooklyn Journal of International Law* [En línea]. Vol. XXXIV, 2009, p. 658. [Consultado el 23/10/2017]. Disponible en internet: http://heinonline.org.ezproxy.unal.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/bjil34&div=26&start_page=655&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults

pectiva nutrida de diversas culturas jurídicas, “que refleja la práctica actual en una parte significativa de la comunidad arbitral”⁴³.

La necesidad de adaptabilidad del derecho interno se hace presente ante la inobservancia de causales enumeradas taxativamente en cuanto a la recusación de los árbitros, para permitir de tal modo una interpretación y estado cambiante de las conductas que dan lugar a la recusación.

La ‘apropiación’ del *soft law* de la IBA, como autoridad en la materia por los motivos expuestos por la Corte, guarda relación con el siguiente planteamiento:

“En el ámbito jurídico, se ha implantado de facto la necesidad de acomodarse a los vaivenes propios de los negocios transfronterizos y de aquellos que, aunque durante su ejecución no atraviesan fronteras, guardan características y elementos foráneos, y por ende extraños, a la regulación mercantil estatal. Ello ha conducido a que se genere, en el comercio internacional, una demanda de normas reguladoras que no son satisfechas –ni pueden serlo, en razón de múltiples factores– por organizaciones estatales ni por las internacionales, lo que explica que diversas instituciones privadas estén creando un derecho autónomo con pretensión de validez global”⁴⁴.

Pulido asume una postura similar a la de la Corte, en la medida en que la aplicación del *soft law* existe, pero según él, por los requerimientos del mercado⁴⁵, nombrándolo como la ‘codificación privada’ en el ámbito del comercio internacional⁴⁶. La diferencia radica en que Pulido percibe la aplicación del *soft law* desde el derecho

43. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Op. Cit., p. 48.

44. PULIDO, Juan. La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en Colombia [En línea]. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales [Consultado el 23/10/2017]. p. 56. Disponible en internet: <http://www.bdigital.unal.edu.co/56074/1/juancamilopulidoderiveros.2016.pdf>

45. “El desarrollo del arbitraje comercial en la segunda mitad del siglo XX está influenciado por el repunte del comercio exterior. Los empresarios están de un lado buscando las oportunidades de cómo eliminar la incertidumbre relacionada con los diferentes ordenamientos jurídicos, la determinación de la jurisdicción de los tribunales nacionales y el impacto de las normas procesales nacionales, pero, por otro lado, insisten en una decisión que debe ser reconocida y exigible no solo en el estado en el que se encuentran, sino también en el estado donde se encuentran los bienes del deudor”. HRN I ÍKOVÁ, Miluše. The meaning of soft law in international commercial arbitration [En línea]. ICLR Review, Vol. XXVI, No. I, 2016. p.98. [Consultado el 23/10/2017]. Disponible en Internet: <https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/iclr.2016.16.issue-1/iclr-2016-0007/iclr-2016-0007.pdf>

46. PULIDO, Juan. *Ibid.*, p. 49.

económico, mientras que la Corte tiene una postura que va más allá de la eficiencia y de los requerimientos del mercado y los negocios transnacionales.

Por otro lado, “el *soft law* también puede utilizarse como una herramienta para la interpretación uniforme de las reglas de la institución arbitral, que a menudo se redacta sin conexión con la sede de la institución, porque su carácter debe ser internacional, ya que la sede del arbitraje suele ser determinada por las partes”⁴⁷.

Este es el caso de lo que dispone el artículo 7° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, donde los criterios de la IBA actúan transfiriendo las conductas descritas al reglamento mencionado. Vemos que la Corte fue más allá y usó este derecho suave para identificar las posibles situaciones en las que el árbitro pudiera ser recusado, o en otro caso, la improcedencia del reconocimiento del laudo bajo el marco normativo de la Ley 1563.

Es claro cómo la Corte busca, como ha sido clasificado por la misma, la materialización de la máxima de interpretación pro-internacional:

“De allí que se busque una hermenéutica que trascienda la esfera nacional y que propenda por un entendimiento común o, por lo menos, armónica con la conceptualización realizada por estrados judiciales de otros países. No puede olvidarse que están sobre la mesa tratados multilaterales y normas modelo, por lo que sería irrazonable que cada estado tenga una interpretación diferente, aunque los supuestos normativos sean idénticos”⁴⁸.

La búsqueda de la realización de la máxima de interpretación pro-internacional para el presente caso se ve reflejada precisamente en la aplicación del *soft law* proveniente de la IBA, en la medida en que si la Corte hubiese creado sus propios criterios para evaluar el comportamiento cuestionado del árbitro E.Z, tales criterios hubieran podido estar influenciados por elementos del sistema jurídico colombiano (por ejemplo, las reglas para la recusación en el caso del arbitraje nacional, presentes en la Ley 1563), afectando de tal modo el reconocimiento de los laudos arbitrales, y de tal modo, la realización de la máxima mencionada.

47. HRNČIŘÍKOVÁ, Miluše. Op. Cit., p. 106.

48. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Op. Cit., p. 18.

Este criterio hermenéutico que trasciende fronteras (o de otro modo la interpretación pro-internacional), guarda estrecha relación con la misma vocación de la Convención de Nueva York, que en términos de Aljure⁴⁹, es universal (e internacional por supuesto), dado que busca que todos los miembros de la ONU la firmen. Las reglas de la IBA aplicadas datan de 2014 pero surgieron desde los años 80.

... “Estas directrices se esfuerzan por establecer las mejores prácticas con respecto a la preservación de la imparcialidad y la independencia de los árbitros internacionales...”

“Estas directrices se esfuerzan por establecer las mejores prácticas con respecto a la preservación de la imparcialidad y la independencia de los árbitros internacionales. A medida que el panorama del arbitraje internacional evoluciona desde la publicación de las Reglas Éticas de la IBA de 1987, el Grupo de Trabajo recomienda que, en situaciones en las que las Reglas de Ética y las Directrices puedan entrar en conflicto, las Directrices sirvan de base para la conducta de los árbitros y de las partes”⁵⁰.

Estas reglas permiten definir de manera clara un marco de restricción sobre las actuaciones de los árbitros, y como se menciona en la misma introducción de las directrices, ellas:

“[h]an sido objeto de amplia aceptación en la comunidad arbitral internacional. Los árbitros utilizan las Directrices habitualmente a la hora de decidir sobre posibles nombramientos y revelaciones. Igualmente, las partes y sus abogados toman en cuenta con frecuencia las Directrices al evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros, y las instituciones arbitrales y los tribunales estatales también consultan a menudo las Directrices a la hora de considerar recusaciones de árbitros”⁵¹.

49. ALJURE, Antonio. Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y Panamá sobre arbitraje internacional. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. I. Junio – diciembre de 2004. p. 106. [Consultado el 28/10/2017].

50. RAO, Neomi. Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration for the Working Group. Business Law International [En línea]. Vol. V. No. III. Septiembre de 2014. p. 458. [Consultado el 29/10/2017]. Disponible en internet: <https://www.researchgate.net/publication/260318319>

51. IBA. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 [En línea]. P. 1. [Consultado el 29/10/2017]. Disponible en internet: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=59c60328-61f3-4f0a-9a92-78f4f67c1c50>

Las directrices de la IBA no son instrumentos aislados de *soft law* sino que se han convertido en un elemento del orden internacional procesal colombiano. En otras palabras, el *soft law* es una fuente de *derecho* susceptible de aplicación para el caso particular del reconocimiento del laudo arbitral Tampico vs. Alquería y para los demás casos que contemplen problemas jurídicos de similar carácter y donde sea necesaria una revaluación del concepto de orden público internacional.

Bibliografía

- ALJURE, Antonio. Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y Panamá sobre arbitraje internacional. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. I. Junio–diciembre de 2004.
- CLAY, Thomas. La Convención de New York desde la doctrina francesa. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. IX, Julio–diciembre de 2008. P. 145. [Citado el 25/10/17].
- Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán. Sentencia de constitucionalidad C–800 del año 2005. [En línea]. Disponible en internet:
<http://www.Corteconstitucional.gov.co/sentencias/2005/C–800–05.rtf>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Alberto Ospina. Sentencia del 26 de noviembre de 1984, (número de radicación no disponible). [En línea]. Disponible en internet:
<http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=344761>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Jaramillo. Sentencia del 19 de julio de 1994, Expediente No. 3894. [En línea]. Disponible en internet:
<http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=16519>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Javier Tamayo. Sentencia del 13 de julio de 1995. [En línea]. Disponible en internet:
<http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=pdf&file=17039>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente Ruth Díaz. Sentencia del 27 de julio del 2011, Radicación No. 2007–01956–

00. [En línea]. Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=doc&file=227842>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente Ariel Salazar. Sentencia del 24 de junio del 2016, Radicación No. 2014–02243–00. [En línea]. Disponible en internet: <http://181.57.206.37:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=csj&ext=doc&file=227842>
 - Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Aroldo Quiroz. Sentencia del 28 de junio de 2017, radicación N° 2014–01927–00. [En línea]. Disponible en internet:
[http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bjul2017/SC9909-2017%20\(2014-01927-00\).doc](http://www.Cortesuprema.gov.co/Corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/bjul2017/SC9909-2017%20(2014-01927-00).doc).
 - DONOVAN, Francis. International commercial arbitration and public policy. *New York University Journal of International Law and Politics*. Disponible en internet: http://heinonline.org.ezproxy.unal.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/nyuulp27&div=31&start_page=645&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
 - GABRIEL, Henry. Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference. *Brooklyn Journal of International Law* [En línea]. Vol. XXXIV, 2009. Disponible en internet: http://heinonline.org.ezproxy.unal.edu.co/HOL/Page?handle=hein.journals/bjil34&div=26&start_page=655&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
 - HRNČIRÍKOVÁ, Miluše. The meaning of soft law in international commercial arbitration [En línea]. *ICLR Review*, Vol. XXVI, No. I, 2016. Disponible en Internet: <https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/iclr.2016.16.issue-1/iclr-2016-0007/iclr-2016-0007.pdf>
 - HOYOS, José. *La sentencia extranjera: El *exequatur**. Medellín: Señal Editora, 1998.
 - IBA. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 [En línea]. Disponible en internet: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59c60328-61f3-4f0a-9a92-78f4f67c1c50>
 - JIMÉNEZ, Dyalá. La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. No. IV, Enero – junio de 2016.

