



IUS ET SCIENTIA

Vol. 6 • N° 1 ▪ 2020

ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>

© Editorial Universidad de Sevilla 2020

 CC BY-NC-ND 4.0.



IUS ET SCIENTIA

2020 • Vol. 6 • N° 1 • ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA> • © Editorial Universidad de Sevilla 2020

 CC BY-NC-ND 4.0.

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES

Doctor Daniel García San José, UNIVERSIDAD DE SEVILLA
Doctor Fernando Llano Alonso, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-504, España
Doctor César Villegas Delgado, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-112, España

VOCALES

Dr. Miguel Álvarez Ortega, Universidad de Sevilla, España
Doctor Andrés Bautista Hernández, Universidad de Málaga, España
Doctor Justo Corti Varela, Universidad CEU San Pablo
Doctora Yolanda García Ruiz, Universidad de Valencia, España
Doctora Laura Gómez Abeja, Universidad de Sevilla, España
Doctora Nicole Kerschen, Université Paris Ouest, Francia
Doctora Itziar de Lecuona Ramírez, Universidad de Barcelona, España
Doctor Luis Lloredo Alix, Universidad Autónoma de Chile, Chile
Doctora Pilar Martín Ríos, Universidad de Sevilla, España
Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo, Universidad de Sevilla, España
Dr. Riccardo Perona, Universidad de Cartagena, Colombia
Doctor Rafael Vale e Reis, Universidad de Coimbra, Portugal
Dr. Michele Beniamino Zezza, Universidad de Pisa

COMITÉ ASESOR

Doctora María Isabel Torres Cazorla, Universidad de Málaga, España
Doctora Ana María Marcos del Cano, UNED
Doctor José Manuel Sánchez Patrón, Universidad de Valencia, España
Dr. Xavier Pons Rafols, Universitat de Barcelona, España
Dra. Anna M. Badia Martí, Universitat de Barcelona, España
Doctor Simone Penasa, Universidad de Trento, Italia

CONSEJO CIENTÍFICO

Doctor Manuel Becerra Ramírez, Universidad Autónoma de México, México
Dra. María Casado González, Universitat de Barcelona
Doctor Alfonso Castro Sáenz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Óscar Duque Sandoval, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia
Doctora Nuria González Martín, Universidad Autónoma de México, México
Doctor Mario Giuseppe Losano, Universidad del Piamonte Oriental, Italia
Dr. Francisco Javier Gutierrez Suárez, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia
Doctora Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Universidad de Sevilla, España
Doctor José Antonio Seoane, Universidad de A Coruña, España
Doctor João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, Universidad de Coimbra, Portugal
Doctora Viktorija Žnidaršič Skubic, Universidad de Ljubljana, Eslovenia

CONSEJO DE REVISIÓN

Dr. José Jesús Albert Márquez, Universidad de Córdoba, España
Doctor Angelo Anzalone, Universidad de Córdoba, España
Doctor Juan José Bonilla Sánchez, Universidad de Sevilla, España
Doctor Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid, España
Doctora María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá, España
Doctor José Luis Pérez Triviño, Universidad Pompeu Fabra, España
Doctor Ramón Ruiz Ruiz, Universidad de Jaén, España
Doctor Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, Universidad de Córdoba, España
Doctor Javier Zamora Bonilla, Universidad Complutense de Madrid, España

IUS ET SCIENTIA. Vol. 6, N° 1, Julio (2020)

Edita: Editorial de la Universidad de Sevilla.

© Editorial Universidad de Sevilla 2020

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/index>

Periodicidad Bianaual (Julio, diciembre)

ISSN: 2444-8478

DOI: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i01>

Maquetación: Referencias Cruzadas - referencias.maquetacion@gmail.com

 Licence Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Índice

Carta de los editores / <i>Editors' letter</i> Fernando Llano Alonso, Daniel García San José y César Villegas Delgado https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.01	5-7
Enhancing procedure of using new means of technologies in criminal proceedings / <i>Reforzando el procedimiento para el uso de nuevos medios tecnológicos en los procedimientos penales</i> Delia Magherescu https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.02	8-21
Ética, derecho y robótica / <i>Ethics, law and robotics</i> Domingo Fernández Agis https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.03	22-31
Mitigations risk of trademark rights law as credit bank guarantee / <i>La Mitigación Del Riesgo En El Derecho De Marcas Como Garantía Bancaria</i> Trisadini Prasastinah Usanti https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.04	32-41
El desarrollo sustentable como horizonte jurídico: una visión futura para el Derecho Colombiano / <i>Sustainable development as a legal horizon: a future vision for colombian law</i> Ricardo Andrés Cano Andrade* https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.05	42-54
¿Consecuencias no deseadas? La Directiva sobre las emisiones industriales y la colonialidad / <i>Unintended Consequences? The Industrial Emissions Directive and Coloniality</i> Jürgen Poesche https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2020.i01.06	55-70



IUS ET SCIENTIA

2020 • Vol. 6 • Nº 1 • ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA> • © Editorial Universidad de Sevilla 2020

 CC BY-NC-ND 4.0.

Derecho a la memoria. Hacia una ética de la memoria en la búsqueda de nuestros desaparecidos / *Right to memory. Towards an ethics of memory in the search of our disappeared*

Raúl Ruiz Canizales y Javier Rascado Pérez

<https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i01.07> 71-88

Conventional mechanism for the protection of regional languages or languages of minorities / *Mecanismo convencional para la protección de idiomas regionales o idiomas de las minorías*

Iliana Faritovna Valiullina

<https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i01.08> 89-98



Carta de los editores

EDITORS´ LETTER

Fernando Llano Alonso

llano@us.es

Daniel García San José

dagarcia@us.es

César Villegas Delgado

cvillegas@us.es

Fieles al compromiso semestral que mantenemos con nuestros lectores desde hace un lustro, presentamos el **número 1/2020** de la revista *Ius et Scientia*, que lleva por título “Derecho y sociedad en tiempos de crisis”, con el que no solamente se quiere aludir a la pandemia de la Covid-19 que desde hace unos meses está azotando al mundo y poniendo de manifiesto la vulnerabilidad del ser humano, sino también al carácter problemático y a la estructura crítica del Derecho. La ley, como fuente primigenia del Derecho, ha perdido su antigua e inexorable primacía, como advertía Francesco Carnelutti en *La crisi del diritto* (1946) y hoy, sumergidos ya en plena edad de la descodificación, asistimos –parafraseando a Natalino Irti– a una verdadera “explosión de legislaciones diversificadas en grupos sociales”.

La llegada del siglo XXI vino de la mano de los atentados contra las Torres Gemelas del World Trade Center de Manhattan (sede del comercio mundial), el terrorismo internacional, la globalización económica, el calentamiento del planeta, la superpoblación de las macrourbes, el avance imparable de la revolución de las tecnologías NBIC; todos ellos son fenómenos constatables que demuestran la veracidad de la teoría de la modernidad líquida con la que Zygmunt Bauman se refería a la compleja y mudable realidad de la sociedad contemporánea.

Sin embargo, en nuestro tiempo, la fuerza reguladora del Derecho quizás sea más necesaria que nunca, sobre todo si se tienen en cuenta los múltiples retos y dificultades a los que debe enfrentarse la humanidad en una época en la que incluso lo humano comienza a verse cuestionado por la irrupción de la Inteligencia Artificial (IA) y la robótica, las dos circunstancias que marcan por antonomasia nuestras vidas cotidianas.

A propósito de la Inteligencia Artificial jurídica y su posible utilización práctica en los procedimientos judiciales penales, publicamos en el presente número un artículo en el que su autora, Delia Magherescu, se centra en las técnicas y métodos que utilizan los órganos judiciales en la actividad de investigación de recopilación de pruebas digitales que pueden servir para la toma de decisiones en casos juzgados en materia de jurisdicción penal.

En relación con la personalidad electrónica vinculada a la robótica, publicamos, en segundo lugar, un artículo de Domingo Fernández Agis sobre Ética, Derecho y robótica en el que plantea una serie de principios ético-jurídicos que conformen un marco de protección para los robots, aunque la cuestión acerca de la condición del status jurídico de los robots como sujetos de Derecho (hipótesis que necesitaría antes admitir la presunción de que los robots pueden llegar a tener autoconciencia) resulte por ahora impensable, como han señalado recientemente en sus respectivos estudios sobre los derechos de los robots David Levy y David J. Gunkel.

A propósito de mundo de la empresa y de los negocios en los que, por cierto, la IA tiene una función cada vez más decisiva y relevante, sobre todo en el ámbito de la propiedad industrial, las patentes y marcas. A este respecto, en el tercer artículo que publicamos, su autora, Trisadini Prasastinah Usanti, trata sobre la reducción de riesgos legales y económicos sobre las garantías de certificados de marcas mediante la realización de análisis profesionales que den seguridad a los bancos como entidades de crédito.

En un mundo cada vez más globalizado y dominado por las nuevas tecnologías es perentoria la defensa de los derechos humanos y las libertades de los individuos, especialmente los de tercera generación (también denominados como “derechos humanos emergentes”) que, de acuerdo con la teoría generacional de los derechos humanos, no son de titularidad individual (como los de primera generación), ni tampoco social (como los de segunda generación), sino que conciernen a toda la humanidad y tienen como principio-guía la solidaridad. Un paradigma de los *emerging human rights* es el derecho al desarrollo que ha ido adquiriendo con el paso de los años carta de naturaleza propia en el Derecho Internacional público desde que en 1986 se adoptase por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 41/128, y en cuyo artículo 2 se consagra a la persona humana como “sujeto central del desarrollo, participante activo y principal beneficiario del derecho al desarrollo”. Precisamente sobre sostenibilidad y derecho al desarrollo en el marco jurídico de Colombia versa el artículo que publicamos en cuarto lugar, y cuyo autor es Ricardo Andrés Cano Andrade.

Al hilo del desarrollo sostenible y de la política medioambiental, publicamos, en quinto lugar, el artículo de Jürgen Poesche a propósito de la Directiva Europea sobre emisiones industriales y colonialidad, con el que la Unión Europea se desmarca de su tradicional posición de imparcialidad y se pronuncia expresamente sobre las consecuencias no deseadas que podría acarrear un desarrollo descontrolado e insensible hacia la degradación del medioambiente, pero también se abre a una perspectiva de cosmovisión en la que se integre la voz de los pueblos indígenas de aquellas regiones del planeta en las que se está produciendo la destrucción de ingentes extensiones de

masas forestales y explotando recursos naturales aún a costa de la forma de vida de los nativos que habitan en dichas regiones.

Del mismo modo que el desarrollo industrial no sostenible parece olvidarse de los pueblos indígenas, en el sexto artículo del presente número de la revista *Ius et Scientia* publicamos las consideraciones de Raúl Ruiz Canizales sobre una ética para la memoria en la búsqueda de las personas desaparecidas en México, una tarea que hasta ahora han venido desarrollando admirablemente en solitario las organizaciones civiles, que no han contado con el apoyo ni de las principales instituciones oficiales ni del gobierno de México.

En relación con la protección de la cultura de las minorías étnicas, publicamos el artículo de Iliana Faritovna Valiullina, una interesante reflexión, en la intersección del Derecho y la sociolingüística, sobre la política de protección de las minorías étnicas o regionales de la Federación Rusa.

La riqueza temática que se refleja en el presente número no queda en una simple miscelánea de artículos, sino que ofrece al lector una amplia gama de cuestiones que tienen como denominador común el estudio de la problemática actual de los derechos humanos en la era digital, una época en la que cotidianamente se pone de relieve la vulnerabilidad y la fortaleza del ser humano ante los múltiples retos que debe enfrentar y superar como individuo, como ciudadano y como miembro de la raza humana.



Enhancing procedure of using new means of technologies in criminal proceedings

REFORZANDO EL PROCEDIMIENTO PARA EL USO DE NUEVOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

Delia Magherescu

State University of Moldova
delia_magherescu@yahoo.com

Recibido: 20 de febrero de 2020 | Aceptado: 11 de mayo de 2020

ABSTRACT

The new era of technology is currently of high interest for the judicial proceedings in criminal matters. Although digital technologies have been increased in the last decades, both legislator and judicial authorities being involved in developing more and more efficient means of forensic investigation in purpose to prevent and combat the criminal phenomena, the criminal organizations are also interested in breaking such legal digital framework and achieving their own scope - a financial one. On the one hand, they are permanently interested in committing serious crimes including those in digital environment, whose consequences are one of the most dangerous crimes for the entire contemporary society. On the other hand, the law enforcement agencies are working in close cooperation with experts in digital field in order to gather information on how to improve the situation itself and investigate the criminal activities by means of digital evidence. In this context, the digitalization is an efficient tool of providing information, data and other instruments the judicial bodies need in achieving their goals in criminal proceedings. The current paper focuses on the techniques and methods that judicial bodies use in the investigation activity of gathering digital evidence that may serve in making decision in criminal cases the judicial bodies are invested with. The paper is structured in five chapters, each of them providing referential elements on the proposed topic. Its structure is designed as follows: Introduction; Aims; Methodology of Research; Achievements and failures through using new technologies; Doctrinal and jurisprudence approach, and Conclusion section, which advances a *de lege ferenda* proposal.

KEYWORDS

Criminal proceedings
Digital technology
Forensic evidence
Judicial bodies
Means of technologies

INTRODUCTION

The new era of technology and its implication in the field of criminal proceedings is so current as it is met in the field of jurisprudence. The decisions pronounced by the courts of law are now more accustomed to solutions stated in such criminal cases also solved through digital evidence and digital technologies. This means that several kinds of crimes are committed in a digital environment, as consequence of the new technologies used frequently by the perpetrators, in particular by the organized criminal groups. Their main purpose is that of achieving huge amount of money in a short period of time and using a low level of investment.

Actually, the digital technologies appear in this contest as efficient skills also preferred by the criminal groups in order for them to commit serious crimes including the organized criminal activities in digital environment. In practice, it is frequently confirmed that the criminals are concerned with digital evidence and, for this reason, they "will attempt to manipulate computer systems to avoid apprehension"¹, on the one hand. In order to avoid any repercussion in criminal investigation activity, digital investigators cannot simply rely on what is written in manuals of good practice in investigation, but additionally they must be accustomed with the specific techniques and case studies which provide "general concepts and methodologies that can be applied to new situations with some thought and research (...)", on the other hand².

All these aspects make the judicial authorities analyse the *de facto* situation and reflect upon a more comprehensive way in the field of judiciary to combat them. For this reason, a kind of "judicial competition" is featured between criminal activities of criminal organized groups and the judicial bodies, who are permanently looking for being one step ahead the criminality in purpose to discover all crimes committed³ and punish the perpetrators in accordance with their guilt⁴.

The introductory section highlights particular feature of the digital means of procedure and evidence as well as the other issues provided by scientific tools being integrated in the digital environment as well.

Usually, using new means of technology in criminal proceedings is frequently associated with digital crimes, but there are still certain offenses, such as those stated earlier, which also are investigated and judged through digital evidence.

Analyzing the procedure from a technical point of view, the legislation does not impose any limitation between serious crimes or petty offenses. As a consequence, all offenses which are committed or lead with digital context can be investigated and judged

1. Casey, E., *Digital evidence and computer crime*. Third Ed., Maryland: Elsevier, 2011, p. 10.

2. *Ibidem*.

3. Dzehtsiarou, K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, 2011, 12(10), pp. 1730-1745. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017533>

4. According to Article 6 of the European Convention of Human Rights of 1950, entered into force in 1953, Council of Europe, Cedex, Strasbourg, available online at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

by means of digital evidence. The only one requirement the legislation imposes is that they must be gathered legally and, once administered, they must be pertinent, conclusive and genuine⁵.

AIMS

The activity of research conducted on the topic of enhancing procedure of using new means of technology in criminal proceedings has identified a series of particularities over the several forms of gathering evidence by the judicial bodies and administering them in front of the court of law in cases of serious crimes including those committed in a digital context.

The digital context is currently more comprehensive in this matter and, for this reason, the aims established at the beginning the the research study were outlined in accordance with the entire used methodology of research.

In the procedure of gathering digital evidence and administering them by the judicial bodies, both during the investigation and judgment phases of penal proceedings, the main aims of the current paper are related to the following issues:

- new technologies in digital field provide the investigation bodies with more developed procedures and techniques during the criminal proceedings in order to solve the penal cases;
- legal limitations imposed by the constitutional principles in the area of guaranteeing citizens' fundamental rights and liberties also stated by the European Convention on Human Rights and the EU treaties and other provisions adopted by the EU institutions, which are compulsory by the all Member States;
- new mechanisms of investigation in criminal proceedings developed from new means of digital technologies;
- using new digital evidence in criminal proceedings as well as the special simplified procedure of investigating and judging penal cases in a reasonable time;
- analyzing the judicial activity of preventing any kind of serious crimes especially those committed in digital area;
- analyzing the storing device and digital system which contain digital traces;
- defining new terms and expressions used by both legislation and doctrine which lead to digital new means of technologies;
- establishing conclusive remarks on the procedure of using new means of technologies in criminal proceedings;

5. In practice, there were several cases in which the judicial bodies administered evidence gathered illegally by the other administrative bodies than the judicial investigative ones. In these cases, the count of law rejected them and pronounced the judicial decision exclusively based on the legal evidence administered as well: Penal Decision no. 18/ 15.02.2017 of the Iasi Court of Law, available online <http://portal.just.ro> (accessed 14.12.2019); Preliminary Penal Decision no. 31/C/ 27.09.2018 of the High Court of Cassation and Decision of Romania, available online <https://www.scj.ro> (accessed 14.12.2019).

- proposing a set of *de lege ferenda* proposals which must be taken into account by the legislator in the procedure of improving legislation in criminal matters into force.

METHODOLOGY OF RESEARCH

In reaching the proposed aims, the paper approaches a methodology of research, as pointed out below.

The current paper is based on a qualitative research study carried out on the most relevant elements the digital world provides the investigation bodies with. It is designed by a more comprehensive analysis and synthesis in a conceptual context the research paper is featured with.

In achieving the proposed aims, a mixed method of research has been used which consists in an in-depth research on the main aspects related to finding digital ways and tools of gathering digital evidence as well as approaching standardization of digital means of procedure used in criminal proceedings.

Taking into account all these aspects related above, the paper does neither use data gathered from both public institutions and private organizations, nor generate such data, due to the fact that it is not an empirical research.

Nevertheless, the paper approaches certain jurisprudence aspects in case-law pronounced in practice by the courts of law whose judicial decisions have been adopted through the use of digital evidence and scientific techniques.

Moreover, doctrine has permanently been involved in improving the issues regarding the new means of technologies and their use in criminal proceedings, both in the investigation and judgment phases. Several authors are currently involved in conducting research on this topic whose research conclusions, well-known at the international level, highlight a great value in the field. Their research results will be a conclusive basis for the current research project.

Last, but not least, infringing the parties' rights during the penal proceedings is a serious drawback which must be sanctioned by the law enforcement. The legislator must also take it into consideration in order to enhance the legal framework in accordance with both the home legislation in criminal matters and the European one, adopted by the EU institutions which is compulsory for the Member States.

ACHIEVEMENTS AND FAILURES THROUGH USING NEW TECHNOLOGIES

General background

The procedure of using new means of technologies has permanently been in both practitioners and theorists' attention who have investigated the aspects related to the criminal procedures achieved by means of new technologies. Solving penal cases having as

object crimes committed in a digital environment is the main target of the courts of law. In order for the judicial bodies to reach this goal and pronounce the legal and justified judicial decision, a set of judicial instruments has been activated. These instruments, also called as "smart technologies"⁶, are used by the investigation bodies during the investigation phase of penal proceedings, as well as by the judges during the judgment phase of penal trial.

The legal framework in this matter is structured around the provisions of Article 138-153 Code of penal procedure of Romania. The judicial instruments regarding the special measures of surveillance and investigation used in criminal matters are regulated in accordance with the presumption of innocence⁷ and the European principle of fair trial⁸. This means that ensuring the criminal proceedings must be viewed as a form of enhancing fair trial⁹.

Taking into account these provisions, the legislator has referred to the following special methods of surveillance and investigation:

- intercepting communications or any other kinds of communication at distance;
- accessing an information system;
- video/ audio/ photo surveillance;
- localizing and surveillance through technical device;
- gathering data on individuals' financial transactions;
- retaining, delivering and seizing postal correspondence;
- using undercover investigators and collaborators;
- authorized participation in certain activities;
- supervised delivery;
- gathering trafficking and localizing data processed by the contractors of public networks of electronic communications.

The use of artificial intelligence technology is at the moment a new concept and element of fair trial in court proceedings under protection of Article 6 of the European

6. Lupo, G., Velicogna, M., "Making EU justice smart? Looking into the implementation of new technologies to improve the efficiency of cross border justice services delivery", in *M. P. Rodriguez, Smart Technologies for Smart Governments*, Springer International Publishing, 2018, pp. 95-121.

7. Flynn, A., Hodgson, J., McCulloch, J., Naylor, B., "Legal aid and access to legal representation: redefining the right to a fair trial", in *Melbourn University Law Review*, 2016, 40(207), pp. 207-239; Hudson, G., "Secret hearings and the right to a fair trial", in *Canadian Human Rights Yearbook*, 2017, available online at: <https://ssrn.com/abstract=2897228> (accessed on 31.01.202).

8. Heikkinen, T. H., "How does the use of artificial intelligence affect the concept of fair trial?", 2019. Available online at: <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/8980709> (accessed on 01.02.2020); Dimovski, D., Pesic, P., "Ude of evidence obtained in breach of the Convention Rights as a violation of the rights to a fair trial", *Facta Universitatis, Law and Politics*, 2017, 15(3), pp. 181-190. <https://doi.org/10.22190/FULP1703181D>

9. Gless, S., Richter, T., "Do exclusionary rules ensure a fair trial? A comparative perspective on evidentiary rules", *Cham: Springer*, 2019, pp. 17-24.

Convention on Human Rights¹⁰. The Court also protects the parties' rights during the criminal proceedings, for all categories of serious crimes, including those committed in a digital context¹¹.

Constitutional prevalence in criminal proceedings

The activities conducted during the investigation phase of penal proceedings are set up in accordance with the juridical architecture of the entire legal principles which feature them. For this reason, speaking and analyzing the constitutional principles appear as a well-required element for the justice in criminal matters, whose inobservance would conclude in rejecting investigation activity by the court of law.

All actions ordered and carried out in the field of criminal matters are regulated and practiced in accordance with the principle of respecting the individual's private life and its integrity both physical and its property, as the principle is regulated by the constitutional provisions¹². Even if certain judicial actions are carried out through infringing the individual's private life, they are more accustomed to the idea of respecting the other principles the legislation into force also regulates in the matter of investigating and solving penal cases through genuine evidence, gathered by the judicial bodies under legality condition.

It is considered that any interference of the judiciary in the private life of individuals is necessary as long time as it respects their both procedural and constitutional rights. Actually, in this matter, only a limitation of their constitutional rights operates with the authorization ordered by the judge.

In this legal framework, some defining terms and expressions used by the judicial bodies are explained in purpose to prevent encroachments in the individual's private life. For this reason, intercepting communications is considered as being accessing, supervising, gathering and recording phone communications or any other activity carried out through a digital system or another mean of communication.

10. *Ibidem*.

11. Regarding the Case of Bucur and Toma c. Romania, the ECtHR stated that "In the case of a 'whistle-blower' who had revealed unlawful secret surveillance, the Court considered that civil society was directly affected by the information disclosed, for anybody could have his or her telephone tapped. Furthermore, this information being connected to abuses committed by high-ranking officials and affecting the democratic foundations of the State, those were very important issues which were matter for political debate, and which the public had a legitimate interest in being told about", in European Court of Human Rights. Research Division, National Security and European case-law, 2013, available online at: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_ENG.pdf (accessed on 22.01.2020).

12. Article 26 of the Constitution of Romania, republished in the Official Journal of Romania, no. 669 of 22 September 2003. Alonzi, F., „L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: repartire dalla Costituzione”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5(3), pp. 1421-1448. Available online <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/11> (accessed 20.12.2019).

Doctrine has stated that "To minimize the problems (...) the admission of illegally obtained evidence should only be considered if other interests such as the accused's individual rights do not disproportionately outweigh the public interest in fighting crime"¹³.

The judicial system in criminal matters of Romania has also been involved in serious problems occurred through the use of illegal means of gathering evidence by another state body than the investigation one. In this case, the judge of preliminary court has stated¹⁴ that the defendants have been sent to trial of having committed the organized crime activities, incriminated by Article 367 (1) and (2) Penal Code of Romania. The *criminal activity* has consisted in trafficking in human beings, provided by Article 211 (1) and (2) Penal Code, and trafficking in persons by Article 210 (1/a and 1/b) Penal Code. The defendants invoked the exception of indictment illegality, arguing that "it is illegal from the point of view of the incriminated crimes provided by the prosecutor, as well as its conformity with the procedural acts carried out during the investigation phase"¹⁵. Regarding the illegality of administered evidence in the penal case, the defendant also required to the preliminary court's judge to give the case back to the investigation phase of penal proceedings, on the one hand, and order the nullity of communications interception reports, on the other hand. In accordance with these requirements, the defendant has argued that the procedure activities of investigation were carried out by the Romanian Services of Intelligence, and, for this reason, the legal judicial sanction which must be applied is the nullity, as stated by the Constitutional Court of Romania in Decision no. 51 of 2016¹⁶.

From a procedural point of view, the investigation activity including the defendant's surveillance by digital means and intercepting communications can also be ordered by the judge, but in the penal case they have been carried out by another state body than the investigation one¹⁷. This means that the evidence gathered through means of technology are null absolutely and must imperatively be removed from the penal case.

The penal procedure is featured by principle of legality and faithful of administering evidence during the investigation phase, which concludes in the sanction of nullity of those evidence gathered illegally. As a consequence, the reports of technical surveillance are declared under the provisions of the Constitutional Court decision concerning the procedural acts carried out by another state body than the investigation one. In this

13. Macula, L., „The potential to secure a fair trial through evidence exclusion: A Swiss perspective”, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 74, in Gless, S., Richter, T., „Do exclusionary rules ensure a fair trial?” A comparative perspective on evidentiary rules, *op. cit.*, p. 39.

14. Iasi Court of Law, Penal Decision no. 18 of 15 February 2017, available online at: <http://portal.just.ro> (accessed on 18 September 2019).

15. *Ibidem*.

16. Constitutional Court Decision no. 51 of 2016 regarding the exception of unconstitutionality of Article 142 (1) Code of penal procedure of Romania, published in the Official Journal no. 190 of 14 March 2016.

17. Magherescu, D., „Using new means of technology during the penal proceedings in Romania”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2019, 5(3), pp. 1189-1217. <http://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>

case, the preliminary court judge has stated that “the defendant indicated in concrete neither the material act of illegal interception, nor the kind of nullity which would affect the reports of communications interception, as provided by Decision no. 51 of 2016 of the Constitutional Court of Romania, they are prevailed of”¹⁸.

In accordance with the provisions stated by the Constitutional Court of Romania, which declare unconstitutionality of Article 142 (1) Code of penal procedure of Romania, the judicial activity of investigation in criminal cases, including defendant’s technical surveillance, may exclusively be carried out by the judicial bodies, especially designed by Article 142 thereof. They refer to the specialized investigation bodies.

Moreover, from a constitutional point of view, the Decision no. 51 of 2016 of the Constitutional Court of Romania has admitted the exception of unconstitutionality¹⁹ and stated that the expression „ either... or by the other specialized bodies of state...” regulated by Article 142 (1) Code of penal procedure of Romania is unconstitutional.

Taking into account this provision of the Constitutional Court, it is obviously that in the penal cases in which judicial bodies administered digital evidence gathered by the other state specialized bodies, the legal provisions on carrying out technical surveillance measures were infringed, because these activities have been achieved by an administrative body which does not have competence in carrying out activity of penal investigation. For this reason, the legal provisions on material competence in criminal matters were infringed, as argued above.

Infringing the rules of penal procedure which regulate the material competence in cases of carrying out the technical surveillance measures ordered by the judge is sanctioned with the absolute nullity. Thus, in conformity with the Constitutional Court Decision no. 302 of 2017²⁰, the nonobservance of provisions of the investigation body’s capacity is sanctioned with the absolute nullity, its effects being regulated by Article 281 Code of penal procedure of Romania.

Terminological view

The evolution of judicial activities, carried out in digital environment, has imposed the use of new collocations, came to meet the science and technical progress currently at a high interest in criminal matters, especially in serious cases, investigated by means of

18. Iasi Court of Law, Penal Decision no. 18 of 15 February 2017, available online at: <http://portal.just.ro> (accessed on 18 September 2019).

19. Constitutional Court Decision no. 51 of 16 February 2016, published in the Official Journal of Romania no. 190 of 14 March 2016.

20. The Constitutional Court of Romania has admitted the exception of unconstitutionality on the provisions of Article 281 (1/ b) Code of penal procedure of Romania which regulate the material and personal competence of the courts of law in criminal matters. The Court has motivated that “the legislative solution regulated by Article 281 (1/ b) thereof which does not regulate the absolute nullity for the procedure of infringing provisions regarding the material and personal competence of the investigation bodies is unconstitutional”. See in this matter, The Constitutional Court Decision no. 302 of 2017, published in the Official Journal of Romania no. 566 of 17 July 2017.

forensic science²¹. Thus, it is appreciated that "efficiency of the investigations carried out by the judicial bodies depends very frequently on the investigative techniques they are featured with"²².