- PULIDO, Juan. La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en Colombia [En línea]. Tesis de maestría Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Disponible en internet: <http://www.bdigital.unal.edu.co/56074/1/juancamilopulidoriveros.2016.pdf>
- RAO, Neomi. Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration for the Working Group. Business Law International [En línea]. Vol. V. No. III. Septiembre de 2014. Disponible en internet: <https://www.researchgate.net/publication/260318319>
- ROLDÁN, Juan. El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes [En línea]. No. XLIV, julio – diciembre de 2010. Disponible en internet: http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf



El humor político:
un discurso
especialmente
protegido por
la jurisprudencia
constitucional
colombiana

*Anamaría
Rodríguez Peñaloza¹*

Sumario

Introducción

I. El panorama constitucional de la sátira política

1. El contenido del derecho fundamental de la libertad de expresión
2. Límites del ejercicio de la libertad de expresión

II. El test de proporcionalidad: la pieza clave para determinar el límite de la sátira política

III. Estudio de caso: Daniel Samper Ospina vs. Álvaro Uribe Vélez

IV. ¿Cómo hacer humor a punta de indignación en Colombia?

1. Daniel Samper Ospina - #HolaSoyDanny
2. La Pulla – Juan David Torres
3. Wally - @MeDicenWally

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

El humor político en Colombia está cubierto por el derecho fundamental a la libertad de expresión pero sus características únicas lo hacen merecedor de una protección autónoma como discurso especialmente protegido. En este trabajo se propone una definición y se hacen varios estudios de caso a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional.

Palabras clave: Libertad de expresión, humor político, test de proporcionalidad.

Abstract

Political humor in Colombia is covered by the fundamental right to freedom of expression but its unique characteristics make it worthy of autonomous protection as a specially protected discourse. In this paper a definition is proposed and several case studies are made in the light of national and international jurisprudence.

Keywords: *Freedom of expression, political satire, proportionality test.*

1. Estudiante Universidad de los Andes, trabajo que presentado al concurso de ensayo “Germán Cavellier”, segundo semestre de 2017. a.rodriguez26@uniandes.edu.co

Introducción

En Colombia el humor político tiene una protección aumentada por sus especiales características. Sin embargo, no se puede afirmar que se trata de un derecho absoluto y su ejercicio debe respetar ciertos límites. En este texto se busca demostrar que el humor político debe protegido de manera autónoma.

I. El panorama constitucional de la sátira política

1. El contenido del derecho fundamental de la libertad de expresión

Para comenzar, la sátira política está cobijada por el derecho a la libertad de expresión que está consagrado en el artículo 20 de la Constitución y garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento, opiniones, y divulgar información². Así, se ha establecido una regulación específica para cada tipo de expresión, pues mientras que la información debe tener sustentos fácticos objetivos basados en una investigación que compruebe razonablemente la veracidad del dicho sobre una persona o un hecho³, las opiniones son juicios de valor personales que no necesitan un sustento fáctico e inclusive pueden ser ofensivas, pero deben tener la finalidad de contribuir al debate democrático⁴.

Ahora bien, existen múltiples maneras de expresión, ya sea a través del lenguaje, las manifestaciones artísticas, las acciones a favor de una causa como la donación de dinero a una campaña política⁵, e inclusive la omisión, como serían los actos de desobediencia civil.

La libertad de expresión en el lenguaje se deriva del acto mismo de la comunicación⁶, en el cual interactúan i) el emisor de la información ya sea anónimo, a nombre propio, o mediante un seudónimo; ii) el difusor, con

-
2. Este derecho comporta tres finalidades esenciales i) permitir la proyección del ser humano con el derecho a pensar por sí mismo y divulgar su pensamiento, ii) lograr el funcionamiento del sistema democrático mediante la deliberación e intervención ciudadana, que da lugar a la autodeterminación del sujeto político; y iii) sirve como instrumento para la realización de otros derechos fundamentales, es decir, es la base y está interrelacionado con otros principios y por tanto, funciona como un sistema armónico para cumplir las libertades individuales y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.
 3. WHITTINGHAM, Jessica. "Libertad de información" *Revista Derecho del Estado*, N°20 (2007): 33-48.
 4. *Ibidem*.
 5. FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*. (Barcelona: Editorial Gedisa, 1999) 1-30.
 6. Información de cualquier tipo, incluyendo opiniones personales y por cualquier medio: escrito, radial, televisivo, parodias, e inclusive memes, es decir imágenes humorísticas que se difunden por redes sociales.

los medios de comunicación tradicionales o vía internet; y iii) el receptor, ya sea de carácter determinado o indeterminado, plural o individual, seleccionado o espontáneo. Es de vital importancia notar que sin alguno de los elementos no existiría comunicación. Por lo tanto este derecho tiene una doble dimensión⁷: en el ámbito individual le permite a la persona emitir cualquier forma de información, pensamiento, opinión o dato independientemente de la audiencia; mientras que la dimensión colectiva garantiza a la sociedad la libertad de buscar, recolectar y acceder a la información, siempre y cuando no vulnere los derechos de otros, como la privacidad o la seguridad nacional.

Por otro lado la libre expresión tiene titularidad universal porque cualquier persona puede ejercerla, sin consideraciones de edad, nacionalidad, ciudadanía, género, raza, creencias religiosas, creencias políticas, u orientación sexual⁸. Igualmente, respecto del contenido del discurso, vía jurisprudencial se ha implementado el principio de neutralidad⁹ que implica que el Estado debe ser tolerante con las expresiones aunque resulten ofensivas, groseras, chocantes, desagradables, inquietantes, provengan de sectores minoritarios, resulten ingratas o perturbadoras para el Estado, para quienes lo representan o para un determinado grupo mayoritario de la población¹⁰.

-
7. BOTERO MARINO, Catalina, *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas* (Bogotá: DeJusticia, Universidad de los Andes y Open Society Foundations, 2017) 33-42.
 8. Es decir que al momento de estudiar el derecho a la libre expresión, deben tenerse en cuenta derechos que están profundamente ligados con la difusión y discusión de las opiniones e informaciones, y que conforman las garantías básicas del Estado de Derecho sobre las cuales la jurisprudencia ha desarrollado conceptos de armonización, mandatos de optimización y derechos progresivos como los DESC. Entre los derechos del *sistema de libertades básicas constitucionales* se encuentran: i) libertad de información art. 15; ii) libre desarrollo de la personalidad art. 16; iii) libertad de conciencia art. 18; iv) libertad de expresión propiamente dicho y prohibición de censura art. 20; v) libertad de cátedra art. 27; vi) manifestación pacífica pública art. 37; vii) libertad de asociación art. 38; viii) derecho de participación política art. 40; ix) respeto a la identidad étnica art. 68; x) libertad de expresión y difusión cultural art. 70; xi) libertad de expresión artística art. 71; xii) búsqueda del conocimiento art. 71; xiii) libertad de prensa art. 73; xiv) acceso a documentos públicos art. 74; y xv) igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético art. 75.
 9. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, 30-41. Este principio ha dado pie a un desarrollo especial para la neutralidad en internet, al respecto ver: Carles Alonso Espinosa. “La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: libertad de expresión y la difusión de información administrativa”. *Revista Derecho del Estado*. N° 22 (2009): p. 83-128. También, según la sentencia T-277 de 2015 “la libertad de expresión se deriva de que este derecho no solo faculta a las personas para manifestar sus ideas y opiniones, y para transmitir información, sino que también protege que el contenido expresado se difunda y llegue a otros. Así las cosas, imponer responsabilidades a los intermediarios de Internet por los contenidos transmitidos limitaría de forma importante la difusión de ideas por este medio de comunicación, pues les daría el poder para regular el flujo de información en la red.”
 10. Según sentencia SU-626 de 2015.

El contenido del discurso también está protegido con el Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificados por Colombia y que prevalecen en el ordenamiento interno vía bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el art. 93 de la Carta Política¹¹.

La sátira política¹² es una expresión cómica que distorsiona o exagera la realidad, a los políticos, a otras personas, las ideologías o las circunstancias políticas, mediante el uso de recursos retóricos y busca provocar la indignación del público sobre circunstancias políticas actuales o históricas¹³ ya sea a nivel local, nacional o internacional. También termina siendo una forma de pedagogía política para cualquier persona sin necesidad de conocimientos adicionales a los hechos políticos básicos, precisamente por la variedad de sus manifestaciones¹⁴. Todo ello enriquece el debate democrático y aporta visiones alternativas sobre las posturas ideológicas y los candidatos o funcionarios públicos.

-
11. Tal como lo explica Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009) 69-119.
 12. Se formula una definición de sátira política con base en diversos documentos, como: la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria*, del 25 enero de 2007 que la define como “este tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social que con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad persigue naturalmente la provocación y la agitación”; también con base en las sentencias de la Corte Constitucional citadas a lo largo del texto, especialmente con la SU-626 de 2015 y con los textos de Ana Valero. “Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial”. *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*. Vol.1, No2 (2014): 86-96. También, Federico Sánchez Rucinke, “¿Por qué no existe humor político en la televisión colombiana?” (Tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2016) 1-21. Lautaro Cossia. “Sobre usos y funciones de la sátira-política gráfica: Rosario (1871-1890)”. *Tema Central. S.V.* (Febrero, 2013): 10-16. Ana María Freire López, “La fábula como forma de la sátira política en la España de principios del siglo XIX”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, s.f., http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-fbula-como-forma-de-la-stira-poltica-en-la-espaa-de-principios-del-siglo-xix-0/html/ffcc39d0-82b1-11df-acc7-002185ce6064_5.html
 13. Véase: Alonso ARISTIZABAL. “El Zancudo o la libertad de prensa bajo la Regeneración”. *Correo de los Andes* No. 40 (1986): 11-24. También, Álvaro Acevedo Tarazona y Martha Liliana Pinto Malaver. “Contienda electoral durante el Frente Nacional (1958-1974): Las caricaturas de Chapete sobre Rojas Pinilla y la ANAPO en Colombia”. *HISTORELo: Revista de Historia Regional y Local* Vol. 7 Núm. 13 (2015): 297-342, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=345833486010>. Igualmente, Mary luz Vallejo. “El grito de irreverencia del *Gil Blas*.” *Revista de Estudios Sociales*. N° 38. (2011): 76-87, <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n38/n38a06.pdf>.
 14. Según agrupación por categorías, entre los más famosos críticos colombianos se encuentran las caricaturas (Matador, Vladdo); videos (Daniel Samper Ospina, La Pulla, Wally, Jaime Garzón); teatro (Daniel Samper Ospina); televisión (Jaime Garzón, Zoociedad, ¡Quac! El Noticiero, La Tele, Los Reencauchados, El Siguiete Programa, Voz Populi, Los Puros Criollos), radial (La Luciérnaga, El Cocuyo, El Tren de la Tarde, Voz Populi), escritos (Daniel Samper Ospina, Fernando Vallejo) redes sociales (Actualidad Panamericana, Wally) grafitis

2. Límites del ejercicio de la libertad de expresión

Los discursos especialmente protegidos tienen límites intrínsecos y extrínsecos, pues conllevan deberes y responsabilidades para quien se expresa. Entre los límites intrínsecos podemos mencionar cualquier forma de pornografía infantil, ya sea con actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; esto, con el fin de proteger el interés superior de los menores de edad. Igualmente la propaganda de guerra, que busca romantizar o exaltar la guerra y a sus actores, a menudo apelando al sentimiento nacionalista; y la incitación al genocidio, cuando el lenguaje o símbolos sean de tal grado que inciten a ejercer actos tendientes a eliminar a los miembros de una comunidad específica por el hecho de pertenecer a ella.