For a better understanding the "language" of new technologies, used in penal cases, both legislator and doctrine have had an important contribution. Their attention were focused on terms and expressions as 'new entry' in the field of forensic investigation of particular cases of crimes, especially serious ones. In this context, a new era of digital technology has been opened, and a new technological approach of phenomenon has been arisen. Moreover, the available definitions are those stated by doctrine and legislation in criminal matters, most of them being related to digital system, digital evidence, digital data, forensic investigation, cybercrime, a.s.o.²³.

From terminological point of view, accessing digital system is commonly defined as penetrating a digital system or a mean of stoking digital data, either direct or at a distance, through specializing programs or network in purpose to identify evidence²⁴.

In both cases, a digital system that can be accessed by the judicial bodies during penal proceedings is a device or many ones connected each other which assure processing data automatically by using a digital program, as it is regulated by Article 138 (4) Code of penal procedure of Romania.

Digital data is also a new item used in criminal matters, which helps the judicial bodies in gathering digital evidence necessary for solving penal cases. They refer to the facts, information or concepts provided under an appropriate form of processing in a digital system, including a program able to determine drawing up a function by a digital system²⁵.

In the field of forensic investigation, the judicial situation is more particularly connected to the judicial bodies' activity, achieved under principle of efficiency and rapidity in gathering forensic evidence. They are frequently confronted with serious traps due to the fact that, most of the time, the criminals are accustomed to digital environment too²⁶.

Moreover, the concept of forensic investigation leads with forensic evidence, which means by law those evidence gathered by the forensic investigation bodies from the crime scene, analyzed and investigated scientifically through means provided in criminal matters. Doctrine has pointed out that the evidence have a double feature, which mean an instrument of knowledge, on the one hand, and they conclude in the existence or

21. Stancu, E., *Tratat de criminalistica*, Bucharest: Actami Publishing House, 2001.

22. Covalciuc, I., „Noi tehnici de investigatie: prevederi normative si posibilitati practice”, *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, 2019, 4, p. 67.

23. *Ibidem*.

24. Gehl, R., Plecas, D., *Introduction to criminal investigation: processes, practices and thinking*, New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2016, pp. 151-152.

25. According to Article 138 (5) Code of penal procedure of Romania, adopted by Law no. 135 of 2010 published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force from 1 February 2014.

26. Casey, E., *op. cit.*, pp. 10-13.

inexistence of crime, on the other hand²⁷. Generally speaking, the forensic evidence are defined as extra-procedural entities, which refer to the criminal action and perpetrator, suspected of having committed a crime, whose administration during the criminal proceedings, either in the investigation phase or in judgment phase, assert them a procedural character²⁸.

Last but not least, the encroachments in the individual's private life is also related to the issue of personal data protection in criminal proceedings²⁹, especially when using them as investigation material and pre-constitutional probative accusation³⁰. This argument is based prevalently on the idea of an inseparable relation between the constitutional provisions and the penal procedure ones³¹.

The digital environment of a person is also under protection of both the constitutional and procedural principles, which state that the law guarantees the person's inviolability of domicile and its online activity, as private one. In this regard, the law enforcement agencies have to consider the persons' private activities carried out either at home and in digital context. Otherwise, they can be infringed and some encroachments are allowed by the judge in particular cases expressly regulated by the Code of penal procedure.

DOCTRINAL AND JURISPRUDENCE APPROACH

The main discussion of the current paper is focused around the idea of the efficiency of new means of technologies, used in criminal proceedings in order to prevent any kind of criminality, including serious crimes³², from homicides to trafficking, from corruption to terrorism. At present, digital forensic science has reached a high level of development, a "profession and scientific discipline has its roots in the efforts of law enforcement to address the growth in computer-related crime"³³.

From a theoretical point of view, the influence of new technologies in criminal proceedings is highly approached by doctrine. It is considered as being a core relation be-

27. Covalciuc, I., *op. cit.*, p. 71.

28. *Ibidem*.

29. González Cano, I., „Cesión y tratamientos de datos personales en el proceso penal. Avances y retos inmediatos de la Directiva (UE) 2016/680”, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5(3), pp. 1331-1384. <https://doi.org/10.221.97/rbdpp.v5i3.279>

30. *Ibidem*.

31. Alonzi, F., *op. cit.*, pp. 1422-1425.

32. Mastronardi, V., Neri, G., „Serial murders: Criminological profiles”, in *Rivista di Psicopatologia Forense, Medicina Legale, Criminologia*, 2017, 22, pp. 22-26; Swig, D. L., *Domestic violence response: video recording initial statements to increase prosecution rates*, West Sacramento, 2010, p. 4.

33. Casey, E., *Digital evidence and computer crime*, *op. cit.*, p. 10. In the last decade, the law enforcement officials of the USA started working in close cooperation in purpose to enhance their professional activity and institutional capacity to deal with particular cases. It consists in training courses and programs organized in centers and institutes of research, most frequent used being the Federal Law Enforcement Center and National White Collar Crime Center.

tween the digital evidence and computer crime³⁴, even if it is not limited to the last one. Actually, more crimes could be committed in a digital context, including banking area, child pornography on computer a.s.o., which particularly mean the involvement of forensic science, computers and the internet³⁵.

In practice, the techniques and methods used in order to gather evidence is discussed under principle of certainty. In this regard, it has been appreciated that "In Forensic Science, *certainty* is a word that is used with great care. We cannot be certain of that occurred at a crime scene when we only have a limited amount of information. Therefore, we can generally only present possibilities based on the limited amount of information"³⁶. In this context, doctrine advances the idea of increasing awareness of digital evidence.

On the large number of criminal phenomena, particular attention being paid on the serious forms of criminality and organized crimes committed in a transnational feature³⁷, the law enforcement has reacted in finding new legal ways more efficient to combat them. Enhancing procedure of using new means of technologies in criminal proceedings has transcended in an imperative tool of achieving justice in criminal matters. This is because the criminal cases investigated and judged by the judicial bodies are solved in a spread area, which involves not just classical judicial instruments, but more comprehensive ones.

From a practical point of view, it is of high interest how digital data is transposed in a material evidence as well as how judicial bodies must provide the original digital evidence. The first issue comes to analyse digital evidence in technical manner, while the second in an organizational one. In fact, by printing digital data, very important information on the circumstances the crime was committed in will be lost. The procedure involves especially metadata which will be displayed from folder.

From a formal point of view, the information contained through digital evidence will also be lost, due to the fact that the code provided by folder depends on the IT program and its version the forensic experts use in gathering such data. In this context, it is well-known that printing a digital data is not equivalent with the original pattern.

Doctrine has discussed about the procedure of recognizing the quality of document for a private person's correspondence which may be used during the penal proceedings as an evidence³⁸. It is provided in accordance with Article 198 Code of penal procedure. Instead, there is no legal provision to regulate how judicial bodies can administer the evidence on digital correspondence of a person³⁹.

34. Casey, E., Digital evidence and computer crime, *op. cit.*, pp. 10-13.

35. *Ibidem*.

36. *Idem*, p. 14.

37. Magherescu, D., „Particularities of the forensic science investigation of transnational serious crimes”, in *Ius et Scientia*, 2019, 5(2), pp. 55-75. <http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2019.i02.04>

38. Suian, M., „Unele probleme privind folosirea probelor digitale in procesul penal”, in *Doctrina si Jurisprudenta*, 2019, 1, pp. 134-141.

39. *Ibidem*.

Jurisprudentially speaking, the procedure of administering evidence of printing e-mail messages sent and/ or received by a person is frequently met in practice. Nevertheless, parties do not take into account the cases in which such method of printing digital evidence does not preserve the evidence entirely. It is more an abstractization of a real evidence administered through a method which permits parties to prove what exactly has been sent or received in a digital context. For this reason, the other parties involved in criminal proceedings can require the judge to either administer a counter evidence or remove it.

Although there is no an imperative provision regulated in this matter by the Code of penal procedure of Romania, the jurisprudence is so confident with the procedure of transposing digital evidence in a printing form, more specifically once the new Code of penal procedure of Romania entered into force on the 1st of January 2014⁴⁰.

CONCLUSION

Using the methodology of research which fits better with the topic proposed by the current paper on enhancing procedure of using new means of technologies in criminal proceedings, the aspects provided have been analyzed and discussed in such a manner to achieve the objectives stated in the the beginning of research. The conclusive section highlights the most appropriate results that have been gathered during the research study. They point out that the most recent digital means of technologies used by the investigation bodies during the judicial activity are so necessary in a spread area of digital criminal environment.

The current research concludes that the legislation in criminal procedure law into force has a series of lacks whose improvement is necessary in order for the judicial bodies to achieve the goals of their both investigation and judgment activities. In this matter, the legislation must be amended as much as possible in accordance with the European one, due to the Romania's status as a Member State of the European Union.

At present, using new means of technologies, including digital and forensic ones, has produced consequences in the field of enhancing process of solving criminal cases.

De Lege Ferenda Proposal

In accordance with the conclusions pointed out above, the remarks must be followed by a *de lege ferenda* proposal, whose solutions could be taken into consideration by the legislator in the legislative process of improving the legal framework in criminal matters, in particular referring to the criminal cases which are investigated and solved through digital evidence.

40. Law no. 135 of 2010 on the Code of penal procedure of Romania, published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force from 1 February 2014.

Using new means of gathering digital evidence, in digital environment, is an efficient activity the judicial bodies are looking for improving it in order to achieve the best results in their activity of investigation in such a way to diminish or destroy criminal groups, which commit digital crimes.

Moreover, the current legislation in criminal matters must be modified in conformity with the social changes and technological ones too. Developing technology in the 21st century has created premises for the virtual world, which has the merit of transposing real actions through the information technology systems.

Despite these features, the law is sometimes outdated of digital evidence and practical solutions in this area as well as of the future issues. They are more subordinated to the principle of legality in the field of administering digital evidence, and investigating the crime scene in a digital context.

Acknowledgement

I would like to express my thanks to the *Ius et Scientia's* Editorial Board and anonymous reviewers who accepted my article for publication in the next issue of journal. It is the result of my own research work, carried out during one year-period, started in the beginning of 2019. There is no financial source provided for its publishing process.

Conflict of interest

There is no conflict of interest related to the paper published.

BIBLIOGRAPHY

- Alonzi, F., L'escalation dei mezzi di intrusione nella sfera privata: repartire dalla Costituzione, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5(3), pp. 1421-1448. Available online <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/11> (accessed 20.12.2019)
- Casey, E., *Digital evidence and computer crime*. Third Ed., Elsevier, Maryland, 2011.
- Code of penal procedure of Romania, adopted by Law no. 135 of 2010 published in the Official Journal of Romania no. 486 of 15 July 2010, into force from 1 February 2014.
- Constitution of Romania, republished in the Official Journal of Romania, no. 669 of 22 September 2003.
- Constitutional Court Decision no. 51 of 16 February 2016, published in the Official Journal of Romania no. 190 of 14 March 2016.
- Covalciuc, I., Noi tehnici de investigatie: prevederi normative si posibilitati practice, *Revista de Criminologie, Criminalistica si Penologie*, 2019 (4), pp. 67-74.
- Dimovski, D., Pesic, P., Use of evidence obtained in breach of the Convention Rights as a violation of the rights to a fair trial, *Facta Universitatis, Law and Politics*, 2017, 15(3), pp. 181-190. <https://doi.org/10.22190/FULP1703181D>

- Dzehtsiarou, K., European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal*, 2011, 12(10), pp. 1730-1745. <https://doi.org/10.1017/S2071832200017533>
- European Convention on Human Rights of 1950, entered into force in 1953, Council of Europe, Cedex, Strasbourg, available online at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (accessed on 02.11.2019)
- European Court of Human Rights. Research Division, National Security and European case-law, 2013, available online at: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_ENG.pdf (accessed on 22.01.2020)
- Flynn, A., Hodgson, J., McCulloch, J., Naylor, B., Legal aid and access to legal representation: re-defining the right to a fair trial, *Melbourn University Law Review*, 2016, 40(207), pp. 207-239.
- Gehl, R., Plecas, D., Introduction to criminal investigation: processes, practices and thinking, Justice Institute of British Columbia, New Westminster, 2016.
- Gless, S., Richter, T., Do exclusionary rules ensure a fair trial? A comparative perspective on evidentiary rules, Springer, Cham, 2019.
- González Cano, I., Cesión y tratamientos de datos personales en el proceso penal. Avances y retos inmediatos de la Directiva (UE) 2016/680, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5(3), pp. 1331-1384. <https://doi.org/10.221.97/rbdpp.v5i3.279>
- Heikkinen, T. H., How does the use of artificial intelligence affect the concept of fair trial?, 2019. Available online at: <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/8980709> (accessed on 01.02.2019)
- Hudson, G., Secret hearings and the right to a fair trial, *Canadian Human Rights Yearbook*, 2017, available online at: <https://ssrn.com/abstract=2897228> (accessed on 31.01.2020)
- Lupo, G., Velicogna, M., Making EU justice smart? Looking into the implementation of new technologies to improve the efficiency of cross border justice services delivery, in M. P. Rodriguez, *Smart Technologies for Smart Governments*, Springer International Publishing, 2018, pp. 95-121.
- Macula, L., The potential to secure a fair trial through evidence exclusion: A Swiss perspective, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, Springer, 2019, vol. 74.
- Magherescu, D., Particularities of the forensic science investigation of transnational serious crimes, *Ius et Scientia*, 2019, 5(2), pp. 55-75. <http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2019.i02.04>
- Magherescu, D., Using new means of technology during the penal proceedings in Romania, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, 2019, 5(3), pp. 1189-1217. <http://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.250>
- Mastronardi, V., Neri, G., Serial murders: Criminological profiles, *Rivista di Psicopatologia Forense, Medicina Legale, Criminologia*, 2017, vol. 22, pp. 22-26.
- Penal Decision no. 18 of 15 February 2017 of the Iasi Court of Law, available online <http://portal.just.ro> (accessed 14.09.2019)
- Preliminary Penal Decision no. 31/C/ 27.09.2018 of the High Court of Cassation and Decision of Romania, available online <https://www.scj.ro> (accessed 14.12.2019)
- Stancu, E., *Tratat de criminalistica*, Actami Publishing House, Bucharest, 2001.
- Suian, M., Unele probleme privind folosirea probelor digitale in procesul penal, *Doctrina si Jurisprudenta*, 2019, 1, pp. 134-141.
- Swig, D. L., *Domestic violence response: video recording initial statements to increase prosecution rates*, West Sacramento, 2010.



Ética, derecho y robótica*

ETHICS, LAW AND ROBOTICS

Domingo Fernández Agis

Universidad de La Laguna

dferagi@ull.edu.es  0000-0002-0702-1125

Recibido: 27 de marzo de 2020 | Aceptado: 25 de mayo de 2020

RESUMEN

Los principios éticos en los que habrían de basarse los preceptos legales que han de ser adoptados en el ámbito de la robótica, tal y como se plantean desde Asimov, tienen siempre como fundamento la protección de los humanos frente a los robots. Sin embargo, el desarrollo de la robótica ha de llevarnos a plantearnos también los principios éticos y las normas jurídicas que han de constituir el marco de protección de los propios robots. Esto ha dejado de pertenecer ya al ámbito de la ciencia ficción.

ABSTRACT

The ethical principles on which the legal precepts to be adopted in the field of robotics should be based, as proposed by Asimov, are always based on the protection of humans against robots. However, the development of robotics must also lead us to consider the ethical principles and legal norms that must constitute the framework for the protection of robots themselves. This is no longer in the realm of science fiction.

PALABRAS CLAVE

Ética
Derecho
Robótica

KEYWORDS

Ethics
Law
Robotics

* Las investigaciones conducentes a la elaboración de este trabajo forman parte del Proyecto de investigación, "PRAXEOLOGÍA DE LA CULTURA CIENTÍFICA" (FFI2017-82217-C2-1-P).

Es indudable que el desarrollo histórico de la tecnología se ha acometido partiendo de la base del imperativo humano de lograr un dominio sobre la naturaleza. Sin embargo, ha conducido al punto de hacer emerger el descontrol sobre la propia evolución de la tecnología. Por otra parte, no resulta menos paradójico que el desarrollo tecnológico haya conducido a un control progresivo de la tecnología sobre el ser humano. Una de las consecuencias de ello ha sido la creación de un orden social que favorece el aislamiento humano. Es bien cierto que “hoy en día, el orden significa falta de contacto”¹, como nos decía Richard Sennet en su obra *Carne y piedra*.

No deja de sorprender tal resultado, sobre todo teniendo en cuenta que las expectativas generadas por las tecnologías y en particular por las TIC, apuntaban en la dirección contraria. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar analizando la polisemia que amparó la aplicación generalizada del concepto de *programa*. Este concepto se usó con entusiasmo en una época en la que los ordenadores personales empezaban su conquista del mundo. La economía y la administración, tanto pública como doméstica, se rendían ante ellos. Bajo tal cobertura, dicho concepto penetró en todos los dominios, desde la biología a la ingeniería industrial. Lo que sucedió después fue que su uso generalizado produjo un déficit de significación, en lugar de provocar un incremento de la misma.

Otro ejemplo lo encontramos en las tecnologías de aplicación bélica. En ese ámbito, tras la ancestral invención de la pólvora y la relativamente reciente de la bomba atómica, las armas autónomas son la tercera revolución en el mundo del armamento. Basadas en la robótica y la inteligencia artificial, estas armas pueden actuar de forma autónoma, eligiendo objetivos y atacándolos según sus propias secuencias de razonamiento y procesos de decisión.

De forma análoga, podríamos hablar de la ciberguerra, cuya realidad nos dice mucho acerca de los errores de apreciación del poder tecnológico, pues provoca tantos daños materiales y víctimas humanas como la guerra convencional y sin embargo, aún es mayoritariamente considerada como si fuese tan inocua como un videojuego y sus combatientes no suelen ser juzgados con más severidad que como se haría si fueran sólo unos chicos traviesos. Por lo demás, es importante que tengamos asimismo en cuenta que detrás de las ciberguerras actuales no sólo están las malintencionadas actuaciones humanas sino también el uso de robots.

Todos estos ejemplos apelan a valiosos indicativos de la recepción social de las tecnologías. Dado el objetivo que perseguimos en este trabajo, prestar la debida atención a la inteligencia artificial resulta imprescindible. Diversos factores han incidido de forma decisiva en el desarrollo de la inteligencia artificial. Entre ellos merecen ser puestos de relieve la creciente complejidad de los algoritmos y el aumento de la potencia de cálculo de los ordenadores. En todo caso, su evolución nos ha colocado ante una creciente exigencia ética de responsabilidad en las tareas de

1. SENNET, R., *Carne y piedra. El cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*, Madrid, Alianza, 1997, p. 23.

investigación. Ésta se hace aún más palpable cuando pensamos en el desarrollo de las armas autónomas, en particular drones y robots, cuyas condiciones de fabricación y uso están siendo objeto de atención en los últimos tiempos por parte de organismos transnacionales como la ONU. En este plano, ha de establecerse el nivel de control que los humanos han de tener sobre los robots, lo que conlleva asimismo plantear qué grado de autonomía decisional es admisible en su funcionamiento. En tal sentido, según la confianza que se tenga en la máquina, puede considerarse la hipótesis de una autonomía total del robot o, por el contrario, plantearse con rigor y seriedad el establecimiento de unos límites mínimos de control sobre el mismo.

Otros aspectos de indudable importancia son los que tienen que ver con la protección de la vida privada, cada vez más amenazada por la proliferación de procedimientos técnicos para obtener y hacer uso de informaciones que afectan a la privacidad de las personas. De igual forma se relacionan con ello diversos aspectos que incumben a la dignidad humana y que apelan a la relación que puede o debe existir entre humanos y robots. No es impensable, en tal sentido, que pueda llegar a darse una relación entre humanos y robots, más íntima que la que se da usualmente entre humanos. Esto ha de llevarnos también a plantearnos la cuestión del estatuto social y jurídico del robot en la sociedad. Desde esta perspectiva hemos de reflexionar sobre los procedimientos de diseño de los robots así como acerca de la ética que ha de regir su funcionamiento. Hemos de preguntarnos, pues, en base a qué presupuestos éticos ha de construirse y programarse al robot.

Para abordar todo ello desde una base adecuada, tenemos que interrogarnos acerca de si es la modernidad científica un bloque epistémico monolítico, como es frecuente creer. Es cierto que el espíritu de la modernidad unificó muchos elementos que hasta el Renacimiento habían permanecido en espacios separados. Sin embargo, la modernidad científica encierra ya desde su mismo origen una gran heterogeneidad. Un punto de interconexión surge con el concepto de *ecología*, introducido en el siglo XIX por Ernst Haeckel. Unidad deseable y no culminada pues, pese a las evidencias que marcan su pertinencia y necesidad, aún hay mucha polémica en torno a las formas consecuentes de su aplicación. En el momento en que tal concepto sea universalmente aceptado, con todo lo que ello implica, la modernidad habrá alcanzado uno de sus más encomiables objetivos. Sin embargo, se suele identificar la modernidad con destrucción sistemática del medio natural. De ello se hace especialmente responsable al desarrollo tecnológico. En cualquier caso, no deberíamos olvidar que desde muy atrás en el tiempo nos ha resultado más fácil pensar la naturaleza como una realidad opuesta a lo humano. Es más difícil, aunque ello sea absolutamente necesario, pensar la naturaleza a partir de la idea de coevolución de lo humano y lo natural. De la misma forma que en el futuro se hablará de la coevolución de humanos y robots. En cualquier caso, deberíamos tener siempre presente que, como expresó Xavier Bichat en su obra, *Recherches*

physiologiques sur la vie et sur la mort, “la vida es el conjunto de las funciones que resisten a la muerte”².

Otras cuestiones correlacionadas con lo que estamos planteando son las que abordó Roberto Esposito en su obra, *Tercera persona*. Nos dice allí que, “según la doctrina clásica del derecho civil, el cuerpo humano no es jurídicamente confundible con la cosa. Punto de partida de esta distinción sigue siendo la *Summa divisio* romana entre *personae* y *res*: sólo de estas últimas pueden apropiarse las primeras”³. Se trata de distinciones que han ejercido una influencia histórica más que considerable. Exponiendo algunos importantes detalles correlacionados con ellas, nos dice este autor que “el mismo derecho que separa al cuerpo humano de la cosa abre más de un pasaje entre los dos ámbitos así definidos – en primer lugar, al reconocer entidades que, aun sin ser cosas, tampoco cabe calificar como personas. Basta con pensar en el estatus incierto de embriones, gametos, óvulos y también fetos abortados, que se asimilan a desechos hospitalarios, y en los cadáveres”⁴.

Asimismo, en su obra titulada *Categorías de lo impolítico*, comentando las ideas de Carl Schmitt sobre la técnica, afirma Esposito que “la técnica, como pura neutralidad, queda en pleno señorío de las fuerzas que la gestionan. Es esta absoluta disponibilidad lo que la vuelve absolutamente apolítica; más aún, principio mismo de la despolitización”⁵.

Llegados a este punto, no sería vana tarea la de remontarnos aún más atrás en la historia de nuestra cultura, recordando algunas ideas que aparecieron en la Grecia clásica. Así, a propósito de la nunca suficientemente ponderada sabiduría de Diógenes, el fundador de la escuela filosófica cínica, recoge Diógenes Laercio en su obra *Vida de los filósofos cínicos* lo siguiente: “Acercas de la ley decía que sin ella no es posible la vida democrática; y que sin una ciudad democrática no hay ningún beneficio del ser civilizado. La ciudad es civilización”⁶. La vigencia actual de estas afirmaciones constituye una buena muestra de la perennidad de ciertas verdades, que bien haríamos en seguir teniendo presentes como trasfondo y soporte de nuestra acción.

Como ya hemos sugerido y desarrollaremos más adelante, tres cuestiones clave emergieron en esa encrucijada histórica a la que hemos apelado. Se trata de la identidad personal, la conciencia y la responsabilidad. La tecnología actual nos ha llevado a replantearnos profundamente el sentido de cada una de ellas. Pensemos, para empezar en la cuestión de la identidad personal y su relación con la custodia de datos. En ese sentido sería conveniente recordar que en la historia reciente de nuestra economía, se ha sustituido el patrón oro por una garantía del valor de la

2. BICHAT, X., *Recherches physiologiques sur la vie et sur la mort*, Paris, Victor Masson, 1852, p.1.

3. ESPOSITO, R., *Tercera persona*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007, p. 136.

4. *Ibid.*

5. ESPOSITO, R., *Categorías de lo impolítico*, Buenos Aires Katz, 2006, p. 74.

6. Diógenes Laercio, *Vida de los filósofos cínicos*, en García Gual, C., *La secta del perro*, Madrid, Alianza, 1987, p. 132.

moneda basada en las reservas que se guardan en el banco central correspondiente pero fundamentada, sobre todo, en la confianza de la ciudadanía en los datos que al respecto se le ofrecen. Esa confianza es bastante volátil, tal como se constata cuando se produce el estallido de una crisis financiera nacional o internacional. En efecto, en un contexto semejante, puede cundir el pánico cuando se extienden las dudas sobre la magnitud real de las reservas del banco central. Hoy sucede algo análogo por lo que respecta a la identidad personal. También ésta tiene su fundamento último en la información que se conserva en los diferentes bancos de datos, controlados por instituciones públicas y entidades privadas.

Abundando en esta cuestión de la identidad personal y su relación con la conciencia de sí y la responsabilidad ante el otro, resulta muy pertinente evocar el trabajo de Michel Foucault titulado, "Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet". Nos dice su autor en esta inestimable contribución al conocimiento de la identidad, que los *modos de subjetivación* son en realidad los "modos de objetivación que transforman los seres humanos en sujetos"⁷. Se refiere además a la existencia de "prácticas divisorias", que conllevan que "el sujeto es dividido ya sea al interior de sí mismo, ya sea dividido de los otros. Este proceso hace de él mismo un objeto"⁸. En la objetivación de la subjetividad las TIC tienen en la actualidad un peso más que considerable. Proyectando estos problemas más allá de los terrenos en los que hasta ahora nos hemos situado, afirma Foucault que "todas las luchas actuales giran alrededor de la misma cuestión: ¿quiénes somos? Son un rechazo de la violencia ejercida por el estado económico e ideológico que ignora quienes somos individualmente y también un rechazo de la inquisición científica o administrativa que determina nuestra identidad"⁹. Tras un pormenorizado análisis de todo ello, concluye afirmando que "sin duda el objetivo principal hoy no es descubrir sino rechazar lo que somos"¹⁰. Este enfoque se ve sin duda enriquecido con las aportaciones de otros investigadores, como por ejemplo Zygmund Bauman, quien en *Vidas desperdiciadas* sostiene que "la modernidad líquida es una civilización del exceso, la superfluidad y la destrucción de residuos"¹¹.

Sea como fuere, volviendo a Foucault, recordemos que en *Naissance de la biopolitique*, sostiene que la economía política "es fundamentalmente lo que ha permitido asegurar la autolimitación de la razón gubernamental"¹². En todo caso, para ahondar en nuestra reflexión sobre el papel de la tecnología en la construcción y la gestión de la subjetividad, resulta imprescindible evocar el trabajo de Martin Heidegger, "Die Technik und die Kehre", que en este campo sigue mereciendo la

7. FOUCAULT, M., "Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet", en, Dreyfus, H. – Rabinow, H., *Michel Foucault, un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984, p. 297.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*, p. 302.

10. *Ibid.*, p. 308.

11. BAUMAN, Z., *Vidas desperdiciadas*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 126.

12. FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004, p. 15.

consideración de clásico. En él sostiene este pensador que “la esencia de la libertad no acompaña originariamente a la voluntad o a la causalidad del querer humano. La libertad administra lo libre en el sentido de lo aclarado (*Gelichten*), esto es, de lo desvelado”¹³. La libertad sólo puede existir, vendría a decirnos Heidegger, cuando el ser humano ha descubierto la verdad. Depende de la preexistencia del desvelamiento de la verdad y no de la simple presencia de la voluntad. En su opinión, “la amenaza para el hombre no proviene en primer lugar de las posiblemente mortíferas máquinas y aparatos de la técnica”¹⁴. La amenaza mayor radica en la propia esencia de la técnica, según Heidegger. Ese peligro se debe, en última instancia, a que la esencia de la técnica aleja al ser humano de la posibilidad “de volver a un desvelamiento más originario y así experimentar la llamada de una verdad más inicial”¹⁵.

No obstante, conviene recordar que, buscando apoyo para lanzar un atisbo de esperanza, Heidegger da en su escrito esta interesante inflexión al verso de Hölderlin, que nos estimulaba diciéndonos que “allí donde está el peligro nace lo que nos salva”. Nos dice Heidegger por su parte que “cuanto más nos acercamos al peligro, tanto más claramente comienzan a lucir los caminos hacia lo salvífico, tanto más nos tornamos interrogadores. Pues el preguntar es la piedad del pensar”¹⁶.

Las conclusiones de Heidegger a propósito de la técnica y su interacción con la vida de los seres humanos, podrían resumirse diciendo que la técnica moderna, al ocultar su esencia tras el poder de transformación del mundo que trae consigo, nos seduce con ese poder, elimina nuestra libertad y oculta la esencia de la verdad.