Esta última, según la jurisprudencia internacional¹⁵, debe ser una incitación directa, pública y cometida con intención específica. Finalmente también está prohibido el discurso de odio que incita a la violencia, aunque éste ha sido interpretado restringidamente y el discurso que va en contra del orden público, la salud o la moral públicas¹⁶.

... En la sátira política los límites extrínsecos consisten en no buscar exclusivamente la ofensa o el insulto...

En la sátira política los límites extrínsecos consisten en no buscar exclusivamente la ofensa o el insulto, el derecho al olvido que otorga libertad al individuo para recoger informaciones que tengan que ver con su pasado¹⁷; el derecho a la privacidad que garantiza una esfera personal y familiar libre de injerencias del Estado o de terceros¹⁸; y el derecho a la intimidad que permite a las personas manejar su existencia como a bien tengan¹⁹. Estos también protegen el secreto profesional, que evita que quien conozca información privada en virtud de su

(expresiones callejeras) e incluso stand up shows (Alejandra Azcarate, Eva, Los Comediantes de la noche, Andrés López y Daniel Samper Ospina). De acuerdo con investigación propia y Sánchez “¿Por qué no existe humor político en la televisión colombiana?”, 1-22.

15. BOTERO MARINO, *et al.*, *El derecho a la libertad de expresión*, 71-81.

16. Según el art. 13 de la CADH ratificada en Colombia por la ley 16 de 1972 y publicada en el D.O. 33.780.

17. Según la sentencia T-277 de 2015. Éste derecho también está relacionado con el deber de información veraz e imparcial y con el derecho de *habeas data*, que permite corregir informaciones incorrectas o imprecisas.

18. Según la sentencia T-787 de 2004.

19. Según la sentencia C-442 de 2011.

profesión la divulgue²⁰. Si la persona a quien se dirige la sátira siente vulnerado alguno de los derechos fundamentales anteriormente mencionados porque la información divulgada es falsa, errónea o inexacta; debe solicitar la rectificación²¹ en condiciones de equidad²². En caso de que la persona requerida se niegue a rectificar, no responda la solicitud o la rectificación no resuelva de fondo, puede optar por la acción de tutela y/o acudir a la jurisdicción penal.

Cuando se han agotado todas las instancias internas, es posible recurrir a la justicia internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de DD.HH. de la ONU. Para determinar cuál derecho debe primar en estas controversias, la Corte Constitucional adoptó el test de proporcionalidad, que se explica a continuación.

II. El test de proporcionalidad: la pieza clave para determinar el límite de la sátira política

Cuando se presenta una tensión entre cualquier principio fundamental y el derecho a la libertad de expresión en cualquiera de sus formas, se debe hacer un ejercicio de ponderación mediante el test de proporcionalidad. De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, ningún derecho fundamental tiene un valor absoluto —ya sea que esté en la Carta, que se incluya vía bloque de constitucionalidad o por conexidad—²³. En consecuencia, el juez debe determinar en cada caso concreto cuál es el principio constitucional que prima, y para lograrlo, el test de proporcionalidad establece varios pasos que le permiten

-
20. De acuerdo con la sentencia C-301 de 2012. El cual se aplica por conexidad al periodismo, pues está la protección de la fuente, que permite proteger a quien da la información al periodista.
 21. Por otra parte, aunque en Colombia no está específicamente regulada, en Francia sí lo está tanto para la prensa audiovisual como para la prensa escrita, según Natalia Tobón, “Derecho de rectificación en Colombia”. *Natalia Tobón s.f.* <http://www.nataliatobon.com/sobre-libertad-de-expresioacuten.html>.
 22. Así mismo, en caso de informaciones difundidas por internet y especialmente en redes sociales, bajo la regulación constitucional colombiana debe recurrir ante quien hizo la publicación, pues estos medios son únicamente una vía por la cual se publican contenidos y los usuarios deciden si las replican o no. Sin embargo, de acuerdo con la sentencia T-277 de 2015 en el derecho al olvido digital, es posible que cuando el afectado no sea un personaje público, exija a las plataformas de información como Google que elimine el link permanente de la publicación o desindexe la información. Aplica sobre conductas penales una vez cumplidas o prescritas, excepto para delitos de lesa humanidad o violaciones a los Derechos Humanos.
 23. Según la sentencia C-475 de 1997 y Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993) 81-90.

realizar un análisis más objetivo entre los principios en pugna para argumentar su decisión y preferir la menor afectación del núcleo de las libertades constitucionales.

La intensidad del test que se aplica a las decisiones de autoridades o funcionarios públicos puede ser i) leve, en exámenes a restricciones en materia tributaria o de política internacional, en normatividad legal de servicios públicos, o las disposiciones expedidas en desarrollo de competencias especiales; ii) moderada o intermedia, cuando versa sobre derechos constitucionales no fundamentales, afecta o interfiere gravemente con la libre competencia, y genera serias dudas respecto de la afectación del goce de un derecho fundamental; y iii) estricta, cuando limita un derecho constitucional fundamental, afecta a un grupo de especial protección constitucional o en debilidad manifiesta.

En el caso del derecho fundamental a la libertad de expresión aplicable a la sátira política²⁴, la Corte debe aplicar el test de proporcionalidad estricto, por tratarse de un derecho constitucional fundamental que contiene un mandato de optimización.

El test se divide en dos partes. La primera se denomina proporcionalidad *prima facie*, que analiza i) los objetivos perseguidos con la restricción: deben ser inaplazables, urgentes e imperiosos, y en el caso del derecho a la libertad de expresión sólo encuentran límite con el derecho al buen nombre y la honra, la seguridad nacional, el orden público y la moral o la salud públicos; ii) la efectiva conducencia para alcanzar la finalidad buscada y iii) la necesidad de la restricción: que no existan medios alternativos menos restrictivos u otras opciones para evitar la afectación del derecho.

Si la medida bajo estudio aprueba los requisitos anteriores, pasa a la segunda parte del test llamada proporcionalidad en *sentido estricto*, que se compone de i) el grado de afectación: califica la intensidad de la restricción en uno de los derechos y la importancia que tiene para satisfacer el otro derecho; ii) el peso abstracto: valor constitucional independiente de cada principio; y iii) el nivel de certidumbre: pregunta cuál sería el grado de afectación de los principios enfrentados en caso de adoptar la medida respectiva.

24. Según las sentencias SU-626 de 2015, C-673 de 2001, SU-1723 de 2000 y T-357 de 2015.

III. Estudio de caso: Daniel Samper Ospina vs. Álvaro Uribe Vélez

Daniel Samper Ospina publicó el 13 de mayo de 2017 en la revista *Semana* una columna titulada ‘Mi voto es para la doctora Paloma’, en la cual se burló del nombre *Amapola* –que la senadora del Centro Democrático, Paloma Valencia, decidió ponerle a su hija– en la cual, aprovechándose de la ambivalencia del término lo asimiló con la droga ilícita y contrapuso esto a la lucha contra las drogas que se llevó a cabo durante la presidencia de Álvaro Uribe, líder del mismo partido político que la señora Valencia. Uribe, en respuesta, se refirió en su cuenta de Twitter a Samper como ‘maltratador de niñas recién nacidas’ y posteriormente, lo acusó de ‘violador de niños’. Samper exigió inmediatamente rectificación argumentando que estas afirmaciones eran falsas y malintencionadas. Uribe publicó un video en el cual intentó darle contexto a su afirmación, adicionándole que era ‘violador de derechos de niños’ pero se afirmó en su dicho y adicionó una acusación de pornografía con menores. Considerando que esta nueva publicación no era una rectificación sino una retaliación que afectaba aún más su buen nombre sin sustento alguno, Samper entabló acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable mediante una orden judicial inmediata²⁵ y cesar la violación actual y continuada porque las afirmaciones seguían publicadas en Twitter.

En primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá decidió a favor de Samper y ordenó a Uribe cumplir la rectificación confirmando en Twitter que sus afirmaciones fueron falsas²⁶. La Corte Suprema de Justicia conoció el caso en la segunda instancia y confirmó la sentencia del Tribunal, ordenó que borrara los tuits y adicionalmente le ordenó abstenerse de referirse públicamente a Samper con afirmaciones calumniosas en el futuro²⁷. La Corte declaró la procedencia de la

25. De acuerdo con la justificación de procedencia de la acción de tutela en este caso, a pesar que la justicia penal ordinaria en cuanto a la injuria y calumnia persiguen fines indemnizatorios, su resolución por parte del juez tarda mayor tiempo que la acción de tutela, y por lo tanto la orden de rectificación no cumpliría el requisito de inmediatez para evitar una vulneración irreversible al buen nombre y honra en internet de Daniel Samper Ospina.

26. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, radicado: 110012204000 2017 01733 00, agosto 2 de 2017. M.P.: Luis Fernando Ramírez Contreras. Accionante: Daniel Samper Ospina. Accionado: Álvaro Uribe Vélez.

27. Corte Suprema de Justicia, radicado: 93.724, septiembre 12 de 2017. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar. Accionante: Daniel Samper Ospina. Accionado: Álvaro Uribe Vélez.

acción de tutela por estar en indefensión por afirmaciones hechas en ‘plaza pública virtual’ y el poder político del emisor. También, porque era un hecho actual, vigente y no superado, que podía producir un perjuicio irremediable. Sobre el derecho vulnerado resaltó la diferencia entre el derecho a opinar y el derecho a la información, que debe sustentarse con pruebas. Respecto al significado de la expresión ‘violador de niños’, es interesante cómo la Corte integró al análisis constitucional conceptos tradicionales del derecho privado como ‘el entendimiento de una persona medianamente informada’ y ‘la comprensión del público promedio’, que según las ‘reglas de la experiencia’ resultan en que Uribe acusó a Samper de violador sexual de menores de edad. Igualmente, para determinar la intención que motivó la afirmación, analizó las calidades personales del accionado²⁸ y la connotación negativa que Uribe históricamente le dio a la expresión²⁹.

Por otra parte, la Corte estableció que ser tildado como violador sexual de menores produce rechazo social y al ser un delito tipificado en el Código Penal debe ser probado con evidencias objetivas. El accionado argumentó que su respuesta fue proporcional a la ofensa de Samper y que actuó en legítima defensa de los derechos de la menor, pero la Corte consideró que no fue válido porque debió acudir al conducto regular de la rectificación, no responder con otra ofensa.

En resumen, la Corte consideró que la reacción fue desproporcionada y desbordó los límites constitucionales del discurso de odio e incitación a la violencia, pues por la popularidad, credibilidad e influencia que el accionado ejerce sobre sus seguidores en la política y en Twitter provocó reacciones violentas y amenazas, tal como demostró el accionante.

28. “Álvaro Uribe Vélez es abogado de profesión, político de oficio, ex presidente de la República, actual senador, dirigente de un partido político y Doctor Honoris Causa en derecho. Es un hecho notorio su influencia en un amplio sector de la población nacional, que lo sigue ideológica y electoralmente. Alguien de tal perfil, indiscutiblemente, es un conocedor de las masas y de las formas de influir en la opinión popular. Sabe perfectamente que el lenguaje es determinante para lograr adeptos y seguidores, por lo que resulta a todas luces increíble que, como intérprete aventajado del imaginario popular y, a su vez, formado en cuestiones jurídicas, hubiera utilizado la palabra violador para significar en Daniel Samper que era un simple maltratador de niños o un vulnerador de sus derechos”.

29. En este sentido, la Corte analizó artículos periodísticos y ponencias y proyectos de ley en los cuales el accionado utilizó la expresión ‘violadores de niños’ en el entendido de violadores sexuales de menores de edad.

IV. ¿Cómo hacer humor a punta de indignación en Colombia?

¿Qué opinan las personas detrás de esta forma de humor cargado de crítica social? A continuación se transcriben las entrevistas realizadas a Daniel Samper Ospina, La Pulla y Wally.

1. Daniel Samper Ospina³⁰ - #HolaSoyDanny

¿Cuándo hace la sátira únicamente expresa su opinión?

La sátira para mí es un ejercicio de opinión, pero tiene que estar obviamente respaldada por una muy buena información, que uno tenga la información del contexto, que sea preciso en los datos y demás para que no sea una opinión arbitraria.

¿Cuáles son sus límites a la hora de satirizar a algún personaje político?

La discusión sobre si se puede o no se puede permitir en el humor está más en el cómo que en el qué. Para mí todo debe ser permitido y la cosa es cómo hacer el chiste, cómo hacer para que no chirree, para que no disuene, para que no se le devuelva al humorista; porque no puede haber un manual sobre de qué cosas nos podemos burlar y de cuáles no. Hay que apostar a la libertad de expresión. En últimas creo que el debate sobre el humor se centra en el cómo. Creo que no hay mayor castigo para un humorista que quemarse con el voltaje de su propio chiste, que el chiste lo queme a él, le salga mal, que no ofenda al político sino al lector. Entonces los límites del humor los va poniendo el humor mismo. No tengo un listado de temas a evitar: trato de ejercer mi oficio de la manera más libre posible y casi siempre mis angustias y debates internos son de mecánica y de carpintería humorística más que de temas de fondo.

... Hay que apostar a la libertad de expresión...

30. Daniel Samper Ospina, entrevistado telefónicamente por la autora, 15 de noviembre de 2017.

¿Cómo han reaccionado las personas a las cuales van dirigidas sus sátiras?

Hay tantas reacciones como chistes que he hecho, hay unos muy solemnes que creen que el humor hierde y hay otros que entienden que eso es humor y simplemente humor, que no se ofenden y al revés, se ríen. Depende mucho del talante de la persona.

¿Cuál fue su experiencia con la justicia colombiana?

Acudí inmediatamente a la justicia ordinaria cuando [Álvaro] Uribe acusó recibo de un chiste que hice sobre el nombre –que no de la hija de Paloma Valencia, sino del nombre de la hija de Paloma Valencia– y decidió de buenas a primeras decir que yo era un violador de niños. Él tuvo que rectificar, y en dos instancias.

2. La Pulla³¹ – Juan David Torres

¿Contra quién o qué tipo de personajes van dirigidas sus sátiras?

Contra todos, podría decirse. No estoy interesado tanto en los personajes como en lo que han hecho, en su papel público, en sus declaraciones y en sus promesas rotas. Como quiero dar una discusión con altura, la persona casi me puede ser indiferente: me importan sus hechos, sus contradicciones. No tengo ninguna filiación política, de modo que no debo nada en ese sentido. Mi filiación es la lógica y la buena razón.

¿Las fuentes de información y documentos que respaldan sus afirmaciones sobre el personaje y los escándalos son exclusivamente periodísticas?

Son sobre todo periodísticas, pero una buena porción de ellas proviene de la academia, de los estudios que hacen grupos independientes, de los testimonios de la gente involucrada y de gente que sabe del tema. De ese modo, reducimos la posibilidad de error.

31. Juan David Torres (La Pulla), entrevistado vía correo electrónico por la autora, 15 de noviembre de 2017.

¿Cuáles son sus límites a la hora de satirizar a algún personaje político?

Su físico. Rara vez lo utilizo como parte del argumento. A menos que quiera burlarme de una manera hiriente, que es el objetivo del programa —que se desacralicen las bestias políticas y públicas—, utilizo ese material. Sucedió en el caso del Ñoño Elías, donde lo tratamos de “cachetón hermoso”. Tampoco es un trato muy fuerte (es decir, no vamos a llamar tuerta a Vivian Morales, eso sería caer muy bajo), pero según el caso puede resultar válido.

Tampoco pretendo utilizar argumentos de autoridad: porque lo decimos nosotros, es verdad. No: debe tener una base argumentativa sólida. Quiero darles relevancia a las ideas. A las buenas ideas.

¿Cómo han reaccionado las personas a las cuales van dirigidas sus sátiras?

Nunca con indiferencia. Rara vez con humor. Siempre con indignación. Es tal vez el dolor de verse reflejados, de verse revelados en sus contradicciones. Nada puede doler más a un ser humano que lo bajen de su pedestal de idolatría y perfección. Supongo que es normal esa respuesta y que quieran defenderse. La gente con poder, por el contrario, no reacciona de ninguna de esas tres maneras. En cambio, utilizan sus hilos para presionar. Juegan a lo que saben jugar. Es decir: son ellos mismos, como siempre lo han sido.

¿Ha sido o se ha sentido amenazado por razón de sus sátiras políticas?

Nunca. Me ha impresionado la respuesta popular —y las respuestas de la gente que tiene poder—, pero siempre he sentido que puedo decir lo que puedo decir. Y eso tiene que ver, en buena parte, por el medio en que trabajo: El Espectador es el último reducto donde se puede decir lo que uno quiera, con un impacto real, siempre y cuando existan pruebas.

¿Si sintiera que están censurando, amenazando o distorsionando su sátira acudiría a la justicia colombiana o a otro tipo de justicia?

Si la están distorsionando no acudiría a ninguna autoridad. La distorsión es ya una discusión argumentativa e incluso ideológica. Cada quien verá cómo la lee y creo que sería inútil demandar a alguien porque no supo leer lo que dijimos en pantalla. Con la estupidez no se transa, pero tampoco se le da más importancia de la que merece. Si la amenazara, acudiría de entrada al director del diario, puesto que es un problema tanto del medio como mío. Si la censuraran, pondría todas las objeciones necesarias ante la dirección y pediría explicaciones. Si nada de eso funciona, daría a conocer el caso a través de una institución como la FLIP.

3. Wally³²- @MeDicenWally

Siendo una persona independiente de los medios de comunicación tradicionales ¿cómo crea y financia sus videos de humor político?

Soy abogado. En este momento mi oficio principal son las redes sociales, soy cofundador de un medio independiente llamado Voces, y el canal de YouTube me da ingresos por medio de la publicidad de Google. Trabajo solo, yo escribo los guiones, hago la investigación sobre lo que ya hay en medios nacionales, grabo y edito. Es un trabajo un poco complicado y por eso a veces la demora para subir videos.

¿Cuando hace la sátira únicamente expresa su opinión o busca información y documentos que respalden sus afirmaciones?

Expreso mi opinión. En #WallyOpina jamás se verá una “chiva” o algo que no haya estado anteriormente en circulación nacional. Mi propósito principal es entretener, el segundo es informar y dar mi opinión, también buscar que la gente elabore su propio criterio.

32. Wally, entrevistado vía correo electrónico por la autora, 15 de noviembre de 2017.

¿Cuáles son sus límites a la hora de satirizar a algún personaje político?

Mis límites son los temas personales, por ejemplo jamás me metería con los familiares de un personaje político o una relación sentimental del mismo. Cuando se trata de personajes públicos no evito ningún tema. Mis únicas limitaciones, pero más bien en general, no con personajes políticos, son los temas de carácter más delicado como por ejemplo asesinatos, porque es difícil hacer que la gente se encuentre entretenida con esto. Últimamente los abordo a manera de editorial.

¿Cómo han reaccionado las personas a las cuales van dirigidas sus sátiras?

Las que han sido protagonistas pues creo que la mayoría indiferencia. Si se ponen a hablar más de lo que se les dice terminan perdiendo ellos. A los uribistas por ejemplo, no les gusta para nada mi canal pero nunca tienen argumentos para contradecirme. A mi público les encanta y han tomado con humor y bastante apoyo todo lo que he realizado hasta el momento.

¿Ha sido o se ha sentido amenazado por razón de sus sátiras políticas?

No, afortunadamente siento que estamos en un gran momento para la libertad de expresión y en mi caso al menos, jamás me he sentido amenazado ni censurado. Más allá de los insultos normales de quienes no están de acuerdo con mis opiniones, en ningún momento he recibido una amenaza ni nada parecido.

¿Si sintiera que están censurando, amenazando o distorsionando su sátira acudiría a la justicia colombiana o a otro tipo de justicia?

Si sintiera que me están censurando definitivamente acudiría a la justicia ordinaria, pero más allá de eso a la opinión mediática, denunciaría por ejemplo con la FLIP o con periodistas lo que esté sucediendo, en fin, haría lo posible por hacer conocido el tema y la censura. Espero nunca tener que hacerlo.