Por lo demás, como otra forma de ocultamiento de la verdad, hemos de hablar de la asincronía existente entre el desarrollo humano y la evolución de la tecnología. Se dice que desde los años 50 del pasado siglo XX hemos entrado en una nueva era, a la que se ha denominado *Antropoceno*. Pero cabe interrogarse acerca de si no estará esa era próxima a su fin. En efecto, ¿no entraremos pronto en una era diferente? Ésta última en realidad ya está aquí. Es la era de las máquinas inteligentes, de la inteligencia artificial, cuyas potencialidades desbordan ya y desbordarán más aún en el futuro próximo las capacidades humanas. Foucault habló de la “muerte del hombre”. Sin embargo, el hombre no ha muerto, simplemente está siendo superado por las máquinas y quién sabe si su verdadera muerte vendrá provocada por el desarrollo de una tecnología que llegará el momento en que no podrá controlar.

Apelando a la necesidad de comprender la realidad y encontrar el modo de expresar correctamente los resultados de nuestra indagación, Gadamer nos dice en *Verdad y Método* que “la realidad no acontece a espaldas del lenguaje, sino a espal-

13. HEIDEGGER, “Die Technik und die kehre”, *Anales del Seminario de Metafísica*, nº 24, 1990, p. 145.

14. *Ibíd.*, p. 148.

15. *Ibíd.*

16. *Ibíd.*, p. 154.

das de aquellos que pretenden comprender perfectamente el mundo”¹⁷. Son estos los que, sin sospecharlo siquiera, quedan reducidos a la condición de esclavos. En nuestra época, esclavos de la técnica. Al respecto, conviene evocar lo que André Gide sostiene en *El inmoralista*: “saber liberarse no es nada; lo arduo es saber ser libre”¹⁸. Para exponer mejor su tesis esencial y dar cuerpo a la misma afirma, y con ello concluiremos este primer apartado de nuestro trabajo, que se “ponía a soñar con tierras donde las fuerzas estuvieran tan bien arregladas, los gastos tan compensados, que la menor merma quedara en descubierto; luego, aplicando a la vida mi sueño, me construía una ética que se transformara en una ciencia de la perfecta utilización de sí mismo por una inteligente sujeción”¹⁹.

MÁQUINAS Y ROBOTS

Empecemos por decir que no es correcto, dadas sus ya impactantes capacidades, considerar al robot como una simple máquina. En todo caso, cada vez es más evidente que la frontera entre máquinas y robots es nebulosa. Un robot es una máquina que puede reaccionar de forma autónoma, para afrontar un problema implementando de forma espontánea una solución al mismo. En todo caso, lo primero que hemos de reconsiderar es la aplicación de la inteligencia artificial a la construcción de robots. Pero tampoco tal relación, entre IA y robótica, es sencilla de abordar. Un robot no es un algoritmo, es una realidad material y, dada su potencialidad, capacidad de interacción y de toma de decisiones, también hemos de considerarlo como una forma singular de subjetividad. Su capacidad de acción se desarrolla y perfecciona mediante su transformación permanente a través de su confrontación con las tareas que ha de acometer en el mundo real. El robot ha de interactuar con seres humanos y con otros robots. Hay robots que reemplazan a los humanos en entornos peligrosos u hostiles, como en la exploración espacial, en las profundidades marinas, en el interior de reactores nucleares, en las guerras, etc. Pero también hay robots que impulsan y posibilitan la trascendencia de lo humano. Por todo ello, puede darse en diversos entornos una dependencia de los humanos con respecto a los robots. De igual forma, es importante valorar el grado de autonomía de los robots en la toma de decisiones. En ese contexto ha de ubicarse el problema de la responsabilidad de los robots, con la consiguiente apelación al trasfondo ético y jurídico que ésta tiene. Ello ha de hacerse distinguiendo entre una ética del sistema de IA empleado y una ética de su utilización concreta. Así pues, la autonomía de los robots puede analizarse desde dos vertientes, la operacional y la decisional.

Ortega y Gasset, en su obra *En torno a Galileo* afirma que “el hombre se adapta a todo, a lo mejor y a lo peor; sólo a una cosa no se adapta: a no estar en claro con-

17. GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, Vol. II, Salamanca, Sígueme, 1992, p. 237.

18. GIDE, A., *El inmoralista*, Buenos Aires, Argos, 1947, p. 23.

19. *Ibíd.*, p. 73.

sigo mismo respecto a lo que cree de las cosas”²⁰. Teniendo tal afirmación como presupuesto, podemos pensar que cuando hablamos de ingenios mecánicos, nos parece que no tiene sentido decir: “intenta pensar como la máquina que quieres construir, reparar o con la que necesitas interactuar”. Creemos que más bien habría que afirmar: “intenta pensar como quien hizo esa máquina”. Sin embargo, cuando hablamos de los ingenios robóticos actuales, sí tiene sentido la expresión “pensar como la máquina”, ya que ha de intentarse pensar como ella, para operar de verdad como ella y con ella. Todo esto constituye una incitación a construir una nueva metafísica de los objetos. Para dar cumplimiento a este propósito hemos de tener presente que ciertos objetos soportan lo que queremos ser, vinculándolo a lo que hemos sido. En definitiva, partiendo de los planteamientos de José Ortega y Gasset, a propósito de la metáfora y el concepto, podríamos decir que el infinito fue metáfora hasta que fue cuantificable. A partir de ese momento se convirtió en concepto. En esa dirección podríamos llegar a pensar que hasta el inconsciente matemático emerge como sustrato metafísico, tras la eliminación de la metafísica. Pero no olvidemos tampoco que toda identidad se fundamenta en la alteridad y que la voluntad de aventura se pierde muchas veces ahogada en el afán de constancia, de solidez, de fiabilidad.

Partiendo de estos presupuestos hemos de plantearnos cuestiones como la propiedad de un producto intelectual elaborado por un robot²¹, así como otras en las que la interacción entre ética y derecho es esencial, como la responsabilidad ética y jurídica, en particular la responsabilidad civil o penal de un robot ante las consecuencias que pueden tener sus acciones. La capacidad de aprendizaje, la autonomía y la inteligencia de los robots actuales nos conducen a plantearnos la necesidad de afrontar innovaciones en el ámbito del derecho²². Pensemos, simplemente, en la utilización de los robots en la industria o en la medicina. Reflexionar sobre ello nos conducirá a convencernos de la necesidad de desarrollar un marco jurídico adecuado para la robótica, tal como ha sabido ver el Parlamento Europeo. Bien sabemos que, dado el desarrollo actual de la robótica, las famosas *Leyes de Asimov* han quedado ampliamente desfasadas, no pudiendo servir como base para un desarrollo paralelo en el ámbito del derecho²³, que es tan complejo como necesario en la actualidad y lo será todavía más en el futuro inmediato. Para avanzar hacia tal fin lo primero ha de ser esclarecer la cuestión de la personalidad jurídica del robot y aún estamos muy lejos de haber resuelto esta cuestión. Hemos pues de plantearnos el problema de los derechos y deberes de los robots, pero aún es mucho lo que queda por hacer en este campo, ya que esta tecnología está en plena ebullición y todavía queda por establecerse cuál es la amplitud real de las capacidades del

20. ORTEGA Y GASSET, J., *En torno a Galileo*, O. C. Vol. V, Madrid, Revista de Occidente, 1964, p. 85.

21. NEVEJANS, N., *Règles Européennes de Droit Civil en Robotique*, Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, Parlement européen, Union européenne, 2016, p. 7.

22. *Ibid.*, p. 10.

23. *Ibid.*, p. 15.

robot, empezando por su posesión o no de conciencia. En este sentido habría que tener en cuenta la discusión que sigue abierta a propósito de la superación o no del *Test de Turing* por parte de algunos robots de reciente construcción. De cualquier forma, su superación por parte de ciertos robots, pese a que sigue siendo cuestionada, no supone que los problemas a los que hemos aludido en la última parte de este trabajo hayan quedado atrás. Pero ello ha de verse como un estimulante reto, tanto intelectual como social y político. No en vano los principios éticos en los que habrían de basarse los preceptos legales adoptados, tal y como se plantean desde Asimov, tienen siempre como fundamento la protección de los humanos frente a los robots²⁴. Sin embargo, el desarrollo de la robótica ha de llevarnos a plantearnos también los principios éticos y las normas jurídicas que han de constituir el marco de protección de los propios robots²⁵. Esto ha dejado de pertenecer ya al ámbito de la ciencia ficción. Tanto desde una perspectiva ética como desde el punto de vista jurídico, las relaciones entre humanos y robots han estado presididas hasta ahora por el principio de sumisión de estos últimos al orden humano. A partir de ahora hemos de pensar que dichas relaciones habrán de fundarse sobre el principio de equidad. Ello no ha de conllevar la igualdad de derechos entre humanos y robots, sino la especificidad de las normas a aplicar en cada caso, cuya inspiración ha de ser siempre la realización de la justicia. En conclusión, si el robot desarrolla plenamente la conciencia de sí, como se nos dice que pronto sucederá, no puede seguir siendo tratado como una cosa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Z., *Vidas desperdiciadas*, Barcelona, Paidós, 2005.
- BICHAT, X., *Recherches physiologiques sur la vie et sur la mort*, Paris, Victor Masson, 1852.
- ESPOSITO, R., *Categorías de lo impolítico*, Buenos Aires Katz, 2006.
- ESPOSITO, R., *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.
- FOUCAULT, M., "Pourquoi étudier le pouvoir: la question du sujet", en, Dreyfus, H. – Rabinow, H., *Michel Foucault, un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1984.
- FOUCAULT, M., *Nissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard, 2004.
- GADAMER, H. G., *Verdad y Método*, vol. II, Salamanca, Sígueme, 1992.
- GIDE, A., *El inmoralista*, Buenos Aires, Argos, 1947
- HEIDEGGER, M. "Die Technik und die kehre", *Anales del Seminario de Metafísica*, nº 24, 1990.
- LAERCIO, D., *Vida de los filósofos cínicos*, en García Gual, C., *La secta del perro*, Madrid, Alianza, 1987.
- NEVEJANS, N., *Traité de Droit et d'Éthique de la robotique*, LEH éditions, Bordeaux, 2016.
- NEVEJANS, N., RÈGLES EUROPÉENNES DE DROIT CIVIL

24. *Ibid.*, pp. 25 y ss.

25. SLAMA, S., "Le droit des libertés en question(s) - Colloque nº2 de la RDLF", en RDLF, nº50, 2019, pp. 6 y ss.

EN ROBOTIQUE, Département thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, Parlement européen, Union européenne, 2016.

ORTEGA Y GASSET, J., *En torno a Galileo*, O. C. Vol. V, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

SENNET, R., *Carne y piedra. El cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*, Madrid, Alianza, 1997.

SLAMA, S., "Le droit des libertés en question(s) - Colloque n°2 de la RDLF", RDLF, n°50, 2019.



Mitigations risk of trademark rights law as credit bank guarantee

EL DERECHO DE MARCA COMERCIAL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO BANCARIO PARA LA REDUCCIÓN DEL RIESGO

Trisadini Prasastinah Usanti

University of Airlangga

trisadiniprasastina@gmail.com

Recibido: 13 de mayo de 2020 | Aceptado: 19 de junio de 2020

Анотація

Зусилля щодо мінімізації юридичного ризику щодо гарантій торгових марок у банківській практиці шляхом проведення професійного аналізу брендів. Головне, що робиться банком, - це визначити, чи відповідають права на марку юридичним та економічним вимогам як гарантії, а важливим є накладення досконалих закладів застави або довірених осіб, то це призводить до того, що майнові права народжуються та банк має місце проживання як кращий кредитор. Аналіз гарантії - це зусилля банку щодо запобігання такому юридичному ризику, як слабкість альянсу до тих пір, поки не будуть виконані договірні умови чи не досконалі зобов'язання щодо застави, навіть скасування сертифікату торгової марки. Якщо це не буде пом'якшене, це завдасть шкоди позиції банку як кредитора, оскільки банк розташований лише як супутній кредитор.

ABSTRACT

The Efforts to minimize legal risk over brand certificate guarantees in banking practices by conducting a professional analysis of brands. The main thing that is done by the bank is to identify whether the rights to the mark meet the legal and economic requirements as a guarantee and the important is imposition of perfect pawn collateral institutions or fiduciaries then it cause the property rights is born and bank domiciled as a preferred creditor. The analysis on guarantee is the bank effort to ward off legal risk such as weakness of the alliance until not fulfilled the contractual terms or not perfect of collateral binding even the cancellation of the brand certificate. If this is not mitigated, it will be detrimental to the position of the bank as a creditor because the bank is only located as a concurrent creditor.

Ключові слова

юридичний ризик
гарантія торговельної
марки
гарантія
банк

KEYWORDS

Legal Risk
Trademark guarantee
Guarantee
Bank

1. INTRODUCTION

Credit from the bank balance sheet assets is the largest portion of operational funds but at the same time it is the largest business risk sources. Credit problem and even bad credit are a problem for banks, because the existence of credit problem is not only decrease the bank incomes but decrease the profit because each credit is categorized as problem credit so the obligation of bank is to make the Provision for Loan Losses (PPKA) (Presiden Republik Indonesia, 2019)¹, this condition in the end can destabilize the bank and eventually detrimental to depositors. Therefore, in (Bank Indonesia, 1992) Article 2 Constitutions Number 7/1992 juncto Constitutions Number 10/1998 regarding to Banks (Banks Constitutions) regulated that Indonesian Banking in doing business based on economic democracy with using the precautionary principle. The application of the precautionary principle aims to the bank always in stable condition, always in the conditions of *liquid, solvent and profitable*. The application of the precautionary principle is expected so that the level of public trust through the Banks always high until the citizen is ready and no hesitation in depositing funds in the bank (Sjadeini, 1994).

One of the efforts made by banks in minimizing credit risk is by conducting credit analysis. The credit analysis is the preventif effort which must be done by the bank carefully and deeply because can play a role as first filter in sharia bank effort to ward off the danger of problem credit. The credit analysis activity aims to assess the will and ability from prospective recipients of credit facilities in fulfilling the achievements in accordance with the clause in credit agreement. Based on the results of the assessment then the bank can estimates the level of risk bank if agreed those credit.

One of the assessment in credit analysis conducted by bank is by assessing objects to be submitted by debtor customer as guarantee object. The existence of Guarantee (collateral) for credit considered important even though it cannot be said to be absolute. Realizing in Constitution of Banks as confired in Article 8 that the first thing to note is bank confidence in the ability and ability of debtor customers to pay the credit until the guarantee is not become the main requirement in granting credit eventough the exitence of collateral will be important if there is a problem credit. Then if the bank feels confident about the ability and capbility of the debtor customer, the guarantee is a form of goods, project or the bill rights financed with the concerned credit.

One thing that possible becomes the guarantee object in the form of Intellectual Property Rights (HKI), which is involved the trademark rights, copyright, patent, trade secret, industrial design and integrated circuit layout design, besides the guarantees commonly received by banks, which is land rights, the motor vehicle, machine, gold, receivables or claim rights. One of the HKI that has been accepted as guarantee object to conventional bank as well as to syaria bank is trademark rights although only accepted at Banks of BNI Company (persero) and Bank Muamalat Indonesia, as has been done by

1. BERDASARKAN, P., Peraturan otoritas Jasa Keuangan Nomor 40/POJK.03/2019 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum.

Sri Mulyani and in the research that I have done (Usanti, 2017). The land service has been carried out through various activities using computers, starts from the information until the last result product in the form of decree or freehold title (Widodo *et al.*, 2019).

The trademark right is accept as object of collateral both on conventional banks as well as to sharia banks if the trademark rights has been registered in General Register at the Directorate General of Intellectual Property (DJKI) with proven brand certificate. But, the existence of a trademark certificate does not guarantee the bank will be safe because it is possible for the mark to be canceled. When that happens, the bank is clearly very disadvantaged because with the cancellation of the brand results in the guarantee agreement being deleted and impact on the position of the bank as a creditor. Based on the descriptions above then the problem will be analyze is mitigation risk conducted by the bank on the object of collateral rights to the brand.

2. METHODOLOGY

This study is using normative method with using statutory and conceptual approach. This study aims to analyze the mitigation risk on object guarantee in the form of trademark rights that conducted by bank. The legal material used is primary legal material, which is Burgerlijk Wetboek (BW), the Constitutions Number 20/2016 (Presiden Republik Indonesia, 2016) about Brands and Geographic indication, the Constitution of Banks, (Presiden Republik Indonesia, 1999) The Constitution Number 42/1999 about the Fiduciary Guarantee and Implementing the Regulation. The secondary legal material is in the form of books, journal, research report, and article.

3. RISK ON THE TRADEMARK RIGHTS AS GUARANTEE OBJECT

As stated before that the effort of activity that conducted by banks are full of risks, banks are required to manage those risks. According to Bramanto Djohanoputro that risk is often said to be uncertainty, uncertainty is often interpreted by a situation with several possible event and each event will cause a different results. But, the level of probability and probability of the event itself is not known in quantitatively. While the basic understanding of risk is related to the uncertainty measured quantitatively (Djohanoputro, 2006). In the realm of Civil Law there are teachings about risk (*risico leer*) which teaches that risk is an unexpected effect. In other words, in the law context then the risk contains nuances of legal uncertainty (Januarita, 2020).²

The meaning of risk based on the Article 1 point 2 Financial Services Authority Regulations Number (Presiden Republik Indonesia, 2019)18/POJK.03/2016 about Application of Risk Management for Commercial Banks (POJK 18/2016) is loss potential cause occurring the certain event. While in Dictionary of Banks, the meaning of risk is the level

2. RATNA JANUARITA, R., <https://crmsindonesia.org/publications/mengenai-risiko-hukum/>

of possible losses that must be borne in the provision of credit, investment or another transaction it can be form of wealth, losing profit or another economic ability because a change in interest rates, government policy and business failure (risk).³ Therefore, bank must apply risk management in effectively. Efforts to apply management Risk is not only intended for the benefit of bank but it is also for customer interest and in the order to risk control is information transparency related with the product or Bank activities. One risk that must managed by banks is related to object guarantee of trademark rights is legal risk. The meaning of legal risk based on POJK 18/2016 is legal risk appear which because lack of supporting constitutions or bound weakness such as the contract's legal requirements are not fulfilled or not perfect the binding of collateral. Based on Black's Law Dictionary means with the legal risk is: Potential affect in debt service or loan recovery as a probability caused by a defect in loan documentation (The Law Dictionary, 2020).⁴

Binding weakness such as the contract's legal requirements are not fulfilled as stipulated in Article 1320 BW, which is if not fulfilling the subjective requirement, such as agreement element and proficiency then the agreement can be cancelled (*vernietig baar*) while if the objective requirement are not fulfilled, it is related with the element of object and cause is allowed then the agreement is cancelled (*nietig*). If the credit agreement as main agreement cancel then the guarantee of agreement as *accessoire/additional* agreement is cancelled. Realizing the existence of the agreement guarantee depend on the basic agreement, which is credit agreement. If the guarantees of agreement cancel then resulting in the position of the bank only as a concurrent creditor, which is creditor is only guaranteed by the general guarantee as stipulated in Article 1131 BW.

Legal risk can cause if binding of agreement is not perfect. If the brand has not been registered so there is no brand certificate and if the bank accept as guarantee the binding of guarantee is not perfect because the Brand certificate is the proof of ownership on those brands. In brand certificate includes:

- a) Name and Full Address of registered trademark owner
- b) Name and Full Address of the Power of Attorney, in the case of an Application through a Proxy
- c) Receipt date
- d) The country name and the receipt date of the application for the first time in the case of an application being filed using Priority Rights
- e) Brand Labels that are registered, including information on the kinds of colors if the Brands use color elements, and if the Brands use a foreign language, letters other than Latin letters, and/or numbers that are not commonly used in Indone-

3. <https://www.bi.go.id/id/Kamus.aspx> access date: 30 January 2020.

4. <https://thelawdictionary.org/>, diakses pada tanggal 30 Januari 2020.

- sian accompanied by translations in Indonesian, Latin letters and numbers that are commonly used in Indonesian and how to pronounce them in Latin spelling
- f) Number and registered date
 - g) Class and types of goods and/or services whose marks are listed; and
 - h) The period of validity of a Trademark registration.

The other legal risk is the existence of the cancellation of the brand taken by one of the parties to search and remove the registration existence from a brand of General Brand List or existence invalidates rights based on brand certificates. In general, the party believes that he has been harmed by the registration so that he may submit a cancellation petition (Cantika, 2018). The claim for cancellation of a registered brand is submitted to the Commercial Court by an interested party based on the based on reasons as regulated in (Presiden Republik Indonesia, 2016) Article 20 and/or Article 21 of the Trademark and Geographical Indications Law. The brand owner is not registered⁵ can file a lawsuit after submitting an application to the minister. The claim of cancellation of a registered brand can only be submitted within a period of 5 (five) years from the date of trademark registration. Cancellations can be filed indefinitely if there is an element of bad faith and/or The Brand concerned is against the ideology of the state, Laws and regulation, Morality, religion, decency, and general order. Commercial Court Decision on the cancellation can be submitted a cassation. The brand cancellations cause the brand crossed out in General Brand List and brand certificate become is no longer valid. If the brand certificate is no longer valid again then the guarantee agreements become removed realizing the guarantee object was considered destroyed. As a result of the law the bank is no longer positioned as a preferred creditor but changed as a concurrent creditor.

4. MITIGATION RISK BY BANK

The Efforts to minimize legal risk that must be carried out by banks on collateral objects in the form of rights to brands is conduct an analysis of collateral objects. The main thing to do is to identify whether the rights to the mark meet the legal and economic requirements as collateral: (Usanti, Trisadini Prasastinah, 2017).

1. Preferred Trademark rights are owned by the potential Debtor customer, if the third party owned then ownership must be ensured.
2. Trademark rights are not in disputes because it is possible that brand certificates can be canceled, making it risky for banks.

5. MENURUT PENJELASAN, P., Merek dan Indikasi Geografis yang dimaksud dengan pemilik merek yang tidak terdaftar antara lain pemilik merek yang beritikad baik tetapi tidak terdaftar atau pemilik merek terkenal tetapi mereknya tidak terdaftar.

3. Trademark rights are accepted as guarantee object if the trademark rights are registered Trademark rights in General Register of Trademark Rights in Directorate General of Intellectual Property Ministry of Law and Human Rights Republic of Indonesia with evidenced the existence of a Brand Certificate.
4. Bank must notice the period of protection of trademark rights, because the legal protection on Trademark Rights is registered for 10 years from the date of receipt. As example: receipt date of the application for registration of Trademark Right is 1 May 2019 then the protection will apply until 1 May 2029. The period of protection of trademark rights can be extended every 10 years continuously as long as the trademark rights concerned are still in used in the goods and services as listed Trademark Certificate and goods or the service is still in production and/or traded. If it is not used and no longer produced and/or traded, the application will be rejected. The holder of Trademark rights can already apply for an extension of Trademark Rights from 6 (six) month before the end of the Trademark rights protection period is registered and applications for extension can still be submitted no later than 6 (six) months after the end of the Trademark Rights protection period. This provisions means the owner of Trademark Rights it is not easy to lose the Trademark Right as a result of the delay in submitting an extension of registration of the Trademark Right.
5. Banks must request the financial statements of the company which owns the rights to the trademark to know whether the rights to the brand have value or not.
6. Banks considering that the Trademark Right is Trademark Right that has a good reputation and has a market share.
7. Economic value in trademark right must be stable and it will be better if it increases.
8. Especially for Sharia Bank, have to make sure that Trademark Rights from halal products not from illegitimate products.
9. The Trademark right is free and is not being guaranteed by another party.

If is already fulfill the Juridical requirement and economic then the important thing must do by bank is burden it with the guarantee agency. The guarantee agency is possibly to burden is fiduciary guarantee agency or mortgage insurance agency (Usanti, Trisadini Prasastinah dan Silvia, 2018). As in Bank of BNI Company (Persero) is using fiduciary guarantee agency while mortgage insure agency used by Bank Muamalat Indonesia. Guarantee burden on trademark right become very important realizing the position of the bank as a creditor is determined by the imposition of a perfect guarantee. The meaning of perfect is the guarantee burden cause the goods right born until the bank position as preference creditor. This thing can be illustrate in the table 1.

Between the perfect burdens then needed to prepared clause in a pawning and fiduciary guarantee agreement to provide legal protection for banks as creditors. For example, the minimum requirements contained in a pawn agreement are as follows: (Usanti, 2017).

- In connection with using of Trademark Right by pawnbroker, that while wanpres-tasie (breach of contract) is not happen and discontinue to pawnbroker have the right to use the entire right in connection with the Trademark Right in connection with the third and gives the right to the third party to use Trademark Right as contained in the Trademark Rights certificates.
- Related with benefits and shares. As long as there is no breach of promise the pawnbroker has the right to receive and maintain any and all other profits and shares paid in connection with the Trademark Right. After breach of promises then the entire rights from pawnbroker to grants third-party name usage rights and other divisions cease to exist and after that all such rights to mortgagee. The mortgagee has solitaire right to receive and maintain of the Trademark Right and profit sharing.
- In connection with a prohibition that must be obeyed by the pawnbroker. That pawnbroker no transfer or burdening is permitted of Trademark Right in any form. Pawnbroker is prohibiting using Trademark Right with which are contrary to the interests of the pawn recipient.
- Clause related the solving lawsuit. In the event of injury to the pledge recipient to the extent permitted by applicable law can take all actions that in his own decision are deemed necessary to protect each of his rights under this agreement, including but not limited to selling, transferring, transferring or otherwise submitting any part of the brand certificate through direct sales, auction sales or through any other method permitted by applicable conditions.

Trademark registration in Indonesia in practice, using constitutive system. In this system, the registrant must register the brand to get protection. This system is also known as First to File system. This system confirm that the first man who register the brand then he has the tight on the brand. Indonesia adhere to brand register constitutive system, the protection of famous brand which not registered in Indonesia will still get the protection, because Indonesia is already ratify Paris Convention and TRIPS Agreement. Application of the principle of first to file is considered to be able to create:

1. Legal certainty to condition who actually owns the most important brand to be protected.
2. The proof of legal certainty, because only based on the fact of register from brand certificate. Register or brand certificate become the only one proof from primary evidence.
3. Achieve alleged law who the brand owner is most entitled to with certainty, not cause the controversial between the first register and first user (Novianti, 2017).⁶

6. NOVIANTI, Perlindungan Hukum Pemegang merek terkenal dalam Perspektif Paris Covention dan Undang-Undang Merek, https://berkas.dpr.go.id/puslit/files/buku_tim/buku-tim-public-80.pdf. Diakses pada tanggal 31 Januari 2020.

The owner of brand register have exclusive rights to prevent all the third party is not have the permission to use in trading activities, the same signs, for goods or service which in identical or similar, with the good or service on which the registered of trade brand where the using will cause confusion (Djuwityastuti, dan Ahmad, 2019). It was stated by Nisrina Atikah that: (Atikah, 2019).

In Indonesia, registered trademark owner has exclusive right to use their trademark and give permission to another party to use their trademark. Based on TRIPS Agreement is affirmed that registered trademark owner has exclusive right to prevent third party who does not have the owner permission, to use it on trading activity, signs which have similarity, for the same commodity or service or similar with commodity or service on registered trademark, where it must be predicted before that is usage can cause a like hood of confusion. If a trademark is agreed to be registered, then registered trademark owner has exclusive right to use that registered trademark. There are two systems which are believed in trademark registration which are declarative system and constitutive system (attributive).

Beside it there is some advantage from brand protection, which is: (Novianti, 2017)⁷

1. The Brands can product income for company from license, selling, commercialization from the protection of the brand.
2. The brands can increase values or guarantee in the eye of investor and financial institution.
3. In selling or merger asset brand can increase the company value in significant.
4. The brand increases the performance and competitiveness.
5. With brand register is help the protection and enforcement of its rights

The existence of brand as guarantee and the important meaning to minimize the risk on guarantee object in the form of trademark right must concern by credit provider, as stated by (Nguyen, Xuan-Thao and Hile, 2018)⁸:

Trademarks have an illustrious history of serving as collateral in financing deals for business. A company in need of financing as far back as in the area of chattel mortgage could include trademarks in the mortgage grant for a loan. Then, if the company failed to repay the loan or meet its obligations under the mortgage agreement, the mortgagee would employ an agent to succeed to the mortgagor's business; it was the only way to foreclose on the trademark collateral. Much has changed in the financing landscape where trademarks are part of the collateral. One thing that does not change, however, is the creditors wanting to reduce their risks.

7. NOVIANTI, Perlindungan Hukum Pemegang merek terkenal dalam Perspektif Paris Covention dan Undang-Undang Merek, https://berkas.dpr.go.id/puslit/files/buku_tim/buku-tim-public-80.pdf. diakses pada tanggal 31 Januari 2020.

8. NOVIANTI, Perlindungan Hukum Pemegang merek terkenal dalam Perspektif Paris Covention dan Undang-Undang Merek, https://berkas.dpr.go.id/puslit/files/buku_tim/buku-tim-public-80.pdf. diakses pada tanggal 31 Januari 2020.

According to Deborah Schvey Ruff, Mayer Brown & Platt and as quoted by Sri Mulyani that the use of trademarks as a collateral for safe financing has become a dancing choice for borrowers. The trade brand as part of HKI recognized more interesting rather than the kind of the other guarantee because the credit risk is lower and often trademark guarantee agreements will allow borrowers to secure financing without the need to change their capital structure (Mulyani, 2012).

CONCLUSION

The trademark right is already accepting to conventional banks or sharia banks as guarantee object. But, bank must anticipate the legal risk which possible appeared from the brand, such as binding of principal agreement that which does not fulfill the conditions of the validity of the agreement or the collateral agreement which is not perfect the binding, even on the brand certificates is possibly to be cancel. When those occur it will harm the bank as a creditor because the bank's position is not as a preferred creditor but only as a concurrent creditor.

REFERENCES

- Atikah, N. (2019) 'Pierre Cardin Trademark Dispute', *Mulawarman Law Review*. doi: 10.30872/mulrev.v4i1.51.
- Bank Indonesia (1992) *Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan*, Bank Indonesia.
- Cantika, D. P. (2018) 'Pembatalan Hak Merek Yang Telah Dijadikan Jaminan Fidusia', *Jurnal Yuridis*, 5(1), p. 7. doi: 10.35586/.v5i1.314.
- Djohanoputro, B. (2006) *Manajemen Risiko Terintegrasi*. Jakarta: PPM.
- Djuwityastuti, dan Ahmad, F. (2019) 'Kajian Yuridis Sengketa Keabsahan Logo sebagai Sebuah Merek dan Hak Cipta', *Jurnal Privat Law*, VII(1), p. 90.
- Januarita, R. (2020) *Mengenai Risiko Hukum*, CRMS Center for Risk Management & Sustainability. Available at: <https://crmsindonesia.org/publications/mengenai-risiko-hukum/> (Accessed: 30 January 2020).
- Mulyani, S. (2012) 'PENGEMBANGAN HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL SEBAGAI COLLATERAL (AGUNAN) UNTUK MENDAPATKAN KREDIT PERBANKAN DI INDONESIA', *Jurnal Dinamika Hukum*, 12(3), p. 571. doi: 10.20884/1.jdh.2012.12.3.128.
- Nguyen, Xuan-Thao and Hile, E. D. (2018) 'The Puzzle in financing with trademark collateral', *Houston law review / University of Houston*.
- Novianti (2017) *Perlindungan Hukum Pemegang merek terkenal dalam Perspektif Paris Covention dan Undang-Undang Merek*. Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia. Available at: https://berkas.dpr.go.id/puslit/files/buku_tim/buku-tim-public-80.pdf.
- Presiden Republik Indonesia (1999) *Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 168, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3889)*.

- Presiden Republik Indonesia (2016) *Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek. (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 252, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5953).*
- Presiden Republik Indonesia (2019) *Peraturan otoritas Jasa Keuangan Nomor 40/POJK.03/2019 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum.*
- Sjadeini, S. R. (1994) *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia.* Jakarta: Institut Bakir Indonesia.
- The Law Dictionary (2020) *The Law Dictionary.* Available at: <https://thelawdictionary.org/>.
- Usanti, Trisadini Prasastinah, dkk (2017) *Analisis Risiko Hukum Atas Jaminan Sertifikat Hak Atas Merek dalam Transaksi Perbankan, PTUPT, DRPM Kemenristek.*
- Usanti, Trisadini Prasastinah dan Silvia, F. (2018) 'The Prudential Principle of Trademark as The Object of Secured Transaction in Financing', in *3rd Internasional Conference Islamic Law in Indonesia.* Samarinda.
- Usanti, T. P. (2017) 'Analisis Pembebanan Gadai Atas Sertifikat Hak Merek di Bank Syariah', *Jurnal Mimbar Hukum*, 29(3).
- Widodo, I. G. *et al.* (2019) 'Constraints on Enforcement of Environmental Law Against Corporate Defendants', *Environmental Policy and Law.* doi: 10.3233/EPL-190129.



El desarrollo sustentable como horizonte jurídico: una visión futura para el Derecho Colombiano

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS A LEGAL HORIZON: A FUTURE VISION FOR
COLOMBIAN LAW

Ricardo Andrés Cano Andrade

Universidad de Cartagena
ricandresnacio22@hotmail.com

Recibido: 01 de junio de 2020 | Aceptado: 01 de julio de 2020

Por consiguiente, los objetivos del desarrollo económico y social se deben definir desde el punto de vista de su sustentabilidad. (Ramírez Treviño, Sánchez Núñez, & García Camacho, 2003)

RESUMEN

El siguiente trabajo expone el primer avance de investigación sobre el Derecho al Desarrollo y el Desarrollo Sustentable como principio fundante de este. Este escrito brinda un acercamiento al concepto de Desarrollo Sostenible y Sustentable y la relación que existe entre este y el Derecho; para finalmente plantear el contexto en el cual se encuentra en el ordenamiento jurídico Colombiano y proponer a manera de hipótesis ciertas premisas que son el inicio de toda esta investigación.

ABSTRACT

The following paper presents the first research progress on the Right to Development and Sustainable Development as its founding principle. This paper provides an approach to the concept of sustainable and sustainable development and the relationship between it and the law; to finally state the context in which it is in the Colombian legal system and propose as hypotheses certain premises that are the beginning of all this investigation.

PALABRAS CLAVE

Desarrollo
Derecho
Economía
Política
Público

KEYWORDS

Development
Law
Economy
Politics
Public

INTRODUCCIÓN

Con el título del presente artículo investigativo no se pretende afirmar que lo aquí escrito deba ser catalogado como marco de referencia para el abordaje del tema del desarrollo sustentable. Tampoco es la finalidad del mismo sentar doctrina jurídica en un tema de tan alto impacto y de tanto debate en la comunidad jurídica contemporánea.

Más bien lo que si se pretende es hacer un estudio histórico, genérico y abstracto, frente al tema del desarrollo sustentable en el país, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra en la escala global y a las implicancias que podría acarrear dentro del Derecho; para así poder generar reflexiones dentro del asunto, que permitan señalar bases para una discusión jurídica y el inicio de futuras investigaciones en torno a la temática.

En Colombia, el tema del desarrollo sustentable se ha visto un tanto ignorado, ya que no ha sido un tema de vital importancia para el país, todo esto debido al conflicto interno nacional el cual atraía toda la atención no solo desde el punto de vista político y militar sino también en temas económicos, culturales y jurídicos; por eso, con la firma del tratado de paz en la Habana, se vislumbra una luz de esperanza para empezar el desarrollo de temas tan neurálgicos en el territorio colombiano como lo es el tema central del presente escrito.

Cabe destacar que no aseguramos y garantizamos que la Paz llego a Colombia, pero si aprovechamos la ocasión para señalar falencias importantísimas en el ordenamiento jurídico en cuanto a derechos vitales para el desarrollo de valores constitucionales, y se incentiva a aprovechar la ocasión para tomar el papel protagónico en una temática que es actualidad jurídica de la comunidad internacional, y que garantizaría avances significativos en el desarrollo social y cultural de nuestra amada nación.

Posar nuestra mirada académica en el concepto de Desarrollo es de una manera prematura comenzar a pensar en planificación y estrategias, las cuales siempre nos llevan a pensar hacia futuro. A sabiendas que gran parte de la academia jurídica colombiana enfocaba su atención en la resolución de los conflictos que golpeaban el país, el mirar hoy en día a futuro es pensar en un desarrollo especial, uno garantista y asegurador; que logre satisfacer las necesidades del presente teniendo en cuenta la preservación para las generaciones futuras, y esto se encuentra hoy en día en el concepto de Desarrollo Sostenible.

El presente escrito tiene como finalidad exponer el primer avance de investigación desarrollado sobre el derecho al desarrollo sustentable en Colombia, para lo cual se plantearán distintas hipótesis a manera de proposición que centran dicha investigación en los interrogantes y cuestionamientos realizados, y que solo, para efectos de este documento, pretende enfocar la investigación y desarrollo jurídico de Colombia bajo el concepto de Desarrollo sostenible.

Para conseguir tal fin en este documento, se busca atender respuesta a la pregunta problema *¿Cuál es el alcance del concepto de Desarrollo Sustentable en el ordenamiento jurídico Colombiano?* Y para poder dar respuesta satisfactoria a dicho interrogante se propone en este trabajo aterrizar las siguientes temáticas:

- ¿Qué es Desarrollo sostenible y sustentable? Y ¿qué significa para el Derecho?
- EL desarrollo Sostenible y sustentable en la comunidad internacional.
- Aclarar la condición actual del concepto de Desarrollo sostenible y sustentable en el debate jurídico actual.
- La visión del Desarrollo Sostenible y sustentable como futuro del derecho Colombiano.

EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y SUSTENTABLE

Para adentrarnos de lleno al tema que nos ocupa, primeramente se ahondará en el concepto de Desarrollo Sostenible, el cual es un concepto eminentemente económico, y se podría considerar como el paradigma general de las Naciones Unidas (UNESCO, 2012). El concepto de desarrollo sostenible¹ fue descrito por el Informe de la Comisión Brundtland² de 1987 como *“el desarrollo que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades”* (Gomez de Segura, 2014, p. 15).

Considera la Unesco (2012) que la sostenibilidad es un *“paradigma para pensar en un futuro”* (p. 1) en el cual las consideraciones ambientales, sociales y económicas se equilibran en la búsqueda del desarrollo y de una mejor calidad de vida. Estos tres ámbitos (la sociedad, el medio ambiente y la economía) están entrelazados. Por ejemplo, una sociedad próspera depende de un medio ambiente sano que provea de alimentos y recursos: como agua potable y aire limpio a su sociedad.

Como se puede ver, el Desarrollo sostenible como concepto general no solo se refiere al medio ambiente, tendencia general en muchas áreas sociales (incluyendo el Derecho); sino que también consagra como enfoques constitutivos de este, la economía y la sociedad. Y es que para efectos del desarrollo sostenible, en el área social e incluso en el área de las humanidades, se ha formado la tendencia de aplicar el concepto de desarrollo sostenible exclusivamente a los estudios de medio ambiente, situación que ha desviado todo el empalme real que pretende dicho concepto y por ende truncando su finalidad. Al respecto la Unesco (2012) en su libro de consultas titulado Educación para el Desarrollo Sostenible afirma:

“Todos los programas para el desarrollo sostenible deben considerar los tres ámbitos de la sostenibilidad (medio ambiente, sociedad y economía) así como también una dimensión

1. Es importante resaltar que según el autor Carlos Gutiérrez Gómez el origen del concepto de desarrollo sostenible está asociado a la preocupación creciente existente en la comunidad internacional en las últimas décadas del siglo XX al considerar el vínculo existente entre el desarrollo económico y social y sus efectos más o menos inmediatos sobre el medio natural. En este sentido, véase GUTIERREZ GOMEZ, C. *“El Desarrollo Sostenible: Conceptos Básicos, alcance y criterios para su evaluación”*, UNESCO, 2013, p. 91.

2. El concepto de desarrollo sustentable, tal como se difunde actualmente, puede ubicarse en 1983, cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creó la Comisión Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, presidida por Gro Harlem Brundtland, quien fuera primer ministro de Noruega.

subyacente de la cultura. Puesto a que el desarrollo sostenible se adecúa a los contextos locales de estos tres ámbitos, adoptará formas muy variadas en todo el mundo. Los ideales y principios que constituyen la sostenibilidad incluyen conceptos amplios tales como equidad entre las generaciones, equidad de género, paz, tolerancia, reducción de la pobreza, preservación y restauración del medio ambiente, conservación de los recursos naturales y justicia social...” (p. 1)

Dicho enfoque plasmado con anterioridad es vital para el desarrollo de nuestro estudio, pues se pretende comprender el concepto en toda su generalidad. Por lo cual tomamos lo expuesto por Gregorio Raidán Martínez (2007) quien establece que las necesidades a satisfacer con el fortalecimiento de políticas de desarrollo sostenible son las siguientes:

- *“Biológicas: Salud , alimentación, nutrición*
- *Bio-sociales: Educación , afecto, creatividad y trabajo*
- *Económicas: Techo , vestido, producción, ingreso , oportunidad*
- *Sicológicas: Entendimiento, espiritualidad, relacionamiento*
- *Sociales: Libertad, participación*
- *Ambientales: Ambiente sano, espacio verde, contacto con la naturaleza, diversidad cultural y biológica...” (p.95)*

Por lo tanto, afirmamos de forma prematura que el fundamento de este escrito versa por la totalidad del concepto de desarrollo sustentable o sostenible, no enfocada solamente en se esfera ambiental sino también en sus esfera económica y social.

Ahora bien el concepto de desarrollo sostenible tiende a ser reemplazado por el termino de desarrollo sustentable, a lo cual se considera son sinónimos, empero, cada uno aplica para fines similares pero medios completamente distintos. En su significado práctico la Real Academia de la lengua Española, plasma acepciones para estos dos términos bastante similares:

- **Sustentable:** Que se puede sustentar o defender con razones.
- **Sostenible.** Dicho de un proceso: Que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, por ejemplo, un desarrollo económico sin ayuda exterior, ni merma de los recursos existentes.

A pesar de dichas definiciones, se puede delimitar una diferencia un poco imperceptible pero existente, y que resulta de suma importancia, pues esta se refiere a que el desarrollo sustentable se enfoca más a la intervención humana, mientras que la otra definición (sostenible) se inclina hacia una idea de autosuficiencia. De igual forma, ambos términos se usan como sinónimos cuando nos referimos a responsabilidad social con el medioambiente.

Esto resulta relevante, pues nos ubicamos en lo que ya habíamos definido mediante la Unesco, en una relación paradigmática, donde el desarrollo sustentable plasma

un proceso de necesaria intervención humana, y el desarrollo sostenible busca un auto-sostenimiento por sí solo, es decir, un modelo completamente independiente.

Para efectos de este estudio consideramos pertinente la aplicación del término de Desarrollo sustentable, pues es solo a través de este donde el Derecho puede aplicar por su condición de necesidad de intervención humana (Como explicaremos más adelante), sin mencionar que en cuanto al concepto de desarrollo sustentable se destila un concepto más adecuado para el estudio jurídico, el cual es: *"El desarrollo sustentable es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades..."* (Ramírez Treviño, Sánchez Núñez, & García Camacho, 2003, p. 55).

De dicho concepto, los autores Ramírez Treviño, Sánchez Núñez, & García Camacho (2003) exponen que se pueden sacar dos conceptos preponderantes, lo cual da un valor esquemático a su estudio, y estos son; el concepto de necesidad, que se refiere a la trascendencia humana dentro del proceso de desarrollo, y un enfoque especial al fenómeno de la pobreza como aspecto prioritario; y como segundo concepto el de limitación, estableciendo que existen límites a la ejecución del orden justo y el avance tecnológico por los ideales claves del concepto como son el medio ambiente, la igualdad y el progreso social.

Así pues es claro prever que *"el desarrollo sustentable ha generado aparentemente una visión innovadora a la humanidad en este nuevo siglo; toda vez que es un concepto que propone la protección de la naturaleza, además de la equidad social presente y futura..."*³ (Ramírez Treviño, Sánchez Núñez, & García Camacho, 2003, p. 55).

DESARROLLO SOSTENIBLE O SUSTENTABLE EN EL DERECHO

Tomando como fundamento lo expuesto con anterioridad, es fácil asumir que el concepto de desarrollo sostenible o sustentable es un término que se desarrolla mejor en el ámbito social, económico y político; sin embargo, calaría de manera profunda en materia jurídica con una declaración especial de la ONU que anexaría dicho concepto al debate jurídico de la comunidad internacional.

Y es que el Derecho al Desarrollo tendrá su epojé en el contexto histórico al cual la comunidad internacional se enfrentaba, dado que después de finalizadas las guerras

3. El desarrollo sustentable no pone a debate ni discute sobre sistemas políticos ni económicos sino que, a partir del medio ambiente, postula un cambio social pacífico y gradual, que de manera organizada y planificada modifique nuestra relación con la naturaleza, con nosotros mismos y con la sociedad. De esta manera, el desarrollo sustentable ha creado una gran adhesión a su favor porque en su discurso ofrece puntos centrales de consenso imposibles de rechazar; sin embargo, esto se debe a una razón muy simple: hace falta análisis por lo que no se observa que la definición quede muy amplia para ser puesta en práctica.

El concepto se acepta como propuesta social pero no puede aplicarse fácilmente a procesos de trabajo específicos; no obstante, es su amplitud lo que permite que existan múltiples interpretaciones en torno a la sustentabilidad.

y el surgimiento de un estado social de Derecho el cual es garantista y protector de Derechos, una de las finalidades latentes para las organizaciones internacionales era el avance y el progreso, así el discurso sobre el desarrollo filtró las estructuras de la ONU con mayor fuerza en épocas posteriores a la Segunda guerra mundial. (Castellanos Restrepo & Gomez Betancur, 2014).

Todo parte de la primera definición y caracterización del derecho al desarrollo como derecho humano, la cual se la debemos al jurista senegalés Keba M'Baye, quien, en la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1972, pronunció una conferencia sobre el derecho al desarrollo en el ámbito internacional (Gomez Isa, 1999, p. 2), sin embargo, el sustento del derecho al desarrollo, según los tratadistas del tema, se encuentra en los instrumentos internacionales que serían el sustento principal que sostiene la tesis del derecho al desarrollo. Los instrumentos internacionales más importantes que han sido citados como fuente del derecho al desarrollo son, por un lado, la propia Carta de Naciones Unidas y, por otro, la Carta Internacional de los Derechos Humanos. En la misma frecuencia se enlista, de manera adicional, el Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales (PIDESC) y el Pacto de derechos civiles y políticos con el concepto de expresiones relativas al desarrollo; también se tienen en cuenta la Declaración de Filadelfia, por medio de la cual se decidió retomar las actividades que venía ejecutando la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Finalmente el 4 de diciembre de 1986, la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió la declaración 41/128 por medio de la cual se declaró al desarrollo como derecho digno de salvaguardar. Ahora bien, lo anterior fue el resultado de un intenso esfuerzo por promover el desarrollo humano y de los pueblos, que partió en los años 60, cuando el sistema de Naciones Unidas se preocupó por los pobres resultados en materia de desarrollo y se dio a la tarea de dar forma a un verdadero derecho internacional del desarrollo.

Así pues, con dicha declaración y con fundamento jurídico basto presentado por los tratados ya mencionados, se presenta un punto de partida a un sinfín de posibilidades que se tornaban ya en una necesidad en el entorno internacional para con los derechos del ser humano; y es que la relación de Desarrollo sostenible o sustentable con el Derecho consagra un marco jurídico diferente pero necesario, puesto que como diría la profesora Margarita Fuchs Bobadilla (2002) *"La globalización ha traído como consecuencia la necesidad de que los pueblos cuenten con una legislación homogénea, que permita instrumentar una política análoga"* (p. 94).

Como se puede comenzar a inferir desde este punto, la relación desarrollo sustentable o sostenible, consagra unos elementos sustanciales en cuanto su nexo, esto quiere decir, la esencia misma del llamado Derecho al Desarrollo proviene de elementos de alta trascendencia jurídica.

Como se ha venido analizando es pertinente afirmar que el concepto de Desarrollo es eminentemente económico; pero que, de acuerdo con sus finalidades, permea en el campo político y social; sin embargo sería adoptado por el entorno jurídico con la declaración 41/128 de las naciones unidas, de la cual se construye el concepto de Derecho

al desarrollo con fundamento en distintos instrumentos internacionales de los cuales se infiere este derecho. Finalmente el fundamento del Derecho al Desarrollo no solo es contexto de instrumentos nacionales sino la respuesta al fenómeno social de la globalización y las circunstancias de alto impacto en el contexto global de nuestra época

En un principio y de acuerdo a este orden de ideas ya podemos afirmar que el Derecho al desarrollo presenta problemas en cuanto a su valor jurídico, y es que no permite determinar cuál es el grado de normatividad jurídico-internacional, ni el alcance del Derecho puesto que salvo la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos, ningún tratado internacional de ámbito universal ha reconocido expresamente el derecho al desarrollo. Esto nos coloca en un problema de una enorme relevancia, ya que puede condicionar, y de hecho lo hace, el ejercicio y la puesta en práctica de este derecho. (Gomez Isa, 1999, p. 34).

Sin embargo cabe destacar que la comunidad internacional y gran parte de la doctrina aclaran que la no inclusión taxativa del Derecho al desarrollo en los más importantes instrumentos internacionales no anula su existencia, sino que este se infiere de sus principios rectores. Así se puede entrever del informe del 11 de diciembre de 1979 del secretario general de las naciones Unidas el cual aclara:

"El análisis de las normas jurídicas realizado pone de relieve la existencia de un importantísimo conjunto de principios basados en la Carta de las Naciones Unidas y la Carta Internacional de los Derechos Humanos, y reforzados por diversos Convenios, Declaraciones y resoluciones, que demuestran la existencia en el Derecho Internacional de un derecho humano al desarrollo..." (Informe E/CN.4/1334 del 11 de Diciembre, 1979, p. 39)

Esto entrevé que la existencia del Derecho al desarrollo no nace de una norma jurídica específica sino de un conjunto de elementos como lo son los principios rectores que dotan al Derecho al Desarrollo como pieza indispensable en el ordenamiento jurídico de un Estado en el contexto actual.

Dichos elementos se ajustarían al contexto e impacto social de la actualidad que darían cimiento a su ejecución, los cuales serían: el contexto de globalización, Obligaciones del Estado para con el Desarrollo, Derechos colectivos, Objetivos de Desarrollo Sostenible y principio de integración del Derecho.

Dichos elementos constituyen una de las primera hipótesis generales de esta investigación la cual reza de que el Derecho al Desarrollo pende de la esencia misma de los valores constitucionales e internacionales fundamentados en el contexto jurídico contemporáneo y del principio de integración del Derecho, lo cual da fundamento a los elementos anteriormente mencionados como parte fundante y vinculante del Derecho al Desarrollo.

El desarrollar cada uno de los elementos del Derecho al Desarrollo expuesto con anterioridad, o discutir respecto de la validez y eficacia internacional del Derecho son temas vitales para la investigación, pero no prioritarios para los fines de este documento, pues resulta indispensable el no desviarse a otros temas que no representan alta relevancia en los intereses de este escrito.

EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y SUSTENTABLE EN COLOMBIA

Primeramente es claro afirmar que el desarrollo como Derecho en el ordenamiento jurídico Colombiano aún no ha sido estructurado, esto se debe a la poca coerción y relevancia jurídica de la cual aún carece el Derecho al Desarrollo en el entorno internacional, lo cual complica aún más su situación jurídica interna en los Estado, y para Colombia esta situación no es ajena. Por lo tanto es un tema de suprema obviedad.

Debido a lo anterior nos enfocaremos en exponer el contexto de Desarrollo Sostenible y Sustentable en Colombia, y trabajaremos en un esquema comparativo de la teoría del Desarrollo Sostenible para lo cual tomaremos como punto de partida a uno de los mejores exponentes del tema en el país, Julio Carrizosa Umaña⁴.

En uno de sus más destacados artículos, titulado la construcción de la teoría de la sostenibilidad Carrizosa (1998) expone que el desarrollo sostenible es un modelo económico *"que hace perpetua la elevación de la calidad de vida en una sociedad dada, con toda la complejidad que agrega el concepto de calidad de vida..."* (p. 2) Al respecto Lilibeth García Henao (2003) expone que precisamente el querer cimentar el concepto de desarrollo sostenible y sustentable a conceptos tan abstractos es un problema, y es ahí donde se encuentra su principal crítica, puesto que *"expresar cosas muy amplias y muy abstractas como decir que el desarrollo sostenible es aquel que asegura a perpetuidad la vida humana en el planeta, plantea distintos problemas que escapan de los límites económicos"* (p. 201).

Sin embargo lo que buscaba Carrizosa era enfocar la importancia de comenzar a implantar el concepto de Desarrollo sostenible, inclusive más allá del sector económico, para lo cual hizo referencia a *"un trabajo que hizo la Unión Internacional por la conservación de la Naturaleza (UNIC) que fue la estrategia mundial de la conservación con la UNESCO"* (García Henao, 2003, p. 201), en este plantea que la implantación de una producción sostenible no era implementar la teoría del desarrollo sostenible, sino delimitar el concepto a una simple estructura económica, por lo que este debe transformarse y escapar hacia la esfera política⁵.

Dicho autor propone dejar los modelos económicos de producción y pasar a una visión política que genere producción material de lo sostenible pero sin abandonar la

4. Respetado Colombiano reconocido por sus estudios en administración pública en la Universidad de Harvard, donde obtuvo el título Master in Public Administration en 1967. Así mismo, realizó estudios de maestría en economía en la Universidad de los Andes, donde recibió el título correspondiente en 1968. Dentro de su muy laureada carrera se destaca su trabajo como asesor de varias entidades nacionales e internacionales, entre las cuales se cuentan Colciencias, el BID y la OEA.

5. Julio Carrizosa en su artículo «Construcción de la Teoría de la Sostenibilidad» plantea que *"A pesar de esa aparente solución del problema con estos; modelos de producción sostenibles, no se hablaba de desarrollo sostenible..."* para lo cual se necesitaba una transformación de los conceptos *"en el sentido de que fueron más allá del concepto de producción sostenible hacia un concepto de desarrollo sostenible y esta transformación del concepto de producción sostenible a desarrollo sostenible indujo complicaciones muy grandes en todo lo que se ha venido llamando el desarrollo sostenible a nivel político..."* En este sentido, véase CARRIZOSA UMAÑA, J. "Construcción de la teoría de la sostenibilidad. Misión Rural, Transición, Convivencia y Sostenibilidad, 1998, nº5, pp. 27-32

teoría del desarrollo sostenible que es la base de todo. Sin embargo dicho postulado se ha malinterpretado, y hoy en día se toma el desarrollo sostenible como la simple ejecución material a través de la política; esto ha generado distintas críticas por los estudiosos del tema, pues el hecho de solo pretender materializar la sostenibilidad sin establecer el fundamento de la teoría del desarrollo sostenible es saltar los principios rectores de esta y ejecutar de una forma vacía los fines. Al respecto, países entre los cuales destaca Colombia, han saltado por encima del desarrollo teórico del concepto a nivel de las políticas del Estado⁶.

A lo largo de este documentos hemos establecido la complejidad de aplicación material y real del concepto de Desarrollo Sostenible en materia jurídica, y estos no son más que dos problemas cimentados en el poco desarrollo internacional y su poca relevancia dentro del contexto de la comunidad jurídica internacional, y un problema latente a nivel interno por la indebida interpretación de la materialización de la teoría de la sostenibilidad en la economía interna de los Estados. En este Orden de ideas y fundamentado en lo dispuesto por este escrito enmarcaremos los tres principales problemas del Concepto de Desarrollo sostenible en conexión con el Derecho:

1. *La falta de definición del término “desarrollo sustentable o sostenible” por parte del estado colombiano:* No existe una definición aprobada por parte de ninguna de las instituciones del estado con la cual pueda desarrollarse un estudio claro sobre que entiende el estado colombiano sobre el desarrollo sustentable o sostenible.
2. *El Desarrollo Sostenible no tiene ningún tipo de valor Constitucional autónomo:* Es clave especificar que no pretendemos introducir o establecer un Derecho fundamental que posiblemente sea muy cuestionado y criticado por nuestros colegas académicos. Tampoco es nuestra intención pretender modificar la constitución para establecer simples reflexiones las cuales ponemos a disposición de la academia para su debate. Más bien nos aferramos a la posibilidad de progreso, el cual en materia Constitucional es uno de los fines del Estado en Colombia (Artículo 2, Const. 1991), y ejecutar una teoría que resulta interesante en sus modelos económicos y afianzarla jurídicamente para su materialización es un sueño ambicioso, de los cuales Colombia debería comenzar a creer. Además un tema que

6 *“Es necesario señalar que esa introducción del concepto a nivel de la estrategia de la conservación fue el fundamento claro para que la Comisión Brundtland en el año 1987 introdujera con tanta fuerza en el medio político el concepto de Desarrollo Sostenible. Y con esa introducción en el medio político pasamos a la visión económica de lo sostenible a visión de producción material de lo sostenible, de una visión conservacionista a una visión puramente política de lo sostenible; esta visión política ha tenido tanto auge, debido, sobre todo, a que empezó a ser difundida por la Comisión Bruntland apoyada por las Naciones Unidas y puesta como una alternativa al desarrollo tal como se conocía en ese momento en que el proceso de Desarrollo estaba siendo sometido a críticas y dudas muy grandes, tanto que las teorías del desarrollo prácticamente habían desaparecido del medio económico académico, con los especialistas en las teorías del desarrollo eran muy escasos y en las principales facultades de economía las teorías del desarrollo prácticamente se habían echado a un lado, inclusive en las facultades de economía de los países que se habían clasificado en los años cincuenta como países en desarrollo”.*

ha adquirido la relevancia de Derecho Humano (Estatus adquirido por la ONU) dota de una connotación más que interesante pensando en los futuros causes en los que podría andar el Derecho.