Conclusiones

La libertad de expresión en Colombia hace parte del sistema de libertades básicas constitucionales y es fundamental para el debate democrático y para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Por ello goza de una presunción de favorabilidad al momento de ponderarla con otros derechos.

La libertad de expresión se divide principalmente en el derecho a la información y el derecho a opinar. Mientras que el primero debe cumplir con características de integridad, veracidad, imparcialidad, oportunidad, objetividad y comprobación; el derecho a opinar es un juicio de valor que tiene como límites la difamación o afectación del buen nombre de una persona de forma malintencionada que no aporta al debate político.

El humor político es el resultado de la intersección entre la libertad de expresión, la participación política, la manifestación social y el arte cómico en contra de los poderosos.

Bibliografía

Normas

- Constitución Política de Colombia de 1991 [vigente] (sancionada el 4 de julio). Publicada en la *Gaceta Constitucional* 114 de 1991.
- Ley 599 de 2000 (24 de julio), por la cual se expide el Código Penal de Colombia. Publicada en el *Diario Oficial* 44.097.
- Ley 16 de 1972 (30 de diciembre), por la cual se ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA. Publicada en el *Diario Oficial* 33.780 y promulgada por el Decreto 2110 de 1988.
- Ley 74 de 1968 (26 de diciembre), por la cual se ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Publicada en el *Diario Oficial* 32.682 y promulgada por el Decreto 2110 de 1988.

Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Vereinigung Bildender Künstler vs. Austria. 25 enero de 2007.

Corte Constitucional:

- T-357 de 11 de julio de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- T-277 de 12 de mayo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.
- SU-626 de 1 de octubre de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo.
- T-914 de 1 de octubre de 2014 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- T-634 de 13 de septiembre de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.
- C-301 de 25 de abril de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- C-442 de 25 de mayo de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- T-787 de 18 de agosto de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- C-673 de 28 de junio de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- SU-1723 de 12 de diciembre de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- C-475 de 25 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia:

- Radicado: 93.724, septiembre 12 de 2017. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar. Accionante: Daniel Samper Ospina. Accionado: Álvaro Uribe Vélez.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

- Radicado: 110012204000-2017-01733-00, agosto 2 de 2017. M.P.: Luis Fernando Ramírez Contreras. Accionante: Daniel Samper Ospina. Accionado: Álvaro Uribe Vélez.

Doctrina

- ACEVEDO TARAZONA, Álvaro y PINTO MALAVER, Martha Liliana. “Contienda electoral durante el Frente Nacional (1958-1974). Las caricaturas de Chapete sobre Rojas Pinilla y la ANAPO en Colombia”. HISTORELO: Revista de Historia Regional y Local Vol. 7 Núm. 13 (2015): 297-342. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=345833486010>
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARISTIZABAL, Alonso. “El Zancudo o la libertad de prensa bajo la Regeneración”. *Correo de los Andes* No. 40 (Sep.-Oct. 1986): 11-24.
- BOTERO MARINO, Catalina, Federico Guzmán Duque, Sofía Jaramillo Otoy y Salomé Gómez Upegui. *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*. Bogotá: DeJusticia, Universidad de los Andes y Open Society Foundations, 2017.

- BOTERO MARINO, Catalina, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprimny Yepes. *Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Sin N° (2000): 275-348.
- COSSIA, Lautaro. “Sobre usos y funciones de la sátira-política gráfica: Rosario (1871-1890)”. *Tema Central*. S.V. (Febrero, 2013): 10-16.
- ENRÍQUEZ, Luis. “La acción de protección de privacidad ante la vulneración de derechos mediante la caricatura y humor político en medios impresos”. *Revista Ciencia, Tecnología e Innovación*. Vol. 11, N° 12 (2015): 657-664.
- ESPINOSA, Carlos Alonso. “La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: libertad de expresión y la difusión de información administrativa”. *Revista Derecho del Estado*. N° 22 (junio de 2009): 83-128. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/480/459>
- FIGUEROA, Rodolfo. “El derecho a la privacidad en la jurisdicción de protección”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 No 3 (2013): 859 – 889.
- FISS, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*. Trad. de Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Salem Peña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- FREIRE LÓPEZ, Ana María. “La fábula como forma de la sátira política en la España de principios del siglo XIX. En: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.” *S.f. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-fbula-como-forma-de-la-stira-poltica-en-la-espa-a-de-principios-del-siglo-xix-0/html/ffcc39d0-82b1-11df-acc7-002185ce6064_5.html
- LOVERA PARMO, Domingo. “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”. *Revista de Derecho Valdivia* Vol. N° 23 (2010): 155-180, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000100007&script=sci_arttext#nb105.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. 3ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- SÁNCHEZ RUCINQUE, Federico. “¿Por qué no existe humor político en la televisión colombiana?”, tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2016 https://biblioteca.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L1Rlc2lzMjAxNjk5LzgzMDQucGRm.

- TOBÓN, Natalia. “Derecho de rectificación en Colombia”. En: Natalia Tobón s.f. <http://www.nataliatobon.com/sobre-libertad-de-expresioacuten.html>.
- UPRIMNY, Rodrigo. “Sátira, calumnia y democracia.” *El Espectador*, 22 de julio de 2017, <https://www.elespectador.com/opinion/satira-calumnia-y-democracia-columna-704386>.
- VALERO, Ana. “Libertad de expresión y sátira política: un estudio jurisprudencial”. *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*. Vol.1, No2, (marzo, 2014): 86-96.
- VALLEJO, Mary Luz. “El grito de irreverencia del *Gil Blas*.” *Revista de Estudios Sociales*. N° 38. (enero de 2011): 76-87. <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n38/n38a06.pdf>.
- WHITTINGHAM, Jessica. “Libertad de información” *Revista Derecho del Estado*, N°20 (2007): 33-48.



La efectividad
de los mecanismos
internacionales
para prevenir
el terrorismo
religioso: aciertos,
falencias y propuestas

*César Andrés
Andrade Ocampo¹*

Sumario

Introducción

I. Definición de terrorismo religioso

II. Comunidad internacional y terrorismo religioso

III. Debate jurídico penal actual sobre terrorismo

IV. El papel de la diplomacia

Bibliografía

Resumen

El aumento del terrorismo en el mundo es una gran preocupación para la comunidad internacional, sobre todo el proveniente de grupos fundamentalistas religiosos a raíz de lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001. Para prevenir este flagelo se han creado diversos mecanismos jurídicos internacionales. La Organización de las Naciones Unidas –ONU– ha hecho grandes esfuerzos para promover resoluciones y planes que tengan un efecto real. Sin embargo, la efectividad de estos mecanismos no se ha visto reflejada en la práctica y es por eso que se hace necesario un cambio en el abordaje de la problemática. Esta investigación sugiere que se implemente una estrategia diplomática, que ataque directamente el motivo fundacional de estos grupos.

Palabras Clave: Terrorismo, fundamentalismo religioso, comunidad internacional, mecanismos jurídicos internacionales, ataques terroristas, 11-S, convenios internacionales.

Abstract

The rise of terrorism in the world is a great concern for the international community, especially the one that comes from religious fundamentalist groups after September 11, 2001. For this reason, various international legal mechanisms have been created. The United Nations Organization has made great efforts to

1. Estudiante Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Ganador del primer puesto en el concurso de ensayo “Germán Cavelier”, segundo semestre de 2017. cesar.andrade@urosario.edu.co

promote resolutions with real consequences, however, they have been useless. It may be necessary to change the approach.

Keywords: *Terrorism, religious fundamentalism, international community, international legal mechanisms, terrorist attacks, 11-S, international agreements.*

Introducción

A propósito de los ataques terroristas por parte de los grupos fundamentalistas islámicos que se han presentado en Europa y el mundo en los últimos años (2017)², es pertinente hacer un análisis jurídico internacional de cómo se está dando la lucha en un marco global y por qué podría estar fracasando frente a los resultados que se esperaban. Para esto se definirán los conceptos de terrorismo —específicamente de tipo religioso—, fundamentalismo religioso y se especificarán los mecanismos del derecho internacional para prevenir el terrorismo. Una vez abordado lo anterior, se procederá a dar las discusiones pertinentes a la efectividad que han demostrado estos mecanismos para finalmente generar una propuesta para mejorar los resultados que se puedan obtener en esta lucha, así como también analizar la manera como Colombia puede contribuir teniendo en cuenta la experiencia con el terrorismo político de grupos al margen de la ley.

I. Definición de terrorismo religioso

A partir de los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono en Estados Unidos el 11 septiembre de 2001³ se empezó a escuchar con más ahínco en el mundo la palabra terrorismo. Adicionalmente a esto, como consecuencia de los ataques del 11-S, se dieron importantes pronunciamientos por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, como la aprobación de la Resolución 1373 del 28 de septiembre de 2001. Esta resolución buscaba principalmente que los Estados Miembros incluyeran

-
2. La Vanguardia. (2017), Ataques terroristas en Europa. La Vanguardia MX. Recuperado el 09/10/2017, de la URL <http://www.vanguardia.com.mx/articulo/ataques-terroristas-en-europa>
 3. El País. (2011), 11 de septiembre, el día que cambió el mundo para siempre. El País Colombia. Recuperado el 09/10/2017, de la URL <http://www.elpais.com.co/mundo/11-de-septiembre-el-dia-que-el-cambio-para-siempre.html>

medidas preventivas para combatir el terrorismo como, por ejemplo, el enjuiciamiento de los presuntos terroristas o la cooperación entre Estados para este fin⁴.

No obstante a lo anterior, el verdadero problema radica en la carencia de una definición del concepto “terrorismo” desde el punto de vista del derecho internacional que sea vinculante y obligatoria⁵, puesto que actualmente encontramos multiplicidad de definiciones, cada una diferente, según el instrumento internacional que aborde el tema⁶.

Podemos comenzar por decir que la costumbre internacional, es decir, la *opinio iuris sive*

necessitatis, ha ido fijando sus características esenciales. El Tribunal Especial para el Líbano⁷ mencionó, en primer lugar, la existencia de un acto criminal o tan siquiera la amenaza de comisión de este. También el propósito de causar terror en la población

... Esta definición entiende que el terrorismo es: [...] un método productor de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo (semi) clandestino o por agentes del Estado...

que, además, no es el objetivo final del acto terrorista sino solamente un medio de presión para que un ente nacional o internacional actúe en uno u otro sentido y finalmente, que el elemento transnacional esté presente en el acto terrorista –solamente establecido para diferenciar el terrorismo doméstico del internacional–⁸.