3. *Limitar El concepto de Desarrollo Sustentable o Sostenible en exclusividad a la Materia Ambiental:* Dicho problema fue planteado al comienzo de este escrito y resulta un error radical en cuanto a las verdaderas pretensiones de la teoría de la sostenibilidad. En Colombia el Desarrollo Sostenible o Sustentable se considera un principio conexo a la protección del medio ambiente y gozar de un ambiente sano; en materia Constitucional se aferra a Derechos Colectivos⁷ y Derechos del medio ambiente de los cuales brinda un alcance definido como que “*El desarrollo sostenible no es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza...*” (Corte Constitucional, 7 de Mayo del 2002). Sin Embargo el Consejo de estado ha aclarado que el tema de Desarrollo Sostenible no sólo tiene que ver con los recursos naturales como tal, sino que también guarda estrecha relación con la preservación y sostenibilidad en el tiempo y el espacio de las comunidades étnicas en lo que tiene que ver con su territorio, costumbres, cultura y todo lo atinente con la naturaleza de su comunidad.⁸ Cabe recordar que cuando nos referimos a desarrollo sustentable hablamos de un conglomerado de aspectos que tocan aspectos desde lo económico pasando por las libertades sociales e incluso llegando a aspectos como el respeto y la promoción de la diversidad cultural y biológica.
4. *El desarrollo del concepto limitado a la estructuración de políticas públicas sin prevención de la estructura económica:* Este problema radica en lo expuesto a través de la teoría de la sostenibilidad de Carrizosa (1998), y es que ejecutar en exclusividad política la materialización de la sostenibilidad sin los criterios económicos fundamentales de su teoría es limitarnos a desarrollar solo “*modelos de producción sostenibles*” (pág. 29) y eso no es desarrollo sostenible o sustentable.

7. La corte Constitucional especifica que los elementos principales del principio de Desarrollo sostenible se limitan a la preservación de un ambiente propicio para las generaciones actuales y venideras. Así lo deja entrever la sentencia T-445:

“En torno al concepto de desarrollo sostenible se desprenden al menos cuatro elementos recurrentes: el primero es la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad inter generacional); el segundo es la idea de explotar los recursos de una manera sostenible, prudente y racional; el tercero es el uso equitativo de los recursos naturales; y el cuarto la necesidad de que las consideraciones medioambientales estén integradas en los planes de desarrollo...” (Corte Constitucional, 19 de Agosto del 2016).

8. Detalle Jurisprudencial:

- Consejo de Estado SENTENCIA RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-1994-0018-01(10018).
- Consejo de Estado SENTENCIA RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-1996-12094-01(12094).
- Consejo de Estado SENTENCIA RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-1997-03562-01(13562).

EL DESARROLLO SOSTENIBLE O SUSTENTABLE COMO FUTURO EN EL DERECHO COLOMBIANO

En coherencia con el título del presente trabajo, procuraremos a presentar unos postulados a manera de hipótesis de investigación, que se perfilan como posibles soluciones a los problemas planteados en el contexto de este escrito, y finalmente generar las conclusiones parciales de este primer avance de investigación.

1. *Ubicar el Desarrollo Sustentable dentro del contexto constitucional y Desarrollar más a fondo el principio de Desarrollo Sostenible en el ordenamiento jurídico colombiano.*

Como se ha podido establecer a lo largo del desarrollo del presente texto se considera necesario dotar de autonomía constitucional al derecho al *desarrollo sustentable* teniendo en cuenta el art 2 de la constitución política el cual habla de los fines del estado, específicamente el fin que se refiere al *progreso*, de esta forma se podría iniciar a considerar el *desarrollo sustentable* como parte de dicho fin y el principal medio de obtener ese tan aclamado *progreso* que hoy en día es tan importante para el desarrollo de Colombia.

2. *Estructurar una teoría de sostenibilidad economía completa.*

Es decir, salir de la idea que establece que el desarrollo sostenible o sustentable es un tema meramente ambiental, esto se logra a través de la estructuración de un concepto verdadero brindado por el estado colombiano a través de alguna de sus instituciones judiciales o legislativas, para así empezar el desarrollo normativo del concepto con el cual se defina y se fomente. Postulado vital puesto que la definición del concepto es realmente importante para así crear una serie de políticas públicas en pro del desarrollo económico que tenga un piso o cimiento real.

3. *Generar una regulación normativa como columna vertebral de la ejecución del Desarrollo Sustentable en Colombia.*

De una manera apresurada nos atrevemos a plantear como hipótesis que la ejecución del Desarrollo sustentable a través de la política es viable, pero si y solo si existe un respaldo solido por parte de la academia jurídica y los precedentes judiciales, pues con un fundamento legal que condicione las actuaciones administrativas, se lograría así encausar las políticas públicas, además de coaccionar los medios de aplicación del principio de desarrollo sostenible. Con todo este engranaje se lograría estructurar una ejecución garantista tanto de los derechos individuales como colectivos de la sociedad.

CONCLUSIONES

1. El concepto de Desarrollo Sostenible o Sustentable es un concepto eminentemente económico, lo cual condiciona su actuar en el campo jurídico, sin embargo en aras del contexto de globalización y el acogimiento al Derecho Humano,

- se puede comenzar a considerar hacia futuro la teoría de la sostenibilidad principio clave para el Derecho.
2. Limitar el concepto de Desarrollo Sostenible o Sustentable exclusivamente a la temática ambiental es desaprovechar ideales económicos importantes en el contexto global que nos encontramos, y desperdiciar grandes herramientas que nos proporciona para las garantías colectivas de la sociedad.
 3. Se puede visionar el Desarrollo Sustentable como valor Constitucional partiendo de las consideraciones actuales del contexto global, los tratados protocolos y conferencias desarrollados en el último tiempo, y los objetivos planteados hacia futuro por la comunidad internacional (Objetivos de Desarrollo Sostenible). En el estado colombiano este desarrollo se podría hacer a través de la conexidad con el art 2 de la constitución política que establece como uno de los fines del estado "el progreso", por lo que es viable comenzar a encauzar el actuar jurídico de los gobiernos y administraciones publica a un condicionante de progreso el cual puede comenzar a ser reconocido como Desarrollo Sustentable.
 4. La convicción de la sociedad civil es igual de importante ya que no solo es necesario la estructuración del concepto de desarrollo sustentable sino también que la sociedad civil no solo se vea interesada en instruirse y conocer sino también hacer parte ya sea como veedores o como emprendedores que dentro de sus empresas promuevan y estimulen el desarrollo sustentable dentro de sus procesos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carrizosa Umaña, J. (1998). Construcción de la teoría de la sostenibilidad. *Misión Rural, Transición, Convivencia y Sostenibilidad - N°5*, 27-32.
- Castellanos Restrepo, J. C., & Gomez Betancur, M. A. (2014). El desarrollo como Derecho. Una perspectiva histórica de su consagración jurídica internacional. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS vol. 44 N° 121*, 503-526.
- Corte Constitucional. (19 de Agosto del 2016). Sentencia T-445. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (7 de Mayo del 2002). Sentencia C-339. M.P. Jaime Araujo Renteria.
- Diaz, A., Chingaté, N., Muñoz, D., Olaya, W., Perilla, C., Sánchez, F., & y Sánchez, K. (2009). Desarrollo Sostenible y el Agua como Derecho en Colombia. *Revista de estudios socio-jurídicos, Universidad Javeriana*, 84-116.
- Fuchs Bobadilla, M. (2002). El Desarrollo Sustentable y el Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de Mexico - UNAM N° 237*, 85-102. Obtenido de <https://www.google.com.co/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiG0-Gf17vVAhUCeSYKHafJBgYQFggzMAE&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Frev-facultad-derecho-mx%2Farticle%2FviewFile%2F28586%2F2>
- García Henao, L. (2003). Teoría del Desarrollo Sostenible y Legislación Ambiental Colombiana: Una Reflexión Cultural. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 198-215.
- Gomez de Segura, R. B. (2014). *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis*. Bilbao: Hegoa.

- Gomez Isa, F. (1999). El desarrollo como Derecho Humano . En C. Berzosa, *Derechos Humanos y Desarrollo* (págs. 31-55). Bilbao : Mensajero.
- Gutierrez Gomez, C. (2013). El Desarrollo Sostenible: Conceptos Basicos, alcance y criterios para su evaluacion. *UNESCO*, 90-111.
- Raidán Martinez , G. (2007). El Desarrollo Sustentable. *Poblacion y Desarrollo N° 34*, 90-99. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5654255>
- Ramírez Treviño, A., Sánchez Núñez, J. M., & García Camacho, A. (2003). El Desarrollo Sustentable: Interpretación y Análisis. *Revista del Centro de Investigación Universidad La Salle*, 55-59. Obtenido de <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34202107>>
- Rodríguez Becerra, M. (1994). El Desarrollo Sostenible: ¿Utopía o realidad para Colombia? En M. Rodríguez Becerra, *La política ambiental del fin de siglo: Una agenda para Colombia* (págs. 15-43). Bogota: CEREC.
- Secretario General de las Naciones Unidas. (1979). *Informe E/CN.4/1334 del 11 de Diciembre*. ONU.
- UNESCO. (2012). *Educación para el Desarrollo Sostenible (Libro de Consultas) - Instrumentos de aprendizaje y formación N° 4 - 2012*. Paris: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.



¿Consecuencias no deseadas? La Directiva sobre las emisiones industriales y la colonialidad

UNINTENDED CONSEQUENCES? THE INDUSTRIAL EMISSIONS DIRECTIVE AND COLONIALITY

Jürgen Poesche*

Sin Universidad de Adscripción (jubilado)

jurgen.poesche@hotmail.com

Recibido: 02 de junio de 2020 | Aceptado: 01 de julio de 2020

RESUMEN

Aunque nominalmente neutral, la Directiva sobre las emisiones industriales de la Unión Europea incluye tanto la colonialidad del poder como la colonialidad del saber. Si la Directiva se utiliza como plantilla para el derecho ambiental en las Américas y África subsahariana, existe el riesgo de que la colonialidad existente allí sea confirmada y reforzada. Al mismo tiempo la base de la Directiva, es que el desarrollo sostenible, no ha podido evitar el empeoramiento de la degradación ambiental. Por lo tanto, es necesaria una renovación de la Directiva, por lo que las cosmovisiones de las naciones indígenas con respecto a la posición de los humanos en el universo deberían ser decisivas.

ABSTRACT

Although nominally neutral, the Industrial Emissions Directive of the European Union contains both coloniality of power and coloniality of knowledge. If the Directive is used as a blueprint for environmental law in the Americas and Sub-Saharan Africa, then extant coloniality is confirmed and strengthened there. Simultaneously, the foundation of the Directive, the sustainable development, has failed to prevent the worsening environmental destruction. It is therefore necessary that the Directive is amended. Here, the cosmovisions of Indigenous nations regarding the place of humans in the universe need to be given a decisive importance.

PALABRAS CLAVE

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
Desarrollo sostenible
Directiva sobre las emisiones industriales
Información sobre efectos transfronterizos
Mejores técnicas disponibles (MTD)
Participación pública

KEYWORDS

Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)
Sustainable development
Industrial Emissions Directive
Information on transborder effects
Best available technology (BAT)
Public participation

* Jürgen Poesche ha obtenido tres doctorados, en Administración de Empresas, Derecho e Ingeniería. Antes de su retiro, trabajó en la academia, consultoría e industria. Tuvo la oportunidad de participar en un trabajo de asociación de la industria en, por ejemplo, el Reglamento de Productos Químicos de la Unión Europea, la Directiva de Comercio de Emisiones de la Unión Europea y la Directiva Marco del Agua de la Unión Europea además de la legislación alemana. Trabajando para la industria, también estuvo involucrado en salvaguardar el cumplimiento (legal). Sus intereses de investigación actuales incluyen ética empresarial, colonialismo, colonialidad, historia jurídica, teoría jurídica y filosofía jurídica.

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El derecho ambiental de la Unión Europea puede ayudar a prevenir o al menos reducir la degradación ambiental, pero también puede contribuir a la degradación ambiental y la opresión de las naciones indígenas. Las nefastas consecuencias del derecho ambiental pueden verse como un conflicto entre las cosmovisiones de las naciones indígenas, que a menudo priorizan la armonía en el universo; y la creencia en el progreso tecnológico en Occidente, que en última instancia se basa en la objetivación y explotación del universo. Al mismo tiempo, el conflicto puede entenderse como una expresión de violencia contra las naciones indígenas y el universo. Estos procesos sociales expresan así la colonialidad en las Américas y el África subsahariana.

Académicos como Enrique Dussel, Frantz Fanon, Walter Mignolo y Aníbal Quijano han hecho importantes contribuciones a la investigación de la colonialidad, pero el trabajo de los teólogos de la liberación católicos como Gustavo Gutiérrez, Óscar Romero y Jon Sobrino no deben olvidarse en este contexto. Las diferentes formas de colonialidad en derecho han recibido especial atención en la literatura latinoamericana. En este punto deben mencionarse, por ejemplo: la teoría jurídica¹, la historia jurídica², el derecho penal³, el derecho constitucional⁴ y el derecho internacional⁵. Dado que la economía de extracción pone en peligro los medios de vida de numerosas naciones indígenas⁶, el derecho ambiental juega un papel destacado no solo en el colonialismo en curso, sino también en la colonialidad.

La investigación de la colonialidad identificó varias categorías de colonialidad. Este ensayo se centra en la colonialidad del poder y la colonialidad del saber. Si se supone que el cuerpo, el discurso y la memoria forman la base de la ética en la política⁷, entonces la colonialidad del poder y la colonialidad del conocimiento impiden una política ética y por lo tanto un derecho positivo ético. Como Aníbal Quijano señaló⁸, la colonialidad del poder continúa las estructuras racistas del poder colonial: "En adelante, 'raza', un constructo mental moderno, sin nada que ver con nada en la previa realidad, generado para naturalizar las relaciones sociales de dominación producidas por la conquista, se constituye en la piedra basal del nuevo sistema de dominación, ya que las formas de dominación precedentes, como entre sexos y edades, son redefinidos en torno de la hegemonía de 'raza'." En cuanto a la colonialidad del

1. GÓMEZ VÉLEZ, M. I., *et al.*, "Estudios decoloniales y poscoloniales: Posturas acerca de la modernidad/colonialidad y el eurocentrismo", *Ratio Iuris*, vol. 12 no 24, 2017, pp. 31-36.

2. CEBALLOS-BEDOYA, N., "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada: Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial 1750-1810", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13 no 2, 2011, p. 241.

3. VILELA, A. L. S., "Violência Colonial e Criminologia: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence", *Revista Direito e Praxis*, vol. 9 no 4, 2018, p. 2027.

4. VILLA HOLGUIN, E., "Chantaje colonial e ilegitimidad institucional occidental", *Ratio Iuris*, vol. 14 no 28, 2019, p. 23.

5. GÁNDARA, M., "Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos", *Revista Direito e Praxis*, vol. 8 no 4, 2017, p. 3133.

6. PALACIO VALENCIA, *et al.*, "El eco-etnodesarrollo el Chocó biogeográfico: Estudio a partir del extractivismo y las luchas sociales por el territorio", *Ratio Iuris*, vol. 13 no 26, 2018, pp. 105-107.

7. ALARCON OLGUIN, V., "Ética y política en los laberintos de la postmodernidad", *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 1 no 2, 2013, pp. 86-89.

8. QUIJANO, A., "El 'movimiento indígena' y las cuestiones pendientes en América Latina", *Tareas*, no 119, 2005, p. 33.

saber, Gustavo Verdesio observó⁹ que “a Latinoamérica en particular, los saberes otros que Occidente no respeta como tales.”

El derecho ambiental europeo es parte de la cultura europea. Como el derecho ambiental ordena las relaciones de poder social, el derecho ambiental es una parte esencial de la colonialidad. Dado que el derecho ambiental se trata de soluciones tecnológicas, el derecho ambiental es una parte esencial de la colonialidad del saber. Dado que el desarrollo jurisprudencial y tecnológico depende de decisiones ideológicas, aquí debe señalarse el concepto europeo de desarrollo sostenible, ni la ley positiva, ni la tecnología son universalmente válidas. Estos hallazgos respaldan la afirmación de que el derecho ambiental europeo se caracteriza por la colonialidad desde el punto de vista de las naciones indígenas.

Existe el riesgo de estabilización y expansión de la colonialidad del poder y la colonialidad del saber existente si se adopta el derecho ambiental europeo en las Américas y África subsahariana. Este ensayo se centra en la Directiva sobre las emisiones industriales (2010/75/UE) (“Directiva” o “DEI”). Los permisos para plantas industriales se basan en la Directiva (artículo 5), por lo que la Directiva desempeña un instrumento clave en la protección del medio ambiente. Una limitación importante del alcance de la Directiva (artículo 9) es que no regula la emisión de gases de efecto invernadero.

Las élites del poder en las Américas y África subsahariana derivan sus posiciones de dos formas básicas. En las colonias de colonos, las élites del poder consisten en descendientes de colonos que generalmente venían de Europa. Como resultado, las naciones indígenas son expropiadas y privadas de sus derechos. Las élites del poder basan sus acciones en la colonialidad del poder y la colonialidad del saber. Ejemplos son Argentina y los Estados Unidos.

En las colonias locales, las élites del poder provienen de naciones indígenas, pero basan sus acciones en la colonialidad del poder y la colonialidad del saber. En este punto, debe recordarse que las empresas de extracción también son actores culturales¹⁰. Aquí están respaldados por los antiguos imperios coloniales y especialmente por la industria extractiva. Ejemplos son la República Democrática del Congo y Angola. También hay formas mixtas. México es un ejemplo. La gran mayoría de los mexicanos son mestizos. Por lo tanto, una parte sustancial de las élites del poder proviene parcialmente de las naciones indígenas, pero sus acciones aceptan la colonialidad del poder y la colonialidad del saber.

La colonialidad contra las naciones indígenas también existe dentro de la Unión Europea. Como muestra el ejemplo de la Guayana Francesa¹¹, la cuestión de la colonialidad legal es mayor en los estados miembros de la Unión Europea de lo que a veces se piensa. También sería poco sincero ignorar la influencia del derecho ambiental europeo en América Latina y África subsahariana. A esto se agrega el cada vez más importante derecho ambiental internacional¹², que generalmente se basa en modelos occidentales. El derecho europeo sirve

9. VERDESIO, G., «Colonialidad, colonialismo y estudios coloniales: un enfoque comparativo de inflexión subalternista», *Tabula Rasa*, no 29, 2018, p. 98.

10. PASILLAS PINEDA, E. F., “Libre determinación y consulta como bases de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Universitas*, vol. 29, 2019, p. 18.

11. DAVY, D., et al., “Le droit foncier chez les populations amérindiennes de Guyane française”, *Historie de la Justice*, vol. 26 no 1, 2016, p. 223.

12. KOCH, H.-J., MIELKE, C., “Globalisierung des Umweltrechts”, *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 20 no 9, 2009, pp. 406-407.

como modelo a seguir para las élites del poder en las colonias de colonos y las colonias de locales. También sirve como modelo a seguir en las actividades del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional¹³. Tampoco debe pasarse por alto que las empresas europeas, particularmente en la industria de extracción, fomentan la colonialidad del poder y la colonialidad del saber.

Dado que el derecho ambiental también se refiere del cumplimiento de las normas jurídicas, es apropiado abordar brevemente la legalidad de la colonialidad del poder y la colonialidad del saber en las colonias de colonos y las colonias locales. Aunque Antonio Minucci da Pratovecchio y Antonio de Rosellis, debido a la jurisdicción papal en todo el mundo, solo le otorgaron al Papa el derecho de sancionar guerras por motivos religiosos en el siglo XV¹⁴. Los trabajos de Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez sugieren que las guerras contra las naciones indígenas en las Américas y la administración de las colonias americanas fueron indudablemente ilegales. Los mismos argumentos se aplican a las naciones indígenas en África subsahariana. Aunque los estudiosos legales posteriores trataron de legalizar las acciones de las potencias coloniales europeas, la legalidad de los colonizadores y las colonias locales sigue siendo cuestionable. Del trabajo de Las Casas, Vitoria y Suárez queda claro que la soberanía absoluta de las naciones indígenas era y es válida.

Este ensayo aborda cuatro semillas claves de la colonialidad contra las naciones indígenas y sus cosmovisiones en la Directiva. Primero, el concepto de desarrollo sostenible, que es incompatible con las cosmovisiones de numerosas naciones indígenas. Segundo, el eurocentrismo de las mejores técnicas disponibles, que ignora las tecnologías basadas en las cosmovisiones de las naciones indígenas. Tercero, la posición de las naciones indígenas insatisfactoria en la estructura de la Directiva. Cuarto, la concepción occidental de la participación pública, que ignora las concepciones de la democracia participativa de las naciones indígenas. Finalmente, se formulan tres enfoques.

2. DESARROLLO SOSTENIBLE COMO COLONIALIDAD

La Directiva se basa en el concepto occidental del desarrollo sostenible. El concepto de desarrollo sostenible generalmente no se cuestiona seriamente en la literatura europea¹⁵. Esto da lugar a tres problemas fundamentales en las Américas y el África subsahariana. Primero, el progreso del cambio climático global y la destrucción de numerosos ecosistemas prueban que el concepto ha fallado. Segundo, la Directiva se basa en una comprensión del progreso que va en contra de numerosas cosmovisiones de las naciones indígenas. Tercero, la Directiva se basa en una concepción de la posición de la humanidad en el universo que es incompatible

13. La Legal Origins Theory en realidad ha promovido la colonialidad legal en las actividades del Banco Mundial. Ver: MOERLOOSE, S., "Estándares ambientales y sociales en la condicionalidad del Banco Mundial", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 3 no 2, 2014, pp. 66-70; y VANDENBULKE, A., "La Legal Origins Theory : droit, économie, idéologie", *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 31 no 1, pp. 103-106.

14. ROJAS DONAT, L., "Dos informes en Derecho del siglo XV sobre las relaciones entre cristianos y sarracenos", *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, vol. 30, 2008, p. 465.

15. Por ejemplo: REESE, M., "Leitbilder des Umweltrechts", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 21 no 7-8, 2010, pp. 345-346; JARASS, H. D., "Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 22 n° 12, 2011, pp. 564-565.

con numerosas cosmovisiones de las naciones indígenas¹⁶. Toda contradicción con las cosmovisiones de las naciones indígenas contiene la semilla de la colonialidad.

Una consecuencia nefasta de la colonialidad del poder y la colonialidad del saber es que los conceptos y tecnologías inferiores proliferan como resultado del eurocentrismo. En vista de la frecuente inferioridad de los conceptos y tecnologías, el requisito previo de la colonialidad es la violencia contra las naciones indígenas y la vida en armonía en el universo. Vale la pena enfatizar que numerosas cosmovisiones de las naciones indígenas llevan el estatus de actores más allá de Occidente, especialmente lo que se considera espíritus y objetos inanimados en Occidente. Desde la perspectiva de numerosas cosmovisiones de las naciones indígenas, el desarrollo sostenible y por lo tanto también la directiva son inadmisiblemente restrictivos.

La estabilización y difusión de la colonialidad en el concepto de desarrollo sostenible también se lleva a cabo por las empresas. Dos ejemplos son la «Sustainable Supply Chain Management»¹⁷ y la “Responsabilidad Social Empresarial” (RSE) si no son compatibles con las cosmovisiones de las naciones indígenas. Como muestra la discusión sobre el desarrollo sostenible en la gestión, se buscan soluciones a los problemas de la cultura occidental. La colonialidad se expresa aquí.

2.1. El fracaso del desarrollo sostenible

Aunque de nota, el progreso del cambio climático no es el único ejemplo que demuestra el fracaso del derecho medio ambiente internacional. Es también el fracaso del concepto del desarrollo sostenible. A esto se suman, por ejemplo, la destrucción de numerosos ecosistemas, los desechos plásticos en los océanos y las consecuencias poco claras del uso de la ingeniería genética.

El fracaso del concepto era de esperar desde el concepto. En lugar de detener la degradación ambiental, el concepto fomenta esto relativizando la degradación ambiental. Si el medio ambiente se puede poner en perspectiva con factores sociales y especialmente económicos, se abren las barreras contra la pereza, la avaricia, la arrogancia, la envidia, la gula, la lujuria y la ira. En el derecho ambiental, es necesario vigilar siempre las motivaciones más bajas en las acciones humanas.

16. En este contexto, es necesario considerar las cosmovisiones de las naciones indígenas sin categorizaciones e ideologías occidentales. Por ejemplo, la ideología neoliberal es fundamentalmente inútil desde la perspectiva de las cosmovisiones de las naciones indígenas. Además, la ideología neoliberal es indudablemente incompatible con la herencia occidental, como lo demuestra, por ejemplo, la doctrina social católica y la teología de la liberación. El rechazo de la ideología neoliberal es, por lo tanto, un requisito previo para defender las cosmovisiones de las naciones indígenas. Ver también: ILLICACHI GUZÑAY, J., “Desarrollo, educación y cosmovisión: una mirada desde la cosmovisión andina”, *Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, no 21, pp. 17-32, 2014, pp. 25-29; CANO CONTRERAS, E. J., et al., “La construcción de la noción de Cosmovisión Maya en Guatemala”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 13 no 1, 2018, pp. 22-23; MARTIN, A., “L’expérience zapatiste et la question indigène au Mexique», *Pouvoirs*, vol. 171 no 4, 2019, p. 85; MONTALVAN ZAMBRANO, D. J., “Justicia ecológica”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 18, 2020, pp. 187.

17. HANSEN, E. G., et al., “Sustainable Supply Chain Management im globalen Kontext”, *Die Unternehmung*, vol. 65 no 2, 2011, pp. 89-92.

En este contexto, es preocupante, por ejemplo, que el nivel de la mejor tecnología disponible puede variar por razones económicas (motivación 16 de la Directiva). La Directiva permite que el período de renovación en las plantas, que se realizan con las mejores técnicas disponibles (MTD), sea superior a cuatro años (motivación 22 de la Directiva). Se puede suponer que tales extensiones de tiempo se otorgarán por razones económicas. Aquí se establece un predominio de factores económicos sobre factores ambientales.

2.2. El progreso incompatible

¿Es deseable el progreso? ¿Cómo se mide el progreso? Occidente ha respondido a la primera pregunta de la modernidad sin poder evaluar regularmente su respuesta. Desde los tiempos modernos, Occidente ha medido principalmente sobre la abundancia material, que en última instancia se basa en la explotación incesante de los recursos y territorios de las naciones indígenas.

Dado que las naciones indígenas generalmente no han renunciado a sus territorios en las Américas y el África subsahariana voluntariamente, la cesión es problemática según el Artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ("Declaración") y simplemente ilegal debido al trabajo de Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez. Los derechos territoriales de las naciones indígenas también están respaldados por los artículos 25 y 26 de la Declaración porque la Declaración no impone ningún período de limitación. Afirma que los derechos de las naciones indígenas entre el derecho civil y el derecho administrativo dentro de los sistemas derechos de las colonias de colonos y las colonias locales¹⁸ no son legalmente más que alucinaciones de las élites del poder en las colonias de colonos y las colonias locales.

El progreso es por lo tanto una cuestión de derechos humanos. Al analizar la cuestión de los derechos humanos, la Directiva es en gran medida estéril porque considera los derechos humanos en el contexto de la abundancia material y la explotación de recursos y territorios. Además, la Directiva no comprende los derechos humanos como un aspecto parcial de todas las interacciones en el universo.

La constelación básica en la Directiva es el progreso contra el universo. Tal progreso está destinado a fallar porque al final el universo siempre gana. Por ejemplo, no hay progreso contra la erupción de un súper volcán o el impacto de un gran asteroide. La primacía del universo corresponde a numerosas cosmovisiones de las naciones indígenas. De esto se deduce que la visión occidental del progreso es incompatible no solo con la realidad científica sino también con numerosas cosmovisiones. El derecho humano más fundamental es por lo tanto que la armonía en el universo no sea perturbada.

2.3. La humanidad en el universo

La Directiva se basa en el supuesto básico de que la explotación de recursos y territorios a mediano y largo plazo no debe estar en peligro. Si, desde la perspectiva actual, no hay intereses antropocéntricos en la protección del medio ambiente, entonces apenas existen

18. Comparar: OTIS, G., "Les droits ancestraux des peuples autochtones au carrefour du droit public et du droit privé : le cas de l'industrie extractive", *Les Cahiers de Droit*, vol. 60 no 2, 2019, pp 489-490.

obstáculos para la destrucción del medio ambiente. La objetivación del universo se verá en el documento MTD para evaluaciones económicas y de medios cruzados.

El concepto de desarrollo sostenible no es solo un constructo occidental neoliberal, sino que también ignora el saber de las naciones indígenas sobre el universo. En este punto hay que darse cuenta de que el término «Pachamama» de las naciones indígenas de los Andes difiere fundamentalmente del término occidental «naturaleza» en que también incluye ríos y montañas, por ejemplo¹⁹. En todas sus actividades, la humanidad debe respetar todos los aspectos de “Pachamama”, algo que el concepto del desarrollo sostenible en la Directiva no permite porque el concepto subyacente del medio ambiente es significativamente más limitado.

Si se ve a la humanidad como una parte en lugar del gobernante del universo, cualquier violación del bienestar del universo es automáticamente una violación de los derechos humanos. Por ejemplo, las naciones indígenas en Oaxaca entienden la posición de los humanos en el universo de tal manera que los humanos son parte de la naturaleza y participan en interacciones recíprocas y sagradas con la naturaleza²⁰. En otro ejemplo, la nación indígena Nasasa subrayan la necesidad de armonía en el universo al que pertenecen también los humanos²¹. La obligación de liberar la Madre Tierra de las prácticas occidentales que ponen en peligro o destruyen la armonía resulta de la cosmovisión de, por ejemplo, los nasasa²². La armonía de las personas en el universo y el bienestar de todo el universo también son fundamentales para las cosmovisiones de las naciones indígenas en el África subsahariana²³. Esto abre no solo una perspectiva diferente sobre la cuestión de si el progreso es deseable, sino también sobre la cuestión adicional de qué progreso es en absoluto.

Se pueden ver pequeños pasos en la dirección del reconocimiento de los derechos de los animales en la legislación europea²⁴, pero son lamentablemente insuficientes desde la perspectiva de numerosas cosmovisiones. La relación de un grupo de personas con el universo puede interpretarse como parte de su identidad sociocultural²⁵. Una amenaza percibida a la identidad puede conducir a reacciones de defensa violentas. Este peligro es grande en el caso de Occidente, porque los occidentales se han permitido sentir desde 1492 que Occidente es superior a todas las demás culturas. Como resultado, sería más prometedor si repensar la posición de la humanidad en el universo se basara en fundamentos claramente occidentales. En este punto, se pondría en duda la recuerda a San Francisco de Asís. El futuro sería en el pasado.

19. GUTMANN, A., “Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador”, *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 30 no 11, 2019, p. 613.

20. BARABAS, A. M., “Cosmovisiones y etnoterritorialidad en las culturas indígenas de Oaxaca”, *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, no 7, 2008, pp. 127-128.

21. OROZCO, M., *et al.*, “La nasa yat: Territorio y cosmovisión”, *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, vol. 28, no 46, 2013, p. 252.

22. YONDA YULUÇX, L. A., *et al.*, “Kwesx kiwes peykanha fxiçenxi yuwe: hacia una comprensión intercultural de la lucha por la Madre Tierra, el territorio y la cosmovisión politico-religiosa en los nasasa”, *Tabula Rasa*, no 27, 2017.

23. KELBESSA, W., “La réhabilitation de l'éthique environnementale traditionnelle en Afrique”, *Diogene*, vol. 207 no 3, 2004, pp. 24-25 ; Samassékou, A., “De l'eurocentrisme à une vision polycentrique du monde”, *Diogene*, vol. 229-230 no 1, 2010, p. 221.

24. VIVAS TESON, I., “Los animals en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma”, *Revista Internacional de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019, pp. 4-6.

25. LAFARGUE, R., “Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement”, *Droit et Société*, vol. 74, no 1, 2010, p. 161.

3. LAS MEJORES TÉCNICAS DISPONIBLES COMO COLONIALIDAD

El punto clave de la Directiva es la premisa de que las MTDs protegen el medio ambiente. La nueva tecnología en las MTDs puede verse como un aspecto de la creencia en el progreso. El término «mejor técnica disponible» se define en la Directiva (Artículo 3): “La fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir la base de los valores límite de emisión y otras condiciones del permiso destinadas a evitar o, cuando ello no sea practicable, reducir las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente.” Por lo tanto, la Directiva no dice nada sobre el eurocentrismo tecnológico.

En la práctica, la Directiva contiene tres semillas de la colonialidad del saber en este contexto. Primero, está claro que la Directiva refleja la creencia occidental en el progreso tecnológico, una creencia que no necesariamente es consistente con las cosmovisiones de las naciones indígenas. Segundo, es sorprendente que las tecnologías discutidas en los documentos MTD sean casi sin excepción de origen occidental, o hayan sido modificadas significativamente por occidente. Tercero, la Directiva parece evitar el regreso a la tecnología anterior, incluso si la tecnología anterior fuera mejor para el universe y el medio ambiente.

3.1. La creencia occidental en el progreso tecnológico

La creencia tecnológica occidental fortalecida con la modernidad. Si el progreso tecnológico ha llevado a la degradación ambiental, la solución se busca en más tecnología nueva y occidental. Este enfoque ignora el hecho de que una solución mucho mejor podría ser menos tecnología o tecnología basada en el saber de las naciones indígenas. Ese problema es particularmente virulento cuando la tecnología más nueva también conduce a la destrucción del universo y del medio ambiente. La colonialidad del saber es por lo tanto claro.

La creencia occidental en la tecnología queda clara en la Motivación (15) de la Directiva, porque aquí se supone implícitamente que el uso de la mejor tecnología disponible también contribuye a mejores resultados ecológicos. Como se puede ver en los ejemplos de la eficiencia energética y la Industria 4.0, la creencia en el progreso también es un medio para consolidar el poder colonial en las colonias de colonos y las colonias locales. Al menos superficialmente, una mejor eficiencia energética lograda con la nueva tecnología reduce la degradación ambiental, pero este enfoque no cuestiona si el consumo de energía es necesario. Mejorar la eficiencia energética puede legitimar la evolución tecnológica a expensas de una revolución tecnológica. Debido al dominio actual de la tecnología occidental en las colonias de colonos y las colonias locales, una evolución tecnológica estabiliza la colonialidad del saber existente.

La transformación actual a la Industria 4.0 ofrece la oportunidad de un renacimiento de tecnologías basadas en las cosmovisiones de las naciones indígenas. Al mismo tiempo, existe el riesgo de una expansión e intensificación de la colonialidad del saber. La mayor flexibilidad en los sistemas de fabricación con los que comienza la Industria 4.0 puede tener consecuencias económicas devastadoras para los sistemas de fabricación tradicionales en

las naciones indígenas. Esto pone en riesgo parte del saber de las naciones indígenas. En este contexto, la alianza africano-europea²⁶ teme lo peor.

3.2. Solamente las tecnologías occidentales

Aunque las tecnologías descritas en los documentos MTD no son estrictamente normativas (artículo 14 de la Directiva)²⁷, se debe esperar que sean objetivamente normativas en la práctica legal cotidiana. Las tecnologías descritas allí también tienen una importante función de señalización con respecto a la legitimidad de las tecnologías que se basan en el saber de las naciones indígenas. El desprecio por el saber de las naciones indígenas muestra no solo la existencia del eurocentrismo en los documentos del MTD sino también la existencia de la colonialidad del saber.

Los documentos MTD se definen en la Directiva (Artículo 3) de la siguiente manera: “Documento resultante del intercambio de información organizado con arreglo al artículo 13, elaborado para determinadas actividades, en el que se describen, en particular, las técnicas aplicadas, las emisiones actuales y los niveles de consumo, las técnicas que se tienen en cuenta para determinar las mejores técnicas disponibles, así como las conclusiones sobre las MTD y las técnicas emergentes, tomando especialmente en consideración los criterios que se enumeran en el anexo III.” La pregunta es si esta neutralidad nominal oculta el eurocentrismo tecnológico, porque no se menciona ningún mecanismo que incluya explícitamente la consideración de tecnologías basadas en el saber de las naciones indígenas.

El eurocentrismo tecnológico puede observarse, por ejemplo, en los documentos MTD para la producción de metales ferrosos, enfriamiento industrial y la producción de polímeros. La colonialidad del saber es, por lo tanto, obvia. El eurocentrismo tecnológico se convierte en una parte integral del permiso medioambiental porque la planta debe tener las mejores técnicas disponibles (DEI artículo 14).

Los documentos MTD deben revisarse ocasionalmente, lo que luego conduce a cambios en los permisos (DEI motivación 21). Por lo tanto, habría una oportunidad para mitigar la colonialidad del saber al incluir tecnologías basadas en el saber de las naciones indígenas en la revisión de los documentos MTD. Sin embargo, no hay nada en la Directiva que requiera tal enfoque.

La Directiva (Artículo 2) también parece proyectar el eurocentrismo tecnológico en el futuro porque excluye el desarrollo de nuevas tecnologías del alcance de la Directiva. Como muestran los documentos MTD, el término «nueva tecnología» no abarca realmente tecnologías que se basan en el saber de las naciones indígenas. La situación se ve agravada por el hecho de que las instituciones de derecho internacional responsables de la expropiación y privación de los derechos de las naciones indígenas son responsables de administrar los documentos MTD. La Directiva (Artículo 19) establece: “Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes estén al corriente o sean informadas acerca de la evolución de las mejores técnicas disponibles, de la publicación de cualesquiera conclusiones sobre las

26. SIERRA BENITEZ, E. M., “Sostenibilidad social en la industria 4.0. Desafío para la UE-2030”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 no 1, 2020, pp. 416-418.

27. DIEHL, A., “Stärkung des europäischen Konzepts der besten verfügbaren Techniken durch die Richtlinie über Industrieemissionen?”, *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 22, no 2, 2011, p. 62.

MTD nuevas o actualizadas, y pondrán dicha información a la disposición del público interesado." Aunque el Artículo 16 de la Declaración asegura la difusión del saber de las naciones indígenas, la Directiva no dice nada al respecto. En tales circunstancias, la colonialidad del poder y la colonialidad del saber se consolidan en las colonias de colonos y las colonias locales.

3.3. Sin tecnología anterior

¿Las tecnologías que hasta ahora han sido ignoradas por Occidente y basadas en el saber de las naciones indígenas son nuevas en el sentido de la Directiva? Es difícil responder esta pregunta de manera concluyente. Si tales tecnologías se utilizan en las naciones indígenas, obviamente no son nuevas a nivel global, pero siguen siendo regionales (occidentales). La Directiva no dice nada cuando se trata de decidir entre una novedad global o regional. En consecuencia, en la vida legal cotidiana existe el riesgo de que el eurocentrismo tecnológico gane ventaja.

Aunque el Artículo 12 de la Declaración reconoce expresamente la dinámica de las tecnologías basadas en el saber de las naciones indígenas, no se puede inferir de esto que las nuevas tecnologías sobre esta base también sean reconocidas por la Directiva.

Una interpretación extremadamente benevolente sería que las tecnologías de las naciones indígenas son nuevas en Occidente, por lo que se consideran nuevas en el sentido de la Directiva. Sin embargo, no es realista que tal interpretación sea particularmente exitosa en las colonias de colonos y las colonias locales. Dado que esta creencia en el progreso tecnológico en realidad excluye las tecnologías tradicionales de las naciones indígenas, la colonialidad es clara en la Directiva.

3.4. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Directiva puede influir de manera desventajosa en la interpretación de la Declaración. Desde la perspectiva de la Declaración, la Directiva contiene cinco problemas fundamentales.

Primero, la filosofía subyacente a la Directiva es incompatible con las cosmovisiones de numerosas naciones indígenas. Si el progreso tecnológico se limita a la tecnología occidental, como parece ser el caso en la Directiva, entonces la protección del saber de las naciones indígenas se ve empujada hacia el rincón antropológico en la realidad. Esto borraría de facto una parte esencial de la Declaración. Por lo tanto, hay buenas razones para argumentar que la Directiva es inconsistente con la Declaración de por qué la Directiva necesita ser modificada.

Segundo, el saber, y por lo tanto la tecnología basada en el saber de las naciones indígenas, es una parte integral de las culturas de las naciones indígenas. Con respecto a los Artículos 8 y 31 de la Declaración, preocupa el desprecio por estas tecnologías en los documentos MTD.

Tercero, los Artículos 23 y 32 de la Declaración establecen que las naciones indígenas son libres de elegir su propio futuro. Dado que las tecnologías afectan todas las áreas de la vida, sería problemático que las naciones indígenas no tengan voz en las tecnologías futuras.

Cuarto, de acuerdo con los Artículos 24 y 29 de la Declaración, las naciones indígenas tienen el derecho aparentemente ilimitado de tener protegidas las plantas medicinales, animales, minerales, medio ambiente y recursos importantes para las naciones indígenas. Dado

que la protección de plantas y animales presupone que los ecosistemas también están protegidos, la Declaración establece una voz integral para las naciones indígenas. Este derecho a opinar también incluye los documentos MTD. En tiempos de cambio climático, este derecho a opinar es global.

Cinco, la frecuencia de las inspecciones en plantas de producción por parte de los gobiernos europeos se discutió en la literatura sobre la Directiva²⁸. En este contexto, debe enfatizarse que las naciones indígenas no tienen autoridad para realizar inspecciones. Esta situación priva a las naciones indígenas de la capacidad de determinar en qué medida los derechos del universo han sido comprometidos.

4. INFORMACIÓN SOBRE EFECTOS TRANSFRONTERIZOS COMO COLONIALIDAD

La Directiva se vincula con la degeneración gradual del derecho internacional desde el siglo XVII. Confirmando la degeneración de que Francisco de Vitoria asumió que las naciones indígenas en las Américas eran iguales a los reinos europeos, la idea de Hugo Grocio de que los derechos dependen de que una corona tenga los recursos o el poder para hacerlos cumplir. Con esto, Hugo Grocio entregó una carta blanca para la colonialidad y el colonialismo.

La Directiva (Artículo 26) establece: “En caso de que un Estado (estado) miembro constate que la explotación de una instalación puede tener efectos negativos significativos en el medio ambiente en otro Estado (estado) miembro, o cuando un Estado (estado) miembro que pueda verse afectado significativamente lo solicite, el Estado (estado) (estado) miembro en cuyo territorio se haya presentado la solicitud de un permiso con arreglo al artículo 4 o al artículo 20, apartado 2, remitirá al otro Estado (estado) miembro, al mismo tiempo que la haga pública, cualquier información que deba facilitar o poner a disposición con arreglo al anexo IV.”

Dado que la obligación de proporcionar información no se aplica expresamente a las naciones indígenas, la Directiva incluye las semillas de la colonialidad del poder. Aunque los Artículos 3 y 4 de la Declaración permiten diferentes interpretaciones, el silencio de la Directiva sobre derechos de información de las naciones indígenas es problemático. En vista de la plena soberanía de las naciones indígenas en las Américas y el África subsahariana, es necesario priorizar la obligación de proporcionar información a las naciones indígenas.

5. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA COMO COLONIALIDAD

Una parte importante de la Directiva es la participación pública en los procedimientos de aprobación ambiental. La importancia de la participación pública en el proceso de aprobación queda clara en la Directiva (Artículo 24): “Los Estados miembros garantizarán que el público interesado tenga posibilidades reales de participar en una fase temprana en los siguientes procedimientos.” El público no tiene derecho de veto en el contexto de la parti-

28. BETAILLE, J., “Répression et effectivité de la norme environnementale”, *Revue Juridique de L'environnement*, no H-S, 2014, p. 54.

cipación pública. Esto también se aplica a las naciones indígenas. La participación pública muestra tanto la colonialidad del poder como la colonialidad del saber.

Para los participantes, la Directiva (Artículo 3) incluye esta definición: “El público afectado, que pueda verse afectado o que tenga un interés por la toma de una decisión sobre la concesión o actualización de un permiso o de las condiciones de un permiso; a efectos de la presente definición, se considerará que tienen un interés las organizaciones no gubernamentales que trabajen en favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional.” Mientras no se reconozca la soberanía integral de las naciones indígenas en las colonias de colonos y colonias locales, la definición previa es cuestionable. Es legalmente dudoso si las naciones indígenas pueden equipararse con organizaciones no gubernamentales.

Desde la perspectiva de la Declaración, la Directiva contiene un problema fundamental: La Declaración en los Artículos 18, 20, 27 y 34 garantiza el derecho de las naciones indígenas a establecer sus propias instituciones, y el Artículo 19 establece que las colonias de colonos y las colonias locales cooperen con estas instituciones. Dentro de los límites del derecho positiva actual, es problemático que las instituciones de las naciones indígenas sean ignoradas. Con respecto a las obras de Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, esta situación es insoportable.

5.1. La participación pública como colonialidad del poder

La colonialidad del poder se hace evidente en el hecho de que los requisitos legales son de origen occidental. Cuando se trata de la democratización del derecho ambiental en la literatura, generalmente hay que decir que las naciones indígenas son ignoradas²⁹. En tales casos, el término «democratización» ha degenerado en un disfraz de la continuación y el fortalecimiento de la colonialismo y de la colonialidad existente.

Se ha observado en las Américas que la democracia participativa camufla las tendencias autoritarias y la violencia³⁰. Por ejemplo, la violencia contra los mayas en relación con los proyectos mineros en Guatemala es notoria, aunque los elementos participativos en el derecho ambiental guatemalteco deberían prevenir tales eventos. La opinión expresada en la literatura de que el desarrollo sostenible significa desarrollo con la población³¹ es, por lo tanto, a menudo incorrecta en la práctica. De hecho, las ideas occidentales de desarrollo se aplican violentamente contra las naciones indígenas. En este contexto, las élites del poder en las colonias de colonos y las colonias locales representan los intereses de la industria de extracción.

Además, la base legal-teórica de la participación pública, la democracia deliberativa, es utilizada por colonias de colonos y colonias locales para pintar sus reclamos de soberanía en última instancia ilegales con un toque de legalidad. Incluso se puede preguntar si el concep-

29. Por ejemplo: LASKOWSKI, S. R., “Demokratisierung des Umweltrechts”, *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 21, no 4, 2010, pp. 172-173.

30. PEÑAFIEL, R., “La criminalisation de la participation citoyenne par des conceptions consensualistes de la démocratie participative”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 28, no H-S 1, 2015, pp. 266-267.

31. EBERHARD, C., “Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable”, *Revue Interdisciplinaire D'études Juridiques*, vol. 62, no 1, 2009, p. 127.

to de la interlegalidad³² implica la interpretación final y vinculante de todas las leyes por parte de las naciones indígenas para todos en las colonias de colonos y colonias locales en las Américas y el África subsahariana. No está claro si Jürgen Habermas y John Rawls han considerado seriamente el lado oscuro de la democracia deliberativa en las colonias de colonos y las colonias locales. Excluir a las naciones indígenas de la participación pública descalifica la democracia participativa en las Américas y el África subsahariana.

5.2. La participación pública como colonialidad del saber

La colonialidad del saber se puede encontrar en la base occidental de los argumentos en la participación pública. Por un lado, la participación pública se realiza bajo la premisa de la validez jurídica del concepto de desarrollo sostenible. Como ya se dijo, este concepto no es válido en numerosas naciones indígenas. Por otro lado, como ya se dijo, los argumentos tecnológicos y científicos se basan en la tecnología occidental y en una interpretación occidental de los fenómenos naturales. La participación pública, por lo tanto, ignora el saber de las naciones indígenas, lo que las desacredita fundamentalmente en las Américas y el África subsahariana.

El derecho es una forma del saber. Dado que la participación pública prescrita en la Directiva no se basa en formas de democracia y participación en las naciones indígenas, la participación pública prescrita en la Directiva representa la colonialidad del saber ipso facto.

5.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Desde la perspectiva de la Declaración, la Directiva contiene un problema fundamental: Dado que las naciones indígenas tienen derecho a tener sus propias instituciones de conformidad con el artículo 5 de la Declaración, la falta de una referencia explícita a estas instituciones en la Directiva es motivo de preocupación.

Como el derecho es una expresión de poder, el derecho puede reflejar no solo la colonialidad del saber sino también la colonialidad del poder. También es evidente que la autoridad competente mencionada en, por ejemplo, los artículos 4, 5, 8, 9, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23 y 26 de la Directiva no se refiere a las naciones indígenas. El colonialidad del poder también se expresa en el artículo 25 de la Directiva porque no existe ninguna disposición para llevar una acción ante los tribunales de las naciones indígenas.

La operacionalización de la declaración presupone que las autoridades competentes en Occidente, en las colonias de colonos y en las colonias locales entiendan las cosmovisiones y las estructuras sociales basadas en ellas de las naciones indígenas. Nada en la Directiva presupone tal entendimiento por parte de las autoridades competentes. Incluso si los tribunales en Europa, las colonias de colonos y las colonias locales están dispuestas a tener en cuenta las cosmovisiones de las naciones indígenas, es dudoso que tengan las habilidades culturales y lingüísticas para hacerlo.

32. Una interpretación más restringida en: OCAMPO MUNOA, M. G., "La interculturalidad, la interlegalidad y los criterios de modulación constitucional como buenas prácticas en materia de solución de conflictos electorales en municipios de mayoría indígena de México", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, no 2, 2019, p. 222.

6. CONCLUSIÓN

Debido a que la Directiva sobre las emisiones industriales contiene varios gérmenes de la colonialidad, no es adecuada como modelo para el derecho ambiental en las colonias de colonos y en las colonias locales en las Américas y África subsahariana. La misma evaluación se aplica a los Estados miembros de la Unión Europea que tienen territorios de ultramar en las Américas o el África subsahariana, como la Guayana Francesa.

Debido a la extensa degradación ambiental, como el cambio climático progresivo y la destrucción de muchos ecosistemas, la reticencia está de moda cuando se aplica el concepto de desarrollo sostenible como base para el derecho ambiental en las colonias de colonos y colonias locales en las Américas y África subsahariana. Como una cuestión de hecho, el concepto occidental del desarrollo sostenible ha fallado. No es exagerado señalar que el concepto del desarrollo sostenible sustenta toda la legislación ambiental europea, incluida la Directiva sobre las emisiones industriales. En consecuencia, es necesario adoptar una base más estricta para el derecho ambiental europeo. El énfasis en la armonía con el universo, la base de numerosas cosmovisiones de naciones indígenas en las Américas y el África subsahariana, es una mejor alternativa.

Dado que tales cosmovisiones de numerosas naciones indígenas son compatibles con las enseñanzas de San Francisco de Asís, tal replanteamiento en el derecho ambiental europeo sería compatible con la identidad occidental. Por lo tanto, es necesario un replanteamiento del derecho ambiental europeo, incluyendo la Directiva sobre las emisiones industriales.

Según esto, la Unión Europea tendría un derecho ambiental que sería menos problemática en los territorios de ultramar de los estados miembros. Además, un derecho ambiental europeo reformado sería más adecuada para reducir la colonialidad del poder y la colonialidad del saber en las Américas y en el África subsahariana si las colonias de colonos y las colonias locales allí renovar su derecho ambiental sobre la base de las normas europeas.

La responsabilidad medioambiental de la Unión Europea no termina en sus fronteras exteriores. Dado que debe suponerse que el derecho europeo tiene un efecto de señal en las colonias de colonos y las colonias locales, es inapropiado que los europeos ignoren la colonialidad del poder y la colonialidad del saber en las Américas y el África subsahariana.

Finalmente, en el contexto de la Directiva sobre las emisiones industriales, la renovación debe incluir tres puntos claves. Primero, las tecnologías basadas en el saber y las cosmovisiones de las naciones indígenas deben considerarse al menos en pie de igualdad en los documentos MTD. Segundo, la prioridad de las preocupaciones ecológicas y la armonía con el universo deben establecerse normativamente. Tercero, la plena soberanía de las naciones indígenas sobre todos los territorios que tenían en 1492 debería ser plenamente reconocida.

REFERENCIAS

- Alarcón Olguín, V., "Ética y política en los laberintos de la postmodernidad", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1 n° 2, 2013, pp. 83-96.
- Barabas, A. M., "Cosmovisiones y etnoterritorialidad en las culturas indígenas de Oaxaca", *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, n° 7, 2008, pp. 119-139.
- Bétaille, J., "Répression et effectivité de la norme environnementale", *Revue juridique de l'Environnement*, n° H-S, 2014, pp. 47-59.

- Cano Contreras, E. J., Page Pliego, J. T., Estrada Lugo, E. I. J., "La construcción de la noción de Cosmovisión Maya en Guatemala", *Revista pueblos y fronteras digital*, vol. 13 n° 1, 2018, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90660590001>
- Ceballos-Bedoya, N., "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada: Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial 1750-1810", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13 n° 2, 2011, pp. 223-247.
- Davy, D., Filoche, G., Guignier, A., Armanville, F., "Le droit foncier chez les populations amérindiennes de Guyane française", *Histoire de la justice*, vol. 26 n° 1, 2016, pp. 223-236.
- Diehl, A., "Stärkung des europäischen Konzepts der besten verfügbaren Techniken durch die Richtlinie über Industrieemissionen?", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 22 n° 2, 2011, pp. 59-65.
- Eberhard, C., "Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 62 n° 1, 2009, pp. 125-151.
- Gándara, M., "Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos", *Revista Direito e Práxis*, vol. 8 n° 4, 2017, pp. 3117-3143.
- Gómez Vélez, M. I., Saldarriaga Grisales, D. C., López Gil, M. C., Zapata Botero, L. M., "Estudios decoloniales y poscoloniales: Posturas acerca de la modernidad/colonialidad y el eurocentrismo", *Ratio Juris*, vol. 12 n° 24, 2017, pp. 27-59.
- Gutmann, A., "Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 30 n° 11, 2019, pp. 611-617.
- Hansen, E. G., Harms, D., Schaltegger, S., "Sustainable Supply Chain Management im globalen Kontext", *Die Unternehmung*, vol. 65 n° 2, 2011, pp. 87-110.
- Illicachi Guzñay, J., "Desarrollo, educación y cosmovisión: una mirada desde la cosmovisión andina", *Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n° 21, pp. 17-32, 2014, pp. 25-29.
- Jarass, H. D., "Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 22 n° 12, 2011, pp. 563-565.
- Kelbessa, W., "La réhabilitation de l'éthique environnementale traditionnelle en Afrique", *Diogenes*, vol. 207 n° 3, 2004, pp. 20-42.
- Koch, H.-J., Mielke, C., "Globalisierung des Umweltrechts", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 20 n° 9, 2009, pp. 403-409.
- Lafargue, R., "Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement", *Droit et Société*, vol. 74 n° 1, 2010, pp. 151-169.
- Laskowski, S. R., "Demokratisierung des Umweltrechts", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 21 n° 4, 2010, pp. 171-181.
- Martin, A., "L'expérience zapatiste et la question indigène au Mexique", *Pouvoirs*, vol. 171 n° 4, 2019, pp. 85-96.
- Moerlose, S. de, "Estándares ambientales y sociales en la condicionalidad del Banco Mundial", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 3 n° 2, 2014, pp. 45-88.
- Montalván Zambrano, D. J., "Justicia ecológica", *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 18, 2020, pp. 179-198.
- Ocampo Munoa, M. G., "La interculturalidad, la interlegalidad y los criterios de modulación constitucional como buenas prácticas en materia de solución de conflictos electorales en municipios de mayoría indígena de México", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7 n° 2, 2019, pp. 207-228.
- Orozco, M., Paredes, M., Tocancipá-Falla, J., "La nasa yat: Territorio y cosmovisión", *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, vol. 28 n° 46, 2013, pp. 244-271.
- Otis, G., "Les droits ancestraux des peuples autochtones au carrefour du droit public et du droit privé: le cas de l'industrie extractive", *Les Cahiers de droit*, vol. 60 n° 2, 2019, pp. 451-490.

- Palacios Valencia, Y., González, Á. C., Monsalve Builes, D., "El eco-etnodesarrollo el Chocó biogeográfico: Estudio a partir del extractivismo y las luchas sociales por el territorio", *Ratio Juris*, vol. 13 n° 26, 2018, pp. 81-113.
- Pasillas Pineda, E. F., "Libre determinación y consulta como bases de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Universitas*, vol. 29, 2019, pp. 2-31.
- Peñafiel, R., "La criminalisation de la participation citoyenne par des conceptions consensualistes de la démocratie participative", *Revue Québécoise de droit international*, vol. 28 n° H-S 1, 2015, pp. 247-271.
- Quijano, A., "El 'movimiento indígena' y las cuestiones pendientes en América Latina", *Tareas*, n° 119, 2005, pp. 31-61.
- Reese, M., "Leitbilder des Umweltrechts", *Zeitschrift für Umweltrecht*, vol. 21 n° 7-8, 2010, pp. 339-346.
- Rojas Donat, L., "Dos informes en Derecho del siglo XV sobre las relaciones entre cristianos y sarracenos", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 30, 2008, pp. 465-481.
- Samassékou, A., "De l'eurocentrisme à une vision polycentrique du monde", *Diogenes*, vol. 229-230 n° 1, 2010, pp. 214-230.
- Sierra Benítez, E. M., "Sostenibilidad social en la industria 4.0. Desafío para la UE-2030", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 n° 1, 2020, pp. 413-433.
- Vandenbulke, A., "La Legal Origins Theory: droit, économie, idéologie", *Revue internationale de droit économique*, vol. 31 n° 1, pp. 79-130.
- Verdesio, G., "Colonialidad, colonialismo y estudios coloniales: un enfoque comparativo de inflexión subalternista", *Tabula Rasa*, n° 29, 2018, pp. 85-106.
- Vilela, A. L. S., "Violência Colonial e Criminologia: Um confronto a partir do documentário Concerning Violence", *Revista Direito e Práxis*, vol. 9 n° 4, 2018, pp. 2011-2040.
- Villa Holguín, E., "Chantaje colonial e ilegitimidad institucional occidental", *Ratio Juris*, vol. 14 n° 28, 2019, pp. 17-30.
- Vivas Tesón, I., "Los animals en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma", *Revista Internacional de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 21, 2019, pp. 1-23.
- Yonda Yuluçx, L. A., Drexler, J., Tocancipá-Falla, J., "Kwesx kiwes peykanha fxiçenxi yuwe: hacia una comprensión intercultural de la lucha por la Madre Tierra, el territorio y la cosmovisión político-religiosa en los nasasa", *Tabula Rasa*, n° 27, 2017, <https://doi.org/10.25058/20112742.459444-448>.



Derecho a la memoria. Hacia una ética de la memoria en la búsqueda de nuestros desaparecidos

RIGHT TO MEMORY. TOWARDS AN ETHICS OF MEMORY IN THE SEARCH OF OUR DISAPPEARED

Raúl Ruiz Canizales

Universidad Autónoma de Querétaro
raul.canizales@hotmail.com

Javier Rascado Pérez

Universidad Autónoma de Querétaro
javierascado@hotmail.com

Recibido: 16 de junio de 2020 | Aceptado: 03 de julio de 2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito compartir algunas reflexiones desde la ética frente a las víctimas y desde la experiencia mexicana en torno a los alcances y límites en la instrumentación de estrategias que se utilizan por parte del Estado mexicano en lo relativo a la desaparición de personas en México. Estas reflexiones tienen sustento a partir del análisis de algunas cifras y otros datos derivados de acontecimientos constantes que han llamado la atención de las instituciones internacionales en materia de derechos humanos. Se concluye que, no obstante el esfuerzo del gobierno de México en este delicado asunto, han sido las organizaciones civiles, instituidas en nuestra reserva moral frente al fenómeno, quienes realmente han contribuido de manera sustantiva y operativa en la búsqueda de desaparecidos.