En ese sentido, para efectos de este ensayo, se tomará la definición de terrorismo de A.P.SCHMID, que fue escogida en razón de que comprende las tres características de terrorismo mencionadas anteriormente y, adicionalmente, tiene especificaciones útiles para tratar el terrorismo desde el fundamentalismo religioso como se propone hacer en este estudio académico.

4. MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón; “Origen y concepto del terrorismo”; Derecho internacional y terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2014; páginas 30-31.

5. Ibid., páginas 32-33.

6. OXFORD; “What is Terrorism?”; Counter-Terrorism Law and Practice; Primera Edición; Oxford; Oxford University Press; 2009; página 2-3.

7. Special Tribunal for Lebanon; “Interlocutory Decision On The Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging.” Decision in Appeals Chamber; February 16, 2011; Case No. STL-11-01/L/AC/R176bis; párrafo 85.

8. Ibid., párrafo 89 y sig.

Esta definición entiende que el terrorismo es:

[...] un método productor de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo (semi) clandestino o por agentes del Estado, por motivos idiosincráticos, criminales o políticos, en los que – a diferencia del asesinato – los blancos directos de la violencia no son los blancos principales. Las víctimas humanas inmediatas de la violencia son generalmente elegidas al azar (blancos de oportunidad) de una población, y son usadas como generadoras de un mensaje. Los procesos de comunicación basados en la amenaza – y en la violencia – entre el terrorista (la organización terrorista), las víctimas puestas en peligro y los blancos principales son usados para manipular a las audiencias blanco, convirtiéndolas en blanco de terror, blanco de demandas o blanco de atención, según que se busque primariamente su intimidación, su coerción o la propaganda⁹.

Una vez definido el concepto general de terrorismo, se debe entender que esta noción puede llegar a tener diferentes matices. Ejemplos de lo anterior son: el terrorismo de Estado¹⁰, terrorismo político¹¹, terrorismo cibernético¹² o terrorismo religioso, siendo este último el que será objeto de estudio en este trabajo de investigación.

El terrorismo religioso es aquel en que los líderes motivan a participar en actos de violencia con la promesa de una recompensa o beneficio divino¹³. La estadounidense STERN, experta en terrorismo de la Univer-

-
9. UNODC. (2017), *Terrorism Definitions*. UNODC. Recuperado el 10/10/2017, de la URL: www.unodc.org/unodc/terrorism_definitions
 10. O'DONNELL definió el "terrorismo de Estado" en dos sentidos. Inicialmente es definido como el uso indiscriminado de la intimidación y la violencia por parte de un Estado. Seguidamente, es también definido como cualquier acto por parte de un Estado que cumpla con actos internacionales o doméstico de terrorismo. En: O'DONNELL, Daniel; "International Treaties against Terrorism and the Use of Terrorism during Armed Conflict and by Armed Forces"; *International Review of the Red Cross*; 2006; Vol. 88, no. 864.
 11. O'SULLIVAN definió terrorismo político como el que surge: "cuando un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos por métodos que no solo violan o ignoran las estipulaciones del derecho nacional e internacional, sino que además espera tener éxito principalmente mediante la amenaza o uso de la violencia." En: O'SULLIVAN, Noel; "Terrorismo, ideología y revolución." Madrid; Alianza Editorial; 1987; página 21.
 12. POLLIT definió el terrorismo cibernético de la siguiente forma: "La violación premeditada, políticamente motivada contra la información, sistemas informáticos, los programas de ordenador, y los datos que se traducen en violencia contra objetivos no combatientes, por grupos sub nacionales o agentes clandestinos." En: POLLIT, Mark; "En ciberterrorismo: Una amenaza real para la paz mundial"; Tesis de Maestría; Argentina; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; 2002.
 13. STERN, Jessica; "Grievances That Give Rise to Holy War"; *Terror in the name of God*; Harper Collins Publishers; New York; 2004.

sidad de Harvard, indica en un estudio que normalmente este tipo de terror se genera en extremistas religiosos porque ellos están adoctrinados desde muy pequeños, siempre pensando en la importancia de donar sus vidas para la consecución de una guerra sagrada¹⁴.

La tesis presentada por la investigadora puede explicar, entre otros casos, el reciente atentado de las Ramblas, importante sitio turístico en Barcelona, España, donde un grupo de sujetos pertenecientes al DAESH¹⁵ arremetió en una furgoneta contra los transeúntes, dejando un saldo de trece personas muertas y más de cien heridas. Posteriormente al ataque, los presuntos terroristas murieron en una confrontación con la policía local¹⁶. Las motivaciones de este grupo se pueden explicar desde la perspectiva antes abordada, buscaban una recompensa espiritual sin importar que, una vez cometido el acto terrorista, podían llegar a morir de manera muy probable. Se entienden como personas que no actúan de una manera racional, no lo hacen buscando una retribución económica o política propiamente dicha, sino porque creen que están impulsados por una deidad que avala su accionar.

Estos grupos terroristas se mueven atendiendo principalmente dos conceptos básicos que son el pilar de su pensamiento. En primer lugar, el concepto de ideología como un compendio de creencias internalizadas en cada persona perteneciente al conjunto y, en segundo lugar, el concepto de altruismo, el cual se ve evidenciado, para este caso en particular, en que los agentes terroristas son capaces de entregar todo por dicha causa, tanto así que pueden llegar a inmolarsse en nombre de un Dios¹⁷.

La conjunción de estos dos conceptos, en últimas, lo que termina generando es una pasión por parte de los grupos religiosos que los lleva a organizarse de tal manera que su objetivo en común es hacer que toda la población mundial, considerados por ellos infieles, muera o se convierta a su misma creencia, un pensamiento fundamentalista¹⁸.

14. Ibid., página 5.

15. Acrónimo para hacer referencia al grupo terrorista: *al-Dawla al-Islamiya al-Iraq al-Sham*, por su frase en árabe. También conocido en español como Estado Islámico.

16. BBC. (2017), Lo que se sabe del ataque que dejó al menos 13 muertos y 100 heridos en Las Ramblas de Barcelona. BBC Mundo. Recuperado el 12/10/2017, de la URL <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40967320>

17. ERDELX, Jorge; "La teología del suicidio ritual"; Terrorismo Religioso; Publicaciones para el estudio científico de las religiones; Nuevo León, México; 2001; páginas 43-45.

18. STERN, Jessica; "Grievances That Give Rise to Holy War"; Terror in the name of God; Harper Collins Publishers; New York; 2004; páginas 6-7.

El fundamentalismo religioso debe ser entendido como la creencia en una sola amalgama de pensamientos religiosos que conforman una verdad inamovible y, a raíz de ese pensamiento absolutista, se quiere imponer dicha exactitud de manera categórica sobre los demás miembros de una sociedad, independientemente de su tamaño¹⁹.

De igual manera, este fundamentalismo religioso no se debe entender como algo aislado de la corriente religiosa islámica, sino que puede llegar a presentarse en cualquier otra religión. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que el desarrollo académico ha estado dirigido principalmente a este fenómeno presentado en el mundo musulmán²⁰. Tan es así que la Real Academia Española –RAE–, trae en su diccionario como acepción principal del término fundamentalismo, la siguiente: “Movimiento religioso y político de masas que pretende restaurar la pureza islámica mediante la aplicación estricta de la ley coránica a la vida social”²¹.

El surgimiento del fundamentalismo islámico tiene sus raíces históricas en hechos muy particulares, como son las incursiones por parte de otros Estados en los territorios que originalmente conformaban el Califato²² asentado en Turquía durante el siglo XIX. Inicialmente nace la teoría del integrismo islámico como respuesta de conservación de sus tradiciones, de manera tal que las invasiones presentadas no arrasaran su cultura.

Debido a estas transgresiones, nacen dos corrientes dentro del islamismo para enfrentarlas. En un primer momento y, sin mayor relevancia para este estudio, una corriente que buscaba principalmente adaptarse a la modernidad planteada por los invasores sin aceptarlos completamente. Y en un segundo momento, la corriente que da inicio con el fundamentalismo islámico, que propendía por la restauración de la tradición islámica y expulsión total de los infieles y sus posturas en contra de los postulados e interpretaciones más radicales de la religión musulmana²³.

19. ALTEMEYER, B., & HUNSBERGER, B.; “A revised religious fundamentalism scale: The short and sweet of it .” *The International Journal for the Psychology of Religion*; 2004; páginas 47-54.

20. PAIKIN, Damián; “Los orígenes del fundamentalismo islámico.”; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas; s.f. Recuperado el 12/10/2017, de la URL <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/rofe/Documentos/origenes.pdf>

21. Real Academia Española; “Diccionario de la Lengua Española: Concepto de fundamentalismo”; Real Academia Española. Recuperado el 12/10/2017, de la URL: <http://dle.rae.es/?id=IbmbRma>

22. El Califato es un sistema estatal establecido por el profeta Mahoma donde, principalmente, se busca la expansión de la religión islámica, así como sus formas políticas y culturales.

23. PAIKIN, Damián; “Los orígenes del fundamentalismo islámico.”; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas; s.f. Recuperado el 12/10/2017, de la URL: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/rofe/Documentos/origenes.pdf>

Trágicamente, lo anterior deriva en lo que hoy se conoce como grupos extremistas y/o fundamentalistas islámicos.

II. Comunidad internacional y terrorismo religioso

Una vez definidos los conceptos relevantes, se vuelve menester traer a colación las formas como la Comunidad Internacional ha intentado combatir el terrorismo. Debido a la gran cantidad de instrumentos internacionales, se escogerán los más relevantes y los que incidan directamente con una prevención de terrorismo religioso. Así las cosas, se empezará esgrimiendo los principales convenios internacionales que han abordado el tema, tanto al interior de la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, como fuera de ella. Seguidamente, se estudiarán las soluciones planteadas por la ONU en el Plan de Acción contra el Terrorismo y algunas resoluciones del Consejo de Seguridad tendientes a solventar el tema de análisis. Finalmente, se abordará el tratamiento y las discusiones actuales sobre el terrorismo desde la óptica jurídico penal, a partir de posiciones de autores reconocidos exponiendo principalmente dos posiciones contrarias.

Para este primer apartado, de convenios internacionales, se han elegido principalmente tres debido a su importancia para el tema. Estos convenios internacionales son: el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear.