ABSTRACT

The purpose of this work is to share some reflections from the ethics in front of the victims and from the Mexican experience around the scope and limits in the implementation of strategies that are used by the Mexican State regarding the disappearance of people in Mexico. These reflections are based on the analysis of some figures and other data derived from constant events that have attracted the attention of international human rights institutions. It is concluded that, despite the efforts of the Mexican government in this delicate matter, it has been the civil organizations, instituted in our moral reserve against the phenomenon, who have really contributed in a substantive and operational way in the search for the disappeared.

PALABRAS CLAVE

Búsqueda
Desaparecidos
Ética
Memoria

KEYWORDS

Search
Disappeared
Ethics
Memory

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas la vida social en México ha estado marcada por la creciente amenaza de la inseguridad, la violencia en sus nuevas formas de expresión, el lastre de la corrupción que ha corroído las instituciones, el crimen organizado que ha penetrado en lo más profundo del aparato estatal. Frente a todos estos factores, la muerte y la desaparición forzada de miles de personas, el asesinato y desaparición de miles de mujeres, el secuestro en sus nuevas y diversas manifestaciones, el asesinato de periodistas, el secuestro y desaparición de los migrantes –principalmente centroamericanos– que van de paso al vecino país del norte, todo ello ha pretendido colocarse, por parte de los actores políticos, como un daño colateral, pero también como el resultado del deterioro del Estado de Derecho. Merece agregar que en ese proceso de deterioro fue la propia clase política quien se encargó de acelerar el desmantelamiento de las instituciones y del propio Estado. En un supuesto ejercicio de recuperación del tejido estatal se instrumentó, en ciertos periodos específicos (2006 al 2018), una “guerra” contra el crimen organizado, considerada como la fuente principal de todos estos factores.

Si, como lo advierte Adela Cortina¹, mientras que la felicidad constituye la meta de las personas, la justicia, por su parte, es la meta de los ciudadanos, entonces el reclamo de justicia en torno a los desaparecidos, nuestros desaparecidos, es una exigencia que tiene su basamento en una corresponsabilidad moral sustentada en el reconocimiento del dolor y sufrimiento del *Otro*. Por ello mismo, aquellas organizaciones o grupos de personas que se han consagrado a la búsqueda de desaparecidos, sus desaparecidos, que son también nuestros desaparecidos, se han erigido en una especie de reserva moral, nuestra reserva moral. No podría ser de otra manera. En el caso específico de los miles de desaparecidos, como bien lo explica Marta Tafalla, justicia sería ir más allá de la denuncia del caso individual, a la denuncia de todos los otros casos semejantes, dando paso, con ello, desde la desdicha personal a la de los otros.²

Por las razones anteriores, consideramos que el tipo de ética que subyace en esta clase de dolencias (los desaparecidos, así como el dolor, angustia y sufrimiento que causan, principalmente a sus familiares) y la corresponsabilidad que nos irradia, no puede ser una ética *a la* Kant, es decir un tipo de ética concebida como una disciplina autónoma y autofundamentada, de posición originaria, sostenida sobre sí misma y sobre la razón, erigida sobre la autonomía y libertad del sujeto, nacida de la razón del sujeto que abandere un imperativo categórico encerrado en sí mismo con dosis de universalidad. En todo caso, nos adscribimos al intento de reivindicar una ética (o imperativo categórico) *a la* Adorno, en los términos como lo hace Marta Tafalla. Lo es así por las razones que la misma autora nos proporciona y que a continuación compartimos³. La ética kantiana se centra sobre la esencia de la moralidad, de la cual, según Kant, no puede comprobar-

1. CORTINA, A. *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 138.

2. TAFALLA, M. “Recordar para no repetir: el nuevo imperativo categórico de T.W. Adorno”, en MARDONES, J. M. y MATE, R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003, p. 151.

3. *Ibidem*, pp. 131-154. Seguimos las ideas centrales de la autora.

se de la realidad empírica, además de que propone un criterio de actuación al individuo libre y racional; en este sentido, una guía que oriente al individuo libre únicamente la puede ofrecer una ética liberada de la experiencia, sostenida en la autonomía de la razón. De ahí que el principio supremo de la moral kantiana es una norma incondicional descubierta *a priori* por la razón (formalismo *a priori*). Esto da lugar, como lo explicamos, a un tipo de ética en clave de disciplina autónoma y autofundamentada, una ética que nace de la autonomía del sujeto; es decir, como si la ética y sus respuestas a los problemas tradicionalmente hubiesen pretendido usurpar el lugar de los problemas mismos que el individuo padece. La mirada de Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno apunta en dirección opuesta. El filósofo alemán, asociado a la Escuela de Frankfurt, rechaza el imperativo categórico de Kant. Lo hace por las siguientes consideraciones. Recordemos que en Kant, la máxima de una acción es moral si, y sólo si, en ella el individuo se comprende como igual a los demás, y no intenta protegerse con el privilegio de la excepción: se incluye como uno más en una comunidad de seres racionales que se rigen por leyes universales. Pues bien, para T. Adorno esa formulación deja de tener sentido a partir de la experiencia de Auschwitz pues, en su consideración, toda vida salvada es en ella una excepción, porque lo normal sería haber perecido. Los sobrevivientes del holocausto han conocido no sólo la excepcionalidad de seguir con vida, sino también la condición de horror, de esa irracionalidad que una moral racional e ilustrada no fue capaz de señalar el camino. Se trata de personas de carne y hueso, sometidos a la condición extrema de *nuda vida* en las que se vieron forzados a tomar decisiones morales en situaciones inhumanas, donde las voces que emanan del miedo, del dolor, del sufrimiento, el odio, el agotamiento, la desesperanza apenas permitían oír criterios racionales. En tales condiciones, advierte T. Adorno, resulta absurdo pedirles que actúen según una norma universal que unifica –homogeniza– espacio y tiempo, una norma construida de una vez por todas, *a priori*, anterior a la experiencia e inmutable tras ella. En este sentido,

“Por eso no es posible derivar una ética desde el bien ideal, colgarla en el cielo de lo universal y esperar del individuo que camine mirando hacia arriba. Lo que ha sucedido exige a la ética descender al nivel de lo individual. Hay que comenzar a pensarla con el individuo, junto a él, desde sus experiencias cotidianas o excepcionales, desde su dolor [...] Hay que construirla partiendo de experiencias concretas, avanzando por negación a partir de cada vivencia del mal y del dolor, aprendiendo de las decisiones. Sólo el aprendizaje y la negación nos irán permitiendo esbozar una ética.”⁴

Para complementar esta reflexión, sostendríamos con M. Tafalla que sólo con la acumulación de experiencias (en nuestro caso de dolor, sufrimiento, angustia, odio, discriminación, exterminio, etc.), puede la ética ir adquiriendo progresivamente un carácter universal, aunque esa cualidad no lo sea de manera definitiva. En efecto, “La ética es una historia que comienza con la experiencia y que continúa con la experiencia [...] La ética es una narración de la historia de los seres humanos.”⁵

4. *Ibíd*em, p.131.

5. *Ibíd*em, p. 132.

En cuanto a la razón (*Vernunft*), mientras que Kant la colocada en un pedestal, T. Adorno, por su parte, desconfía de ella, sólo deja un ápice de confianza en la misma, pero para salvar a la filosofía. Le apuesta, en todo caso, a una *razón mimética*, *i. e.*, sensible a lo corporal, solidaria y dialogante con los sentimientos, impulsos, deseos del *Otro*, por ello la enorme desconfianza del filósofo respecto de una ética como disciplina autónoma y autofundamentada, como la ha diseñado Kant. Para Adorno –explica M. Tafalla– la ética no surge de esa autonomía del sujeto, tal como lo propone el filósofo de Königsberg, sino cuando esa autonomía es sacudida, amenazada por la violencia; es más, no nace de la voluntad de la razón del sujeto, sino del dolor o, en todo caso, ante el dolor ajeno; para decirlo con Pérez Tapias⁶, ante la deshumanizante barbarie en extremo de *in-humanidad*; por ello el filósofo frankfortiano no titubea en colegir que la ética no es algo originario (como pretende Kant), sino una respuesta a la *realidad*. Para M. Tafalla, derivado de la lectura que hace de la obra de T. Adorno (*Dialéctica negativa*), esa respuesta ética a la realidad está conformada por tres conceptos (negatividad, mimesis y memoria), a partir de los cuales le es posible configurar y formular la propuesta ética adorniana. En primer término, esa respuesta a la realidad ha de ser *negativa*, en tanto que constituye rechazo y denuncia del sufrimiento, un estremecimiento ante el dolor ajeno y trastoca al individuo por lo que sucede a los otros. Se trata, pues, de una respuesta *mimética* (segundo concepto). La memoria, en cuanto que tercer concepto, se erige como el elemento esperanzador de que no todo va a ser siempre así. Es el elemento que le imprime fuerza y sentido a la respuesta ética a la realidad, a la ética adorniana. Implica una ética que rememora el pasado y que rememora la materia, que reivindica lo material como algo digno de respeto contra la barbarie del mal de nuestro pasado reciente.⁷ Lo anterior le permite vislumbrar a M. Tafalla lo que denomina como una *ética de la memoria*, un tipo de ética aplicada la cual exige una relación con lo ausente, no con lo presente. Una relación con el mal del pasado reciente. De ahí que “Un avance verdadero en justicia se sostiene sobre la memoria, quien mantiene un vínculo con experiencias anteriores que genera un aprendizaje moral. Las historias individuales o las historias conjuntas sedimentan una experiencia que es la única fuente posible de criterios o de normas morales.”⁸ Si es verdad, como lo explica Zygmunt Bauman⁹, que los tiempos de hoy se caracterizan por un “debacle de lo ético” y una “incertidumbre moral”, entonces, adherirnos a la propuesta que nos plantea M. Tafalla. *i. e.*, derivar una ética (de la memoria) a partir de la lectura de T. Adorno, significaría rescatar un camino que podría conducirnos, por lo menos en la problemática que aquí se aborda, de regreso a aquella otredad que parece haberse difuminado en estos tiempos de *hiper-individualismo*.

6. PÉREZ TAPIAS, J. A. “Derechos humanos y ciudadanía democrática: la responsabilidad moral por los derechos del otro”, en HERRERA GUIDO, R. (coord.). *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2006, p. 192.

7. TAFALLA, M. “Recordar para no repetir: el nuevo imperativo categórico de T. W. Adorno”, *op. cit.*, pp. 136-138.

8. *Ibidem*, p. 144.

9. BAUMAN, Z. *Ética posmoderna*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2005, pp. 7-22.

2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA E INSTITUCIONAL EN MÉXICO

El 16 de noviembre de 2017 se promulgó la *Ley General de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas* (en adelante LGDFP). Entró en vigor el 16 de enero de 2018. Establece siete puntos fundamentales que son: la distribución de las competencias y la coordinación con los órganos de gobierno, la descripción de los tipos penales vinculados y las sanciones, la creación del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas Desparecidas, el establecimiento de la Comisión Nacional de Búsqueda y comisiones locales, la protección integral de los derechos de las personas desaparecidas, la participación de los particulares en la búsqueda de personas desaparecidas y el registro nacional de personas desaparecidas y no localizadas.¹⁰

La experiencia mexicana en materia de personas desaparecidas no es nueva. De hecho, es una circunstancia de la que ningún país está exento. Pero lo que sí es novedoso en los últimos diez años es el vertiginoso y acelerado aumento en el número de personas cuyo paradero no se sabe. El comportamiento de esta variable ha estado asociado a otras, entre ellas el papel de las instituciones gubernamentales, las cuales lejos de comprometerse en un proyecto de tal envergadura sólo se han limitado a generar acciones enfocadas a “atender” a los familiares de las víctimas o desaparecidos. Aun así, a pesar del esfuerzo de la LGDFP queda muchas dudas sobre de cómo van operar las herramientas e instrumentos de dicha norma. Si el concepto de víctima ha ampliado su radio de significación al grado de incluir a los miembros de una estirpe a la que pertenece la víctima, entonces resulta claro que las acciones gubernamentales requieren de una estrategia que vaya más allá de lo administrativo, *i. e.*, que rompa con las inercias que ha caracterizado el funcionamiento de la maquinaria burocrática. Se tiene que buscar mecanismos para que la ley en comento no se convierta en un gran aparato para la investigación de las desapariciones forzadas pero que en la práctica quede un marco institucional sin un sustento en su aplicación.

Como acertadamente lo afirma Mónica Cerutti, toda lucha por los derechos humanos es una lucha por la verdad, la justicia y la memoria contra la impunidad y el olvido¹¹. Por ello resulta oportuno compartir las principales observaciones o señalamientos que los organismos internacionales en defensa de los derechos humanos han hecho al Estado mexicano (como suma de sus instituciones). Por ejemplo, en el año 2013, *Human Rights Watch*¹² hizo público una serie de carencias que esta organización había detectado; éstas pueden resumirse de la siguiente manera: 1. Las autoridades no intervienen

10. CONGRESO DE LA UNIÓN. Ley general de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema Nacional de Búsqueda de Personas, 2017. Artículo 2. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf. Fecha de consulta: 31/10/2019.

11. CERUTTI, M. “La memoria de las víctimas. Testimonios para una reflexión ética”, en MARDONES, J. M. y MATE, R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, cit., p. 246.

12. HUMANS RIGHTS WATCH. *Los desaparecidos en México. El persistente costo de una crisis ignorada*. EEUU, HRW, 2013, pp. 38-76.

durante las detenciones arbitrarias ni en el periodo inmediato posterior; 2. No se realizan búsquedas de las víctimas ni se inician investigaciones inmediatamente; 3. Se culpa a las víctimas por lo sucedido; 4. Presunciones infundadas sobre el paradero de las víctimas; 5. No se actúa oportunamente para localizar el teléfono celular, los movimientos bancarios u otros rastros inmediatos de las víctimas; 6. Negligencia, demoras, errores y conjeturas; 7. Las omisiones anteriormente descritas ha contribuido directamente a que se produzcan nuevas desapariciones; 8. Renuncia de responsabilidades por parte de Ministerio Público, remisiones y falta de coordinación; 9. Se delegan tareas de investigación a familiares de la víctima; 10. Corrupción entre agentes del Ministerio Público y pérdida de confianza de las familias.

Como observamos, no son pocos los señalamientos que se han detectado durante el actuar de las instituciones gubernamentales en el tema de los desaparecidos. Pero eso es en cuanto a lo que *Human Rights Watch* ha hecho. Además de esta organización, creemos que los señalamientos hechos por Amnistía Internacional (AI) son dignos de compartirlos. Éstos también se resumen en los siguientes:¹³ 1. En materia de legislación penal: Amnistía Internacional sostiene que en el caso del tipo penal federal, han sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de las Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas quienes han señalado lo inadecuado que resulta y han dispuesto que el Estado lo modifique. Lo anterior, en virtud de que la existencia de tipos penales que no se ajustan a la definición de la Convención Internacional ha venido dificultando e impidiendo la aplicación correcta de sanciones por este delito internacional; 2. En el tema de búsqueda de personas e investigación de los hechos: en este rubro Amnistía Internacional ha sido insistente al señalar que la actuación de las autoridades mexicanas es tardía y demasiado lenta. Cuando lo hacen –sostiene AI– generalmente no cuentan con un plan de búsqueda por lo que sólo se limitan a realizar gestiones administrativas destinadas a fracasar; 3. Afectación a familiares: la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (un tratado que México ratificó en 2008), amplía el núcleo semántico del concepto ‘víctima’, de ahí que se reconozca como tal a los familiares de las personas desaparecidas y a otras que hayan sufrido un perjuicio directo derivado de la desaparición. Sin embargo, poco se repara sobre el hecho de que los familiares sufren, resienten los efectos y, de forma indirecta, muchas afectaciones que incluyen la violación a su derecho a la integridad personal, sin omitir que pueden afectarse otros derechos. Por ejemplo, la experiencia ha mostrado que cuando una persona se encuentra sujeta a desaparición, sus familiares o personas cercanas se ven compelidos a tomar medidas relativas a la administración de sus bienes (integración o composición de la familia, lugar de residencia y los procesos de exigencia de justicia). Esto se traduce en un deterioro de la situación económica de la familia, no sólo por la pérdida del ingreso que generaba la persona desaparecida, sino

13. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Un trato de indolencia. La respuesta del Estado frente a la desaparición de personas en México*, Oficina Regional de Amnistía Internacional para las Américas, Ciudad de México, 2015, pp. 45-51.

por los gastos en los que incurren sus familiares en su búsqueda y exigencia de justicia; 4. Asistencia y reparaciones: Amnistía Internacional ha señalado que en México los sistemas de protección y atención a víctimas han fallado en dar una respuesta integral y adecuada a las necesidades de las personas afectadas. A lo largo del documento se comparten casos y se describen otros tanto que soportan lo aquí señalado.

Como hemos observado, no se trata ya de una sola víctima, sino que estamos hablando de “las víctimas”, y el epicentro de duelo lo conforma la persona cuya identidad está en reconstrucción. En este sentido, bajo el alcance semántico de lo que en la reciente producción legislativa se entiende por ‘víctima’, deriva entonces una obligación mayor de hacer por parte del Estado mexicano. Efectivamente, coincidimos en que es Reyes Mate¹⁴ quien deja claro que la política necesita hacerse eco de una significación objetiva de la víctima si es que pretende relacionarse con la moral; aunque queda pendiente la discusión –dado que no es objeto de este ensayo– si con el hecho de que el concepto de ‘víctima’, por extensión, alcance a los familiares (como lo hace AI y la propia LGDFP), se logre con ello recuperar la legítima función y su carácter histórico que ha tenido, en el sentido que lo plantea Tomás Valladolid B., pero lo que sí podemos coincidir con él es que los derechos de las víctimas no deberían constituir exclusivamente derechos morales que sólo obliguen a la conciencia moral, de tal modo que no puedan ser fuente de coerción jurídica. En otras palabras: ni los derechos de las víctimas deben quedar reducidos al espacio moral ni deben ser reubicados unilateralmente en el terreno de las ciencias jurídicas, sino que es preciso acudir a un campo en la «moral» y «derecho» se den la mano¹⁵. Por parte del sector académico, sigue todavía incipiente o, si se le quiere llamar de otra manera, continúa en su faceta inicial los estudios *a posteriori* sobre la suerte de los cuerpos.¹⁶

Asimismo, los principales hallazgos que identificó el *Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes* (GIEI) nombrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la medida cautelar 409/2014, por la desaparición forzada de los 43 estudiantes de la normal Isidro Burgos de Ayotzinapa en el estado de Guerrero en el 2014; en el segundo informe realizado por este grupo en el año 2016 emitieron una serie de recomendaciones acerca del funcionamiento del sistema de investigación criminal, la atención de víctimas en México y las limitaciones para esclarecer los hechos. De igual forma el GIEI hace recomendaciones al gobierno de México principalmente en los siguientes puntos: El rediseño institucional, asegurar una unidad especializada en derechos humanos donde se realicen análisis de contexto para establecer patrones de las dinámicas regionales, los servicios parciales realmente autónomos con independencia financiera, administrativa y que no dependiera de ninguna instancia investigativa ni

14. MATE, R. “¿Pero quiénes son las víctimas?”, *El País* (18 enero, 2001).

15. VALLADOLID BUENO, T. “Los derechos de las víctimas”, en MARDONES, J. M. y MATE R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, cit., pp. 163 y 166.

16. Véase el libro de ANSTTET, E., DREYFUS, J. M. y GARIBIAN, S. *Cadáveres impensables, cadáveres impensados. El tratamiento de los cuerpos en las violencias de masa y los genocidios*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires, 2013.

judicial, con suficiencia técnica y científica, la creación de un registro único de personas detenidas, debido a la ausencia de una cadena de custodia de las personas detenidas propicia a que se genere la tortura durante su detención¹⁷.

Este modesto trabajo está lejos de ser un estudio antropológico o sociológico mediante el cual se aborde esta temática a partir de ciertas categorías propias de estas disciplinas; tampoco las reflexiones aquí vertidas intentan erigirse como un estudio sobre las huellas que han dejado los cuerpos en el imaginario social. Simplemente intenta abonar en la discusión del tema de las desapariciones de personas, la necesidad y efectividad en el uso de los registros y bases de datos que proporcionen información efectiva y coordinada, esto último parece ser el problema en México: la coordinación de herramientas e instrumentos para la búsqueda de personas, más allá de definir sobre el estatuto de los cuerpos de personas desaparecidas, esto sería materia de otro ensayo¹⁸. Lo que está en juego, en todo caso, es la posibilidad de restitución (o de reconstrucción) de la identidad del cuerpo encontrado pero que se desconoce a quién pertenece y en el que la prueba de ADN se ha convertido en el tótem de la identidad; o también podríamos asegurar que lo que está en juego es la posibilidad de ayuda durante la búsqueda de quien no se sabe su paradero.

Como ya se venía comentando, parece ser que una de las problemáticas que hay sobre el tema de desaparición forzada, los instrumentos y herramientas que tiene la LGMDFP es la coordinación que pueda existir entre el uso de las bases de datos, el concentrado de la información y –más importante aun– en lo que concierne al correcto cruce de información, no está especificado quién realizará esta maniobra. De tal suerte que el problema continuaría si no se cumple con una efectiva coordinación de la información, aunque se cuente con las mejores herramientas para obtenerla.

3. LA CULTURA Y LA POLÍTICA DE REGISTRAR

La existencia de registros de diversa índole se debe a que aportan información considerada relevante por y para distintas circunstancias. Desde hace más de dos mil años, los censos implicaban conocer la cantidad de personas que componían la población de algún lugar e implicaba efectos políticos, sociales, económicos. Siempre la información ha sido poder, pero no sólo en un sentido político, sino desde la sola capacidad de decisión, optar entre alternativas, todo ello se puede hacer en la medida de contar con información, confiable, veraz y fidedigna.

Cuando los registros son, además, de naturaleza pública brindan información a la que cualquier persona puede acceder y utilizar como mejor le convenga; la publicidad brinda, en cierto sentido y bajo ciertas condiciones, certeza a la información y al manejo

17. PAZ y PAZ, C. "Recomendaciones para mejorar el sistema de investigación criminal mexicano a la luz del caso Ayotzinapa", en *Aportes DPLF*, núm. 21, año 9, enero 2017, pp. 4-10.

18. Para un estudio desde este enfoque, véase, entre otros, ESPOSITO, R. *Personas, cosas, cuerpos*, Trotta, Madrid, 2017; LE BRETON, D. *La sociología del cuerpo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.

que se haga con ella. La certeza es una condición de confiabilidad o de seguridad en la información, mientras que los datos erróneos o falsos afectan las decisiones tomadas con base en esos registros. Los registros que no son públicos pueden generar, en alguna medida, desconfianza respecto de la información que se encuentra en ellos o del manejo que se da de la misma.

Existe en México un *Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas*, objeto de este estudio por la importancia para la población que será analizado bajo la perspectiva de una política pública pendiente en México, la cual puede establecerse y dar certeza a la población. Sin embargo, esta base de datos es suplantada y corresponde a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas las subsecuentes bases de datos, la concentración de la información, el registro nacional de personas fallecidas y no identificadas.¹⁹

La LGMDFP cuenta con el Sistema Nacional para el ejercicio de sus funciones, este sistema tiene una serie de herramientas tales como: el registro nacional, el banco nacional de datos forenses (concentra la información de las entidades federativas, la federación e información relevante para la búsqueda e identificación de personas desaparecidas y no localizada), el registro nacional de personas desaparecidas y no localizadas, el registro nacional de personas fallecidas y no identificadas (y no reclamadas), el registro nacional de fosas comunes y de fosas clandestinas, el registro administrativo de detenciones, la Alerta Amber y el protocolo homologado de búsqueda. La implementación de estas herramientas y registros concernientes a la desaparición forzada de personas y su búsqueda institucional nacen de un serie de exigencias históricas, contextuales o coyunturales, ahora es importante notar si estas instituciones son capaces de cumplir sus funciones en el ejercicio de una búsqueda integral en la investigación criminal, o simplemente cumplen un requisito formal de las recomendaciones internacionales. Más allá de la existencia de los datos, una de las cuestiones relevantes en esta época de la información es la forma de hacer referencias con ella; el solo dato recabado sirve, pero su análisis y cruce con otra información sirve aún más.

4. EL PROBLEMA DE MÉXICO: ¿MUERTE O DESAPARICIÓN?

La desaparición de personas en México es común a lo que sucede en la mayoría de los países, tanto en los casos de aquellos que voluntariamente desean 'desaparecer' como los que son forzados a ello. Sin embargo, la época de la apertura democrática permitió el señalamiento de la llamada *guerra sucia*²⁰ en donde la memoria colectiva se atreve a

19. GOBIERNO DE MÉXICO. SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA. *Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas*. Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/registro-nacional-de-datos-de-personas-extraviadas-o-desaparecidas-rnped>. Fecha de consulta: 10/10/ 2019

20. Del 1° de enero de 1969 al 13 de septiembre de 1999 se reportó la desaparición forzada de 480 personas, según datos oficiales de la PGR. Información disponible en BONILLA, M. "Desaparecidos. Guerra sucia deja 480 víctimas", en *El Universal* (agosto 16 de 2015). [Documento web]. Disponible

señalar y denuncia lo que antes sólo era un secreto a voces sin versión oficial. La desaparición forzada en Latinoamérica comenzó en la década de los años sesentas cuando los gobiernos instauraron una guerra sucia contra lo que se llama oposición. Posteriormente en diversos países se adopta como una practica contrainsurgente para detener otras formas de guerra locales²¹. En México la desaparición forzada no fue la excepción y desde los años sesentas hasta los años ochentas implementó la política de persecución contrainsurgente opositoras al régimen del gobierno conocido como Guerra Sucia, que implicaba casos de tortura, ejecución extrajudicial y la desaparición forzada de personas²². Debemos también señalar que los mexicanos encuentran, en virtud del sometimiento de México a la competencia contenciosa de la CIDH²³, la oportunidad de poderlo expresar internacionalmente y pedir investigaciones que previamente, en lo interno, se sabía que no llevarían a nada. La creación en 2002 de una *Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado* a cargo de la Procuraduría General de la República parecía abonar al esclarecimiento de los hechos sucedidos, sin embargo, fue cerrada el 18 de abril de 2006.

Posteriormente, para el periodo presidencial de Felipe Calderón (2006-2012) se declara la "guerra" al narcotráfico como una estrategia de combate al crimen organizado²⁴ que detona la violencia a nivel nacional, incrementa el número de muertes violentas y, de manera considerable, la cifra sobre los desaparecidos. De hecho el número se vio en crecimiento en la segunda mitad del periodo calderonista con 26 mil personas desaparecidas a manos de agentes del Estado de los tres niveles de gobierno y grupos del crimen organizado.²⁵ El gobierno federal, por medio de la página *datos.gob.mx*, presenta una tabla estadística de personas desaparecidas y no localizadas por estado de la república desde el año 2014 hasta el año de 2018, sin embargo, no estipula las variables, ni explica el significado de las abreviaturas para obtener un promedio.²⁶ El hecho de extraer las estadísticas de diferentes fuentes de información es una de las evidencias de

en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2015/08/16/desaparecidos-guerra-sucia-deja-480-victimas>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019.

21. LÓPEZ MERINO, M. J. "El desaparecido como sujeto político: una lectura desde Arendt", en *Franciscanum. Revista de las ciencias del espíritu*, Vol. LVII, núm. 164, julio-diciembre, 2015, pp. 67-95. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=343540286004>.

22. Documento Técnico para Extender invitación de Documento técnico para la audiencia temática: "Las desapariciones forzadas y la propuesta del Mecanismo Extraordinario de Identificación Forense en México", a la Oficina en México de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [Documento web]. Disponible en: <https://sinlasfamiliasno.org/movimiento/wp-content/uploads/2019/05/MecanismoForenseCIDH2019.pdf>. Fecha de consulta: 9/09/2019

23. Instrumento de aceptación depositado ante el Secretario General de la OEA el día 16 de diciembre de 1998 y publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

24. Del mismo modo en su intento de granjearse legitimidad, George Walker Bush, expresidente de los EEUU, inicia su "guerra contra el terrorismo". En dicha "guerra" fueron exterminados más de 30,000 iraquíes, cifra aproximada en la que mujeres y niños fueron los más perjudicados.

25. Documento técnico para Extender invitación de Documento técnico para la audiencia temática, op. cit., p. 4-5.

26. Información disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/estadistica-de-personas-desaparecidas-no-localizadas>. Fecha de consulta: 12/10/2019.

la mala coordinación entre las instituciones en el manejo de los números de personas desaparecidas. No hay una cifra oficial. Las cifras que se muestran muchas veces son de Organizaciones civiles, esto genera incerteza al momento de tratar el tema.

Lo mismo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la Organización Naciones Unidas de en el caso *Quinteros vs. Uruguay* al señalar:

“El Comité de Derechos Humanos ha determinado que cuando el Estado no impulsa la investigación de los casos ni brinda información sobre el destino de una persona desaparecida a los familiares, puede causar angustia extrema que convierte también a estos familiares en víctimas de las violaciones. En el caso *Quinteros vs. Uruguay*, presentado ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU por la madre de una mujer que presuntamente desapareció a manos de miembros del Ejército uruguayo, el Comité reconoció ‘la angustia y la ansiedad causadas a la madre por la desaparición de su hija y la incertidumbre constante sobre su destino y paradero. [La madre] tiene derecho a saber qué sucedió a su hija. En este sentido, ella también es víctima de las violaciones al Pacto sufridas por su hija, en particular el artículo 7”²⁷

Se ratifica el criterio anterior en el documento denominado “Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas”. Lo contenido ahí tiene cierta lógica pues, para los familiares, no saber qué sucedió con un ser querido (por lo general miembro de la familia, de la estirpe) constituye una causa de sufrimiento constante y podría incluso equivaler a tortura psicológica, conforme fue señalado por el *Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas*. “El Estado no puede restringir el derecho a conocer la verdad sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida, ya que esa restricción sólo agravaría y prolongaría la tortura continúa infligida a los familiares”²⁸

El Estado mexicano, a través de la firma de los compromisos internacionales, ha asumido una serie de obligaciones, que podemos considerar son derivadas de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como son el *deber de investigar las violaciones a derechos humanos*: La obligación de investigar las violaciones a derechos humanos, sin que sea una obligación de resultado, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; dicha obligación entonces debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad, en la inteligencia de que ésta fomenta la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos. La investigación, en todo caso, debe iniciarse ex officio y sin dilación y debe ser seria, imparcial y efectiva, de suerte que se oriente a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo, en su caso, de todos los autores de los hechos.²⁹ Con base en lo anterior pode-

27. Caso *Quinteros vs. Uruguay* Comité de Derechos Humanos de la ONU, comunicación 107/1981 21 de julio de 1983, párrafo 14, citado por HUMAN RIGHTS WATCH. *Los desaparecidos en México. El persistente costo de una crisis ignorada*, op. cit., p. 78.

28. Ídem.

29. FAJARDO MORALES, Z. A. *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*. [Documento inédito.] Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/>

mos señalar, con toda precisión, que en el caso de las desapariciones hay dos tipos de víctimas: la directa, que es la persona que ya no se localiza y los familiares de la misma, a quienes se traslada la afectación.

En cuanto a las afectaciones a los familiares del desaparecido encontramos las referidas a la angustia, mencionadas en la resolución de la ONU y retomada por el Poder Judicial de la Federación en tesis que posteriormente analizaremos, pero agregamos el tipo de afectación económica derivada de los preceptos de la legislación civil, puesto que en el caso federal se tiene todo un proceso judicial para la declaratoria de ausencia y 6 años para la presunción de muerte y poder disponer los herederos de los bienes de la persona. Hay que tener presente que la reparación económica o el usufructo de ciertos bienes para solventar el estado de desaparición de un familiar, para este fin es necesaria la presunción de muerte y hacer uso de los bienes del desaparecido, sin embargo, uno de los reclamos de los familiares de las personas desaparecidas fue precisamente la presunción de vida, que el estado no trate a sus familiares desaparecidos en el tenor de la presunción de muerte, por lo tanto, la LGMDFP establece que el delito de desaparición forzada sea continuo y permanente, estos es, mientras no se esclarezcan los hechos y no se encuentre a la persona con vida o su cuerpo sin vida, el delito continua. Lo que aquí tenemos es posiblemente una contradicción normativa, pues, por un lado, es necesario que en materia penal el delito sea continuo para que la investigación siga, pero por otro lado se necesita en materia civil la adecuación correspondiente para que los familiares puedan hacer uso de dichos bienes. Para resolver el dilema anterior en la LGMDFP en el artículo 142 establece que se puede solicitar una declaración especial de ausencia que garantizará la protección de los derechos y bienes de las y los hijos menores de 18 años de edad, proteger el patrimonio de la persona desaparecida y fijar forma y plazos para que los familiares o persona legitimada pueda acceder al patrimonio de la persona desaparecida. Además –resulta importante destacar– en el artículo 147 y 148 de la citada ley hace mención que la declaración especial de ausencia solo tiene efectos de carácter civil no produce efectos penales ni son prueba plena en otros procesos judiciales, por lo tanto, la comisión nacional de búsqueda debe continuar la investigación conforme a la ley.

5. ¿POR QUÉ UN REGISTRO PÚBLICO DE DESAPARECIDOS EN MÉXICO?

Resulta estremecedor, afirma Silvana Rabinovich, saber que pisar la tierra en muchos lugares del planeta, y en lo particular América Latina, implica literalmente caminar sobre cementerios clandestinos. Muertos o vivos, ya sea que estén presentes o no o que estén por venir, de cualquier modo, hay una responsabilidad indeleble y necesaria: la de estar

reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf. Fecha de consulta: 08/03/2015.

arrebatando sin quererlo esas formas del tiempo que son la memoria y la esperanza³⁰. Según el informe de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos respecto a los Derechos Humanos en México para 2014³¹, la Secretaría de Gobernación de México ha emitido varios estimados de personas desaparecidas a lo largo del tiempo, cuya cifra oscila de 8,000 a 26,000. El día 21 de agosto de 2014 la misma dependencia, conjuntamente con la Procuraduría General de la República, señaló que después de revisar y ajustar la base de datos nacional de desaparecidos se identificaron 22,322 individuos, de los cuales 9,790 se reportaron como desaparecidos después del inicio de la administración presidencial 2012-2018. No obstante, el dato, las organizaciones no gubernamentales han presionado a las autoridades a detallar y afinar los datos, sobre todo para identificar los casos de desapariciones forzadas.³²

Otra de las formas de demostrar la magnitud del problema de los desaparecidos en México es que entre 2001 y 2012 fueron localizados los restos de 2,037 personas en la zona fronteriza de Estados Unidos y México, específicamente en el desierto de Arizona y Sonora, según datos del Centro de Ciencia Forense (FSC por sus siglas en inglés) situado en Pima, Arizona. De ellos, 734 permanecen sin ser identificados, lo que representa más de 36% del total. El 85% son varones y al 68% de ellos no se le puede determinar la causa de muerte. De los identificados el 76% eran de origen mexicano, siguiendo el 19% de guatemaltecos. Según los involucrados en el manejo e implementación de la *Iniciativa para los Muertos Migrantes de Arizona Open GIS*, muchas veces lo que ayuda para identificar los restos son los objetos, tales como mochilas, prendas de vestir, imágenes religiosas o amuletos: todas las pertenencias recogidas se fotografían y archivan junto a datos médicos, registros dentales y estudios de ADN, con la esperanza de que en el futuro puedan ser reconocidos por algún familiar del desconocido³³. Para hacer más eficientes los resultados, por cuestiones humanitarias, a partir de un donativo anónimo se construye una nueva base de datos que sirva para que los expertos accedan a información sobre dónde, cuándo y en qué circunstancias se hallaron restos humanos en estudio. Que el acceso público a la misma esté disponible en Internet, provocará – pues esa es la intención – que pueda ser usada y alimentada por las distintas agencias gubernamentales, organizaciones civiles o grupos de activistas: “Cuanto más control tengamos sobre la información, más fácil es manipularla para lograr resultados en me-

30. RABINOVICH, S. “La mirada de las víctimas. Responsabilidad y libertad”, en MARDONES, J. M. y MATE, R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, cit., p. 56.

31. UNITED STATES. DEPARTMENT OF STATE: Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. *Mexico 2014: Human Rights Report*. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/236914.pdf>. Fecha de consulta: 03/09/2019.

32. Ídem.

33. La Oficina Forense del condado de Pima, junto a la organización Fronteras Humanitarias, implementó en el mes de mayo de 2013 una base de datos que se propuso como la mayor fuente de rastreo e información en internet para esclarecer la identidad de los extranjeros indocumentados hallados sin vida. Vid. PERASSO, V. “Una base de datos para buscar migrantes desaparecidos”, en *BBC Mundo* (mayo 21, 2013). Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/05/130520_base_de_datos_migrantes_desaparecidos_v. Fecha de consulta: 18/10/2019

nor tiempo"³⁴; poder buscar en la base de datos por nombre o fecha o después por la información relacionada que exista, como son fotografías de los objetos hallados con los restos ayudará a resolver la incertidumbre entre la desaparición y la muerte.

Como agregado a lo dicho anteriormente, tenemos que el Gobierno Mexicano cuenta con una base de datos denominada *Plataforma México*, que dependía de la desaparecida Secretaría de Seguridad Pública, hoy incorporada a la Secretaría de Gobernación y que maneja datos de los delincuentes, más no de los desaparecidos. Por su parte, en su momento la Procuraduría General de la República, a través de su página de internet, señala la existencia de información estadística sobre desaparición de personas, para lo cual establece un archivo descargable, bajo el formato de base de datos, pero la misma es referida sólo a un periodo en el cual se señala quién desaparece o aparece, sin que la misma pueda resultar adecuada para funcionar como un buscador que analice y arroje resultados, por ejemplo, de quiénes no están y qué cuerpos se encontraron sin identificación. Para el 2018 se celebró un convenio de colaboración para la búsqueda de personas desaparecidas e identificación de cadáveres o restos humanos, acuerdo celebrado entre la Secretaría de Gobernación, representado por la Comisión Nacional de Búsqueda, el Instituto Nacional Electoral. El INE recibirá por parte de la Comisión los Datos de las Personas Desparecidas o No Localizadas y cotejará dicha información haciendo uso de sus sistemas de identificación: el *Automatic Finger Identification System (AFIS)* y *Automatic Biometric Identification System (ABIS)*. Lo anterior como un mecanismo de colaboración por parte de la Comisión Nacional de Búsqueda para hacer frente al problema de las desapariciones forzadas y obtener mayor información de las personas desaparecidas. Este convenio ya tenía un antecedente, puesto que desde el 2016 se hacían ejercicios de cooperación a efecto de lograr la identificación de personas desaparecidas o desconocidas. También este convenio incluye la propuesta para que algunas entidades federativas puedan biometrizarse los datos de las personas en situación de calle, albergues, centro de adicciones, entre otros, sin embargo, de estas acciones no hay un protocolo de actuación para este tipo de mecanismo³⁵.

El adecuado funcionamiento de los registros depende de condiciones más allá de las operativas, pues a veces la información se tiene, pero si no se sabe qué hacer con ella sólo engrosará los archivos si no es posible procesarla para facilitar las búsquedas. Por ejemplo, deben establecerse formas de "cruzar" la denuncia de desaparición de personas con el descubrimiento de cuerpos de personas no identificadas para que los datos puedan procesarse. Como se observó en el caso de los restos óseos que se encuentran en el desierto de Arizona, la forma de identificación depende más de los objetos que se encuentren cerca. En Lima, Perú, la fiscalía exhibe ropa de los desaparecidos por la intervención militar de hace 20 años como medio para tratar de identificar los restos³⁶.

34. Ídem.

35. Véase, ALEMÁN, V. "Padrón del INE se usará para buscar desaparecidos" [Documento web] Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/padron-del-ine-se-usara-para-buscar-desaparecidos/1263614>. Fecha de consulta: 09/09/2019.

36. Cfr. FOWKS, J. "Una prenda de vestir como último vestigio para reconocer un cadáver", en *El País*

La desaparición es un problema complejo, más allá de las razones de desaparición –porque sea forzada en razón de la intervención de agentes del Estado o por grupos delictivos– debido a que no existe un adecuado registro público de personas desaparecidas. En México, el tema avanza demasiado lento y de manera descoordinada³⁷. El uso de plataformas informáticas a las que se pueda ingresar libremente para tratar de localizar a una persona coadyuvaría con la solución del problema. Si un alto número de los desaparecidos se considera debido a desaparición forzada, el hecho de que el Estado permita el acceso a la información restaría suspicacias y permitirá transparentar la información.

La ausencia de la apertura de los datos y de los vestigios en el Registro Nacional de Personas Desaparecidas conlleva a la posibilidad de que el propio Estado colabore en la difícil tarea de identificar y entregar los restos a los familiares.

Ante esta situación debemos tomar en cuenta que cada vez se usan menos las fosas clandestinas, pues hay muchos testimonios de que la delincuencia en México está utilizando métodos para desaparecer la evidencia de los homicidios, cremación de los cuerpos o su disolución en ácidos son cada día más comunes, incluso con delincuentes “especializados” en esta actividad³⁸.

CONCLUSIONES

La desaparición de una persona conlleva circunstancias de toda índole, como se ha mencionado. Los casos documentados o sospechosos de desapariciones forzadas provocan la necesidad o conveniencia de que el registro nacional de personas desaparecidas sea público, y que así los desaparecidos de una entidad federativa se puedan buscar en todos, además de que se posibilite la apertura y consulta por cualquier persona u ONG que reforzaría la confianza en el contenido del mismo, circunstancia que evitaría subregistros o sobregistros, pero que además permitiría en todo momento aclararse el contenido del mismo. Una política de esta naturaleza requiere no sólo del esfuerzo institucional, sino que precisa de la colaboración de las organizaciones involucradas en este tema. Sin embargo, la sola existencia de estos grupos de ciudadanos, padres, madres, esposas, esposos o simplemente personas cercanas a los desaparecidos, merece que el Estado mexicano vuelva la vista a ellos, exige también el compromiso de las instituciones correspondientes a poner en la mesa de discusión la agenda de una política pública seria, a la altura de las circunstancias y, por tanto, acorde con la dimensión del este fenómeno en nuestro país. Finalmente, todos esos grupos de ciudadanos son

(21 de septiembre, 2014). Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/09/21/actualidad/1411259334_734843.html

37. HUMAN RIGHTS WATCH. *Los desaparecidos en México*, op. cit. Véase especialmente el capítulo intitulado “El gobierno federal no crea bases de datos nacionales sobre personas desaparecidas y restos humanos no identificados”, pp. 130-138.

38. Cfr. ORDAZ, P. “Detenido un sicario mexicano que disolvió 300 cuerpos en sosa cáustica”, *El País* (25 enero, 2009).

nuestra reserva moral, además de que, en el caso de México, han sido los que mayormente han impulsado la dinámica de la esperanza, si bien no de encontrarlos vivos, por lo menos de localizar sus cuerpos. Por ello la idea de trasladar la propuesta de una ética de la memoria al caso mexicano, se encuentra sostenida y legitimada al ser una ética de la experiencia, porque sólo la memoria es lo que trasciende.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN, V. "Padrón del INE se usará para buscar desaparecidos", en *Excelsior*. (Septiembre 7 de 2018). Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/padron-del-ine-se-usara-para-buscar-desaparecidos/1263614>. Fecha de consulta: 9 de septiembre 2019.
- BAUMAN, Z. *Ética posmoderna*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2005.
- BONILLA, M. "Desaparecidos. Guerra sucia deja 480 víctimas", en *El Universal*, (Agosto 16 de 2015). Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/estados/2015/08/16/desaparecidos-guerra-sucia-deja-480-victimas>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2019.
- CERUTTI, M. "La memoria de las víctimas. Testimonios para una reflexión ética", en MARDONES, J. M. y MATE, R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003.
- CORTINA, A. *Alianza y contrato. Política, ética y religión*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- ESPOSITO, R. *Personas, cosas, cuerpos*, Trotta, Madrid, 2017.
- FAJARDO MORALES, Z. A. *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica* [Documento inédito]. Disponible en: http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf. Fecha de consulta: 08/03/2015.
- FOWKS, J. "Una prenda de vestir como último vestigio para reconocer un cadáver", en *El País* (Septiembre 21 de 2014).
- LE BRETON, D. *La sociología del cuerpo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.
- LÓPEZ MERINO, M. J. "El desaparecido como sujeto político: una lectura desde Arendt", en *Franciscanum*, vol. LVII, núm. 164, julio-diciembre, 2015, pp. 67-95. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=343540286004>
- MATE, R. "¿Pero quiénes son las víctimas?", en *El País*. (Enero 18 de 2001).
- ORDAZ, P. "Detenido un sicario mexicano que disolvió 300 cuerpos en sosa cáustica", *El País*. (Enero 25 de 2009).
- PAZ y PAZ, C. "Recomendaciones para mejorar el sistema de investigación criminal mexicano a la luz del caso Ayotzinapa", en *Aportes DPLF*, Número 21, año 9, enero 2017, pp. 4-10.
- PERASSO, V. "Una base de datos para buscar migrantes desaparecidos", en *BBC Mundo*. (Mayo 21 de 2013).
- PÉREZ TAPIAS, J. A. "Derechos humanos y ciudadanía democrática: la responsabilidad moral por los derechos del otro", en HERRERA GUIDO, R. (coord.). *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2006.
- RITTER, N. "Missing Persons and Unidentified Remains: The Nation's Silent Mass Disaster", en *National Institute of Justice Journal*, Issue No. 256, Washington DC, pp. 2 y ss. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/jr000256.pdf>
- TAFALLA, M. "Recordar para no repetir: el nuevo imperativo categórico de T. W. Adorno", en MARDONES, J. M. y MATE, R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003.

- TURATI, M. "Destruye Segob bases de datos personales del Renault", en *Proceso*, No. 2053, (15 de junio de 2012). Recuperado de: <http://www.proceso.com.mx/?p=311021>
- UNITED STATES. DEPARTMENT OF STATE: Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. *México 2014: Human Rights Report*. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/236914.pdf>
- VALLADOLID BUENO, Tomás. "Los derechos de las víctimas", en MARDONES, J. M. y MATE R. (ed.). *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003.

LEYES

- MÉXICO: *Ley General de desaparición forzada de personas, desaparición cometida por particulares y del sistema Nacional de Búsqueda de personas*, 2017.
- MÉXICO: *Convenio de colaboración en materia de búsqueda y localización de personas desaparecidas e identificación de cadáveres o restos humanos*, 2018.

TESIS Y JURISPRUDENCIAS

- Quinteros vs. Uruguay Comité de Derechos Humanos de la ONU, comunicación 107/1981 21 de julio de 1983, párrafo 14, cit. por Human Rights Watch Los desaparecidos en México.
- Tesis Aislada del P. LXVI/2011 (9a.), No. de Registro No. 160584. Época: Novena Época, Registro: 162612, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Materia(s): Civil, Tesis: I.8o.C.301 C, Página: 2301.

INTERNET

- http://www.mexicodenuncia.org/?page_id=31 al año 2009
- <http://www.unesco.org/culture/ich/es/RL/00054>
- http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/panora_religion/religiones_2010.pdf
- <http://www.eluniversal.com.mx/primera/31613.html> consultado el 02 de junio de 2014.
- <https://rnped.segob.gob.mx/>
- <http://www.ceav.gob.mx/2015/08/acciones-a-seguir-ante-la-desaparicion-de-una-persona/>
- <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v11/v11a18.pdf>
- <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/registro-nacional-de-datos-de-personas-extraviadas-o-desaparecidas-rnped>
- <https://datos.gob.mx/busca/dataset/estadistica-de-personas-desaparecidas-no-localizadas>
- http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/05/130520_base_de_datos_migrantes_desaparecidos_vp
- <https://www.proceso.com.mx/453902/ine-compartira-a-la-pgr-bases-datos-identificar-a-personas-desaparecidas>.

OTROS

- Documento técnico para Extender invitación de Documento técnico para la audiencia temática: “Las desapariciones forzadas y la propuesta del Mecanismo Extraordinario de Identificación Forense en México”. (Documento web) 2019. <https://sinlasfamiliasno.org/movimiento/wp-content/uploads/2019/05/MecanismoForenseCIDH2019.pdf>. 9 septiembre de 2019.
- Instrumento de aceptación depositado ante el Secretario General de la OEA el día 16 de diciembre de 1998 y publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.
- Conferencia de prensa del día 11 de septiembre de 2008, disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/primer/31613.html> consultado el 02 de junio de 2014.
- Human Rights Watch. Los desaparecidos en México. El persistente costo de una crisis ignorada, EEUU, edición a cargo de Human Rights Watch, 2013. Véase especialmente el capítulo intitulado “El gobierno federal no crea bases de datos nacionales sobre personas desaparecidas y restos humanos no identificados”, pp. 130-138. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/mexico0213sp_ForUpload_0_0.pdf



Conventional mechanism for the protection of regional languages or languages of minorities

MECANISMO CONVENCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE IDIOMAS REGIONALES O IDIOMAS DE LAS MINORÍAS

Iliana Faritovna Valiullina

Ural State Law University
elyana.valiulina@gmail.com

Recibido: 22 de junio 2020 | Aceptado: 03 de julio de 2020

ABSTRACT

Today the problem of protecting regional or minority languages is an urgent one. Despite the existence of numerous international acts at the universal and regional levels aimed at protecting these languages, the language rights of national, linguistic, religious minorities and speakers of regional languages are violated. This scientific article is devoted to a comprehensive study of the conventional mechanism for the protection of regional or minority languages. The article examines the characteristic features of the conventional mechanism for the protection of regional or minority languages: law-making, interpretation, international control and law enforcement. The article begins with the disclosure of the content of the concepts of regional or minority languages. Some approaches to this definition are considered. I proceed to the structure of the conventional mechanism for the protection of regional or minority languages and consider each component separately. The article provides a comparison of interpretation and specification. The article focuses on the views and works of Russian lawyers and researchers in the field of theory of state and law. The article is of an interdisciplinary nature, written at the intersection of law and sociolinguistics. This article will be of interest to specialists in the field of linguistics.

RESUMEN

Hoy en día, el problema de proteger las lenguas regionales o minoritarias es urgente. A pesar de la existencia de numerosos actos internacionales a nivel universal y regional destinados a proteger estos idiomas, se violan los derechos lingüísticos de las minorías nacionales, lingüísticas, religiosas y los hablantes de idiomas regionales. Este artículo científico está dedicado a un estudio exhaustivo del mecanismo convencional para la protección de las lenguas regionales o minoritarias. El artículo examina las características del mecanismo convencional para la protección de las lenguas regionales o minoritarias: legislación, interpretación, control internacional y aplicación de la ley. El artículo comienza con la divulgación del contenido de los conceptos

KEYWORDS

Regional languages
Languages of minorities
Conventional mechanism
Law-making
Interpretation
International control and law enforcement.

PALABRAS CLAVE

Las lenguas regionales
Las lenguas de las minorías
El mecanismo convencional
La elaboración de leyes
La interpretación
El control internacional y la aplicación de la ley

de idiomas regionales o minoritarios. se consideran algunos enfoques para esta definición. A continuación, procedo a la estructura del mecanismo convencional para la protección de las lenguas regionales o minoritarias y considero cada componente por separado. El artículo proporciona una comparación de interpretación y especificación. El artículo se centra en los puntos de vista y trabajos de abogados e investigadores rusos en el campo de la teoría del estado y el derecho. El artículo es de naturaleza interdisciplinaria, escrito en la intersección del derecho y la sociolingüística. Este artículo será de interés para los especialistas en el campo de la lingüística.

1. INTRODUCTION

In order to implement international legal provisions on regional or minority languages, the mechanism for their implementation should be studied. In the theory of international public law, the mechanism for implementing international law consists of two mechanisms, one of them is international conventional mechanism. This mechanism includes law-making, interpretation, international control and law enforcement.

2. DEFINITION OF REGIONAL LANGUAGES OR LANGUAGES OF MINORITIES

According to article 1 of the European Charter for regional or minority languages, regional or minority languages are those that:

1. traditionally used in the territory of the state by the inhabitants of this state, who are a group numerically smaller than the rest of the population of the state;
2. differ from the official language (s) of that state;
3. do not include any dialects of the official language (s) of this state, or the languages of migrants¹.

The compilers of European Charter for regional or minority languages, regional or minority languages the were offered several formulations of the concept of regional or minority languages, but they decided not to distinguish the two categories due to the fact that in practice, each regional or minority language is a special case and it is pointless to try to divide them into separate groups»². In fact, the combined concept of regional or minority languages proposed in the European Charter for regional or minority languages, regional or minority languages does not always correspond to the concepts and/or definitions contained in the constitutions or laws of European States.

1. EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES. Strasbourg, November 5, 1992 // URL:<http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/148.htm> (Date accessed: 24.08.2018).

2. EXPLANATORY REPORT TO THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES. Strasbourg, 5.11.1992//URL: <https://rm.coe.int/16800cb5e5> (Date accessed: 10.02.2020).

3. COMPONENTS OF THE CONVENTIONAL MECHANISM

The Conventional mechanism for the implementation of international legal norms is a «set of international legal means of implementing norms, their operation and application³» and contains the following components: law-making, interpretation, international control and law enforcement.

3.1. Law-making

The first component takes two forms, namely, the establishment of preliminary rules and the specification of international treaties and agreements. In the theory of state and law the institute preliminary rulemaking is not developed because there is no concept of preliminary norms, its symptoms, not a specific list of the subjects of the preliminary rulemaking. S. S. Alekseev rightly stressed the importance of these standards «to ensure a real, complete, accurate and timely implementation of subjective rights and duties»⁴. It can be assumed that preliminary rules are rules in which states record their wishes, plans, and intentions that do not impose legal obligations on them.

An example of the first form of law-making is the Declaration on language rights adopted at the 12th seminar of the International Association for the development of intercultural communication in 1987, held in Recife (Brazil). This Declaration is preliminary and contains some types of language rights. This example is not the only one, documents of UN forums, recommendations of the UN General conference on education, science and culture, and bilateral agreements of States have a large number of preliminary norms. For example, the report of the United Nations Permanent Forum on indigenous issues on the eighteenth session (22 April-3 May 2019)⁵ contains the following wording: «the forum recommends that member States develop, promote», «the forum encourages». The Recommendation on the development of adult education of 26 November 1976, adopted by the UN General conference on education, science and culture, States that «member States should encourage agreements», «member States should strengthen their cooperation on a bilateral and multilateral basis». The San Stefano preliminary Treaty of 3 March 1878, concerning the protection of national minorities, stipulates that «States will determine special rules».

The second form of law-enforcement rulemaking is concretizing rulemaking. We should agree with the approach of E. S. Vaskovsky, who claims that «when specifying norms, specific rights and obligations of individual citizens are recognized by them through conclusions from legal norms and actual circumstances⁶». According to V. V. Lazarev «the results of concretizing rulemaking are legal provisions, as something approaching a legal norm and even

3. SUVOROVA, V.Y. "Realizatsiya norm mezhdunarodnogo prava", Ekaterinburg. Izdatelstvo Sverdlovskogo yuridicheskogo instituta, n° 1, 1992, pp. 28

4. ALEKSEEV, S.S. Mehanizm pravovogo regulirovaniya v sotsialisticheskom gosudarstve, pp.96-97.

5. Report of the Permanent Forum on Indigenous Issues on the eighteenth session (22 April-3 May 2019), E/2019/43-E/C.19/2019/10//URL: <https://undocs.org/en/E/2019/43>(Date accessed: 04.03.2020).

6. VASKOVSKIY, E.V. Uchebnik grazhdanskogo protsessa. M.: Izd. Br.Bashmakoviyh, 1917.

able to become it under certain formal procedures, if there is a need to cover these circumstances not only with a General, but also with a more specific rule⁷».

The abundance and generality of preliminary rules in international public law makes it difficult to implement international conventions and declarations in practice. There is a need to adopt additional international and regional legal acts that guarantee the protection of regional and minority languages.

The articles on the protection of minority languages in the UN Convention against discrimination in education of 14.12.1960, the UN Convention on the rights of the child of 14.12.1960, and the UN Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities, adopted by General Assembly Resolution 47/135 of 18 December 1992, are specific provisions to article 27 of the International Covenant on civil and political rights of 16.12.1966.

Let us consider the primary and concretizing norms on separate examples. For example, article 4(part 3) of the UN Declaration on the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities, adopted by General Assembly Resolution 47/135 of 18 December 1992, guarantees measures for teaching in their native language. The norm contained in this article is the primary one, since the specific rules in relation to it are listed in article 8 of the European Charter for Regional or Minority Languages, which is devoted to practical measures in the field of education. In addition, the Universal Declaration of language rights of 1996 includes measures such as the creation of international funds to promote the implementation of language rights in communities that are clearly under-resourced. An identical example is article 30 (part 1) of the Convention on indigenous and tribal peoples in independent countries, № 169 of 27 June 1989, which States that «governments shall take measures... in matters of... economic opportunities, education and health⁸», but there is no list of measures in the document. The specific rules in this case are articles 8, 13 and 14 of the UN Declaration on the rights of indigenous peoples of 13.09.2007. Consequently, the European Charter for Regional or Minority Languages can be considered as the main concretizing act, containing a more extensive list of measures that promote the use of regional or minority languages.

At the regional level, the Hague recommendations 1996 on the rights of national minorities to education and the Oslo recommendations 1998 on the language rights of national minorities attempted to flesh out various existing legal and other documents in order to provide countries with clear guidance on implementing OSCE commitments on minorities⁹.

Before moving on to the next component of the conventional implementation mechanism for the protection of regional or minority languages, it is necessary to compare the

7. LAZAREV, V.V. "Effektivnost pravoprimeritelnyih aktov (Voprosyi teorii)". Kazan: Izd- vo Kazan.un- ta, 1975, pp. 15.

8. International Labour organization Convention № 169 of 27 June 1989 Concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. Conventions and recommendations adopted by the International labour conference. 1957-1990. Vol. II. Geneva: International labour office. 1