El primero de los mencionados es adoptado en la AGNU, Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Resolución A/RES/52/164 del 15 de diciembre de 1997²⁴. Las motivaciones principales de la negociación de este convenio, ubicadas en la parte inicial del mismo, son las de tratar de evitar la proliferación del actuar criminal terrorista teniendo en cuenta que estos habían tenido un auge importante para ese momento. Adicionalmente la AGNU considera que la reglamentación multilateral de los Estados, para el momento de realización del

24. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo; “Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas”; Código de tratados internacionales sobre terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2009; páginas 118-131.

convenio, no era suficiente para abordar la problemática. Entre otras medidas, se resalta en este convenio las siguientes: En primer lugar, una definición puntual de diferentes conceptos que se deben entender para abordar el convenio, entre ellos instalación del Estado²⁵, instalación de infraestructura²⁶ y artefacto explosivo o mortífero²⁷. En segundo lugar, la tipificación del delito para efectos del convenio, así como su tentativa. Y en tercer lugar, un mandamiento a los Estados firmantes para que incluyan dentro su legislación diferentes conductas criminales tendientes a evitar el terrorismo.

El segundo convenio es aprobado también por la AGNU, en su resolución RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 enero del año 2000. Esta resolución es importante en la medida que es la primera en abordar, de una forma mucho más clara y específica, el financiamiento a grupos terroristas. En su parte motiva, establecida en el preámbulo, refiere que los atentados terroristas dependen mucho de la financiación que pueden obtener y, por ello, se hace importante evitarla a toda costa. De igual forma este convenio debe ser entendido como una extensión del primero, toda vez que, entendiendo la escalada del terrorismo en el mundo, decide tomar medidas precisas para evitarlo. Se recalcan, entre otras, las medidas reiterativas de tipificar como delito en las legislaciones nacionales, tipificación tal que no se dio con convenios anteriores²⁸.

El tercer y último convenio se abrió a su firma el 14 de septiembre del año 2005 y entró a regir el 7 de julio de 2007. Este convenio trató principalmente de llenar la laguna jurídica en el derecho internacional

-
25. "Se entiende toda instalación o vehículo permanente o provisional, cualquiera que sea su ubicación, utilizado u ocupado por representantes de un Estado, miembros del gobierno, el poder legislativo o el judicial, funcionarios o empleados de una entidad estatal o administrativa o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental a los efectos del desempeño de sus funciones oficiales." En *ibid.*, página 119.
 26. "Se entiende toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los abastecimientos de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones." En *ibid.*, página 119.
 27. "a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o puede causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales. b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radioactivo." En *ibid.*, página 120.
 28. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo; "Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas"; Código de tratados internacionales sobre terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2009; páginas 132-149

sobre los graves peligros que podían presentarse respecto de ataques terroristas con armas químicas. Puntualmente se mira el tema de la aprehensión y posterior extradición, que entre otras cosas es el desarrollo de uno de los postulados más antiguos del derecho internacional público: *aut dedere aut judicare*²⁹, de personas que cometan ilícitos utilizando material radioactivo. De igual forma, se especifica de manera puntual como va a ser dicho procedimiento de acuerdo a los mismos postulados del convenio³⁰.

La Organización de las Naciones Unidas también redactó un Plan de Acción Contra el Terrorismo. El mismo fue adoptado el 8 de septiembre del año 2006³¹ y es importantísimo desde el punto de vista de organizar a los Estados Miembros en una dirección puntual de lucha contra el terrorismo. El plan tiene los siguientes pilares. En primer lugar, medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo. En segundo lugar, medidas para prevenir y combatir el terrorismo. En tercer lugar, medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él. Y en cuarto lugar, medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo³².

Este plan de acción adoptado por la ONU tiene una importancia vital pues, como ya se dijo en el reciente párrafo, los Estados Miembros acordaron estratégicamente un objetivo común por vez primera, esta fue dar pasos prácticos para combatir y prevenir el terrorismo a nivel global. Como se vio en su estructura, se evidencia un gran bagaje de medidas tendientes a contrarrestar la amenaza y fortalecer la institucionalidad

-
29. Es el antecedente más remoto de la extradición. Este concepto se crea en Egipto aproximadamente en el año 1778 a.C. como consecuencia de ciertos intrusos que quedaban en territorios vecinos producto de una guerra anterior con la civilización Hitita. Inicialmente, el concepto que se manejaba era el de *aut dedere aut puneri*, que por su traducción al español significa captura y castigo, hoy en día se maneja el *aut dedere aut judicare*, por su traducción al español captura y procesamiento para el intruso.
 30. VERTIK; “Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (ciratn) de 2005 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas”; s.f. Recuperado el 14/10/2017, de la URL: [http://www.vertic.org/media/assets/nim_docs/NIM%20Tools%20\(Factsheets\)/FS11_IC SANT_SP_MAY_2013.pdf](http://www.vertic.org/media/assets/nim_docs/NIM%20Tools%20(Factsheets)/FS11_IC SANT_SP_MAY_2013.pdf)
 31. CTITF; “Estrategia global de las naciones unidas contra el terrorismo”; Oficina de lucha contra el terrorismo - equipo especial sobre la ejecución de la lucha contra el terrorismo; s.f. Recuperado el 15/10/2017, de la URL: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy#plan>
 32. MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón; “Plan de acción”; Derecho internacional y terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2014; páginas 467-476.

para coordinar mejor las actividades de la organización internacional relacionadas con este tema³³.

Sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, se han elegido especialmente dos: la Resolución 1368 dictada el 12 de septiembre de 2001 y la Resolución 1618 expedida el 4 de agosto del 2005. Se escogen estas dos principalmente para dar cuenta de la variación que ha venido presentando el Consejo de Seguridad. En la primera, al ser recientes los atentados del 11-S, el Consejo declaró que era necesario enfrentar y derrotar a los terroristas religiosos a toda costa. Cuatro años más tarde, en la segunda resolución mencionada, se denota un cambio en el lenguaje, pues se reconoce que no solo se debe luchar militarmente contra el terrorismo, sino que es necesario hacer acercamientos diplomáticos³⁴.

III. Debate jurídico penal actual sobre terrorismo

Luego de los atentados del 11-S, las instituciones penales empezaron a hablar con más fuerza sobre el terrorismo y sus regulaciones. Es en este desarrollo del debate que se generan corrientes radicales como la establecida por JAKOBS, jurista alemán y experto en derecho penal, en su teoría del Derecho Penal del Enemigo o, por su transcripción literal del alemán *feindstrafrecht*³⁵. En esta teoría se establece que se debe diferenciar entre el derecho penal aplicable a los ciudadanos y el derecho penal que se aplica a los enemigos, entendiendo a los terroristas como tales. Lo anterior trae como consecuencia limitar las garantías que puedan llegar a tener las personas consideradas como terroristas.

Contraria a la anterior tesis presentada por JAKOBS, encontramos una menos radical y crítica, expuesta por HASSEMER, líder de la Escuela de Frankfurt, quien considera que es innecesaria la expansión del derecho penal y el recorte de garantías para crimines especialmente organizados como el terrorismo. Este autor propone que se reduzca el ámbito

33. CTITF; “Estrategia global de las naciones unidas contra el terrorismo”; Oficina de lucha contra el terrorismo - equipo especial sobre la ejecución de la lucha contra el terrorismo; s.f. Recuperado el 15/10/2017, de la URL: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy#plan>

34. MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón; “Plan de acción”; Derecho internacional y terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2014; página 95.

35. JAKOBS, Gunther; “Derecho penal del enemigo; Segunda Edición; Buenos Aires; Civitas/Thomson; 2006; página 47.

de aplicación del derecho penal y se centre exclusivamente en bienes jurídicos de relevancia mayor como serían la protección de la vida, la libertad, la salud y la propiedad; manteniendo siempre la máxima cantidad de garantías en el proceso penal³⁶.

La anterior disputa teórica permite llegar a la discusión central de este trabajo académico ¿Por qué, si se han establecido tantos mecanismos internacionales para evitar el terrorismo, se siguen presentando atentados a lo largo y ancho del mundo con tanta frecuencia?

La primera respuesta que se propone como hipótesis es que estos mecanismos internacionales no siempre funcionan de la forma esperada debido a la carencia de un concepto claro, preciso y positivo de terrorismo a nivel internacional. Como se expuso en la primera parte del ensayo, a nivel normativo existe solamente una *opinio iuris* que delimita el concepto pero no lo propone estrictamente. Esto hace que los países, por más compromisos internacionales que adopten, tengan interpretaciones disímiles. Ejemplo de lo anterior, es el caso de financiamiento por parte del Estado de Irán al grupo que Estados Unidos en su informe anual sobre terrorismo realizado por el Departamento de Estado, considera terrorista. Este grupo es el Hezbola chiíta libanés³⁷. Estas zonas de penumbra y desacierto jurídico internacional, generan que, así existan los instrumentos legales para combatir el terrorismo, muchas veces se quedan sin un sustento para en efecto lograrlo.

Como segunda respuesta a la pregunta planteada, se trae la tesis de que los mecanismos internacionales, con anterioridad explicados, en muchos casos se desarrollan sin tener todo el conocimiento necesario sobre la capacidad de un Estado para prevenir el terrorismo. Así se tiene, por ejemplo, mecanismos como el Plan de Acción contra el Terroris-

... ¿Por qué, si se han establecido tantos mecanismos internacionales para evitar el terrorismo, se siguen presentando atentados a lo largo y ancho del mundo con tanta frecuencia?...

36. HASSEMER, Winfried y Muñoz Conde, Francisco; “La responsabilidad por el producto en Derecho penal”; Tirant Lo Blanch, 1995; página 41.

37. El Universal. (2017), “EU estima que Irán “es el Estado que más apoya al terrorismo”. El Universal MX. Recuperado el 16/10/2017, de la URL <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2017/07/19/eu-estima-que-iran-es-el-estado-que-mas-apoya-al-terrorismo>

mo de la ONU y, puntualmente el pilar tercero sobre medidas tendientes a aumentar la capacidad estatal para prevenir el terrorismo, que no son del todo efectivas en la realidad.

Dado lo anterior, se pueden mostrar casos de atentados en países africanos realmente graves y que los convierten en los más afectados por la oleada terrorista de los últimos años. Solamente para hacer mención de dos ejemplos, dentro de la gran cantidad de atentados ocurridos en África este año, se evidencia el realizado en Nigeria el 26 de julio por parte del grupo de tipo terrorista fundamentalista islámico *Boko Haram* que dejó un saldo de más de cincuenta personas muertas³⁸. También el atentado más mortífero de lo corrido del año, perpetrado el 14 de octubre en Mogadiscio, Somalia por parte del grupo fundamentalista islámico *Al-Shabaab* que, hasta el momento, ha dejado 327 personas como víctimas mortales³⁹.

Como tercera y última hipótesis a la pregunta planteada, se encuentra la explicación desde la idiosincrasia de los terroristas. Las herramientas jurídicas internacionales no funcionan, en parte, porque no han tenido suficientemente en cuenta el cómo surgieron estos grupos, bajo qué reivindicaciones y por qué se ha generado el incremento en los ataques desde las incursiones en sus territorios.

Bajo esta óptica, los mecanismos internacionales han tendido principalmente a penalizar conductas, generar mecanismos de prevención y fortalecimiento de las capacidades estatales para prevenirlo, dejando un poco relegada una posible solución diplomática que reivindique el motivo del surgimiento de estos grupos: la intervención de Estados Occidentales en su forma de ver el mundo, centrándose más en la lucha militar.

De esta forma, se procede a desarrollar la propuesta para que los mecanismos internacionales sean más efectivos y solucionen los problemas actuales que tiene el mundo respecto del terrorismo, teniendo en cuenta una declaración del presidente del Consejo de Seguridad, quien en el año 2013, manifestó que el terrorismo debe ser combatido por

38. El Mundo. (2017), Más de 50 muertos tras un ataque de Boko Haram contra una misión petrolera en Nigeria. El Mundo Internacional. Recuperado el 17/10/2017, de la URL: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/07/28/597a6d2e468aebf0138b4572.html>

39. El País. (2017), Somalia eleva a más de 300 los muertos por el atentado del sábado en la capital. El País Internacional. Recuperado el 17/10/2017, de la URL: https://elpais.com/internacional/2017/10/16/actualidad/1508151944_065772.html

vías diferentes a la militar o la simple aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales⁴⁰.

IV. El papel de la diplomacia

Como conclusión de este trabajo se puede decir que los instrumentos internacionales para la prevención del terrorismo han tenido muy buena intención en su creación, pero poco impacto real.

Para que su eficacia mejore, es menester tratar de comprender los fundamentos y las raíces sociológicas de los grupos fundamentalistas y esforzarse por llegar a soluciones pacíficas para evitar más víctimas inocentes en un conflicto que, de acrecentarse, presentaría un serio peligro para la existencia misma del ser humano en comunidad global.

La propuesta de este ensayo es que se requiere entablar canales diplomáticos entre los países afectados por el terrorismo y los principales grupos fundamentalistas islámicos que cometen estos crímenes.

Esta alternativa nunca se ha adoptado como mecanismo de solución de esta problemática y puede ser útil porque ataca directamente el motivo fundacional de estos grupos.

Una de las posibles concesiones que podrían hacerse es la de retirada absoluta de las tropas extranjeras en los territorios con fuerte tradición musulmana y la promesa de cumplir con los principios de derecho internacional establecidos en la Resolución 2625 de la ONU adoptada el 24 de octubre del año 1970, principalmente el de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

Un ejemplo de perseverancia y solución dialogada a un conflicto que incluye terrorismo, aunque de otro tipo, el político, es el caso del Estado colombiano con la guerrilla de las FARC. Colombia tiene muchas lecciones que enseñarle a la Comunidad Internacional sobre cómo, después

... se requiere entablar canales diplomáticos entre los países afectados por el terrorismo y los principales grupos fundamentalistas islámicos que cometen estos crímenes...

40. MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón; "Plan de acción"; Derecho internacional y terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2014; página 105.

de mucha insistencia, fue posible superar esta situación, entendiendo sus raíces y teniendo voluntad de negociación.

Bibliografía

- ALTEMEYER, B., & HUNSBERGER, B.; “A revised religious fundamentalism scale: The short and sweet of it.” *The International Journal for the Psychology of Religion*; 2004.
- BBC. (2017), Lo que se sabe del ataque que dejó al menos 13 muertos y 100 heridos en Las Ramblas de Barcelona. BBC Mundo. Recuperado el 12/10/2017, de la URL <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40967320>
- Colección de Tratados de Naciones Unidas. Conventions on Terrorism. Disponible en: www.untreaty.un.org/index.asp
- Comité contra el Terrorismo. Consejo de Seguridad. Organización de Naciones Unidas. www.un.org
- CTITF; “Estrategia global de las naciones unidas contra el terrorismo”; Oficina de lucha contra el terrorismo - equipo especial sobre la ejecución de la lucha contra el terrorismo; s.f. Recuperado el 15/10/2017, de la URL: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy#plan>
- ERDELY, Jorge; “La teología del suicidio ritual”; Terrorismo Religioso; Publicaciones para el estudio científico de las religiones; Nuevo León, México; 2001.
- HASSEMER, Winfried y Muñoz Conde, Francisco; “La responsabilidad por el producto en Derecho penal”; Tirant Lo Blanch, 1995.
- JAKOBS, Gunther; “Derecho penal del enemigo; Segunda Edición; Buenos Aires; Civitas/Thomson; 2006.
- LAQUEUR, Walter; “La guerra sin fin”; Primera Edición; Barcelona; Editorial Destino; 2003.
- LINNAN, David. “Enemy combats. terrorism, and armed conflict law”; Primera Edición; Praeger Security International; 2008.
- MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón; “Origen y concepto del terrorismo”; Derecho internacional y terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2014..
- El Mundo. (2017), Más de 50 muertos tras un ataque de Boko Haram contra una misión petrolera en Nigeria. El Mundo Internacional. Recu-

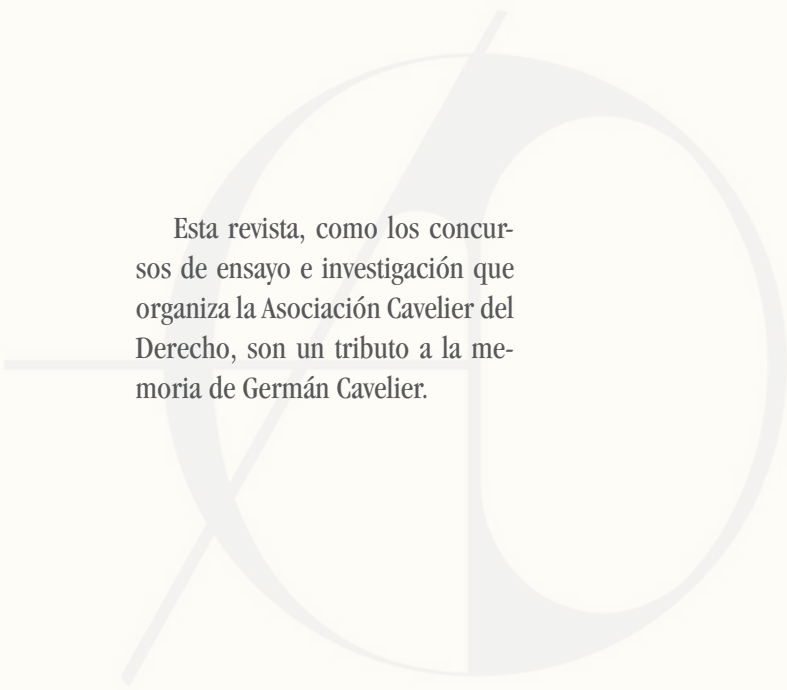
perado el 17/10/2017, de la URL: <http://www.elmundo.es/internacional/2017/07/28/597a6d2e468aebf0138b4572.html>

- O'DONNELL, Daniel; "International Treaties against Terrorism and the Use of Terrorism during Armed Conflict and by Armed Forces"; *International Review of the Red Cross*; 2006; Vol. 88, no. 864.
- OXFORD; "What is Terrorism?"; *Counter-Terrorism Law and Practice*; Primera Edición; Oxford; Oxford University Press; 2009.
- PAIKIN, Damián; "Los orígenes del fundamentalismo islámico."; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas; s.f. Recuperado el 12/10/2017, de la URL <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/rofe/Documentos/origenes.pdf>
- POLLIT, Mark; "En ciberterrorismo: Una amenaza real para la paz mundial"; Tesis de Maestría; Argentina; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; 2002.
- El País. (2017), Somalia eleva a más de 300 los muertos por el atentado del sábado en la capital. *El País Internacional*. Recuperado el 17/10/2017, de la URL: https://elpais.com/internacional/2017/10/16/actualidad/1508151944_065772.html
- El País. (2011), 11 de septiembre, el día que cambio el mundo para siempre. *El País Colombia*. Recuperado el 09/10/2017, de la URL <http://www.elpais.com.co/mundo/11-de-septiembre-el-dia-que-el-cambio-para-siempre.html>
- Real Academia Española; "Diccionario de la Lengua Española: Concepto de fundamentalismo"; Real Academia Española. Recuperado el 12/10/2017, de la URL: <http://dle.rae.es/?id=IbmbRma>
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl Eduardo; "Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas"; Código de tratados internacionales sobre terrorismo; Primera Edición; Bogotá; Universidad del Rosario; 2009.
- Special Tribunal for Lebanon; "Interlocutory Decision On The Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging." Decision in Appeals Chamber; February 16, 2011; Case No. STL-11-01/I/AC/R176.
- STERN, Jessica; "Grievances That Give Rise to Holy War"; *Terror in the name of God*; Harper Collins Publishers; New York; 2004.
- El Universal. (2017), "EU estima que Irán "es el Estado que más apoya al terrorismo". *El Universal MX*. Recuperado el 16/10/2017, de la URL

<http://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2017/07/19/eu-estima-que-iran-es-el-estado-que-mas-apoya-al-terrorismo>

- UNODC. (2017), Terrorism Definitions. UNODC. Recuperado el 10/10/2017, de la URL: www.unodc.org/unodc/terrorism_definitions
- La Vanguardia. (2017), Ataques terroristas en Europa. La Vanguardia MX. Recuperado el 09/10/2017, de la URL <http://www.vanguardia.com.mx/articulo/ataques-terroristas-en-europa>
- VERTIK; “Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (ciratn) de 2005 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas”; *s.f.* Recuperado el 14/10/2017, de la URL: [http://www.vertic.org/media/assets/nim_docs/NIM%20Tools%20\(Factsheets\)/FS11_ICSANT_SP_MAY_2013.pdf](http://www.vertic.org/media/assets/nim_docs/NIM%20Tools%20(Factsheets)/FS11_ICSANT_SP_MAY_2013.pdf)





Esta revista, como los concursos de ensayo e investigación que organiza la Asociación Cavellier del Derecho, son un tributo a la memoria de Germán Cavellier.



Germán Cavalier
Fundador de la Asociación Cavalier del Derecho y de Cavalier Abogados





ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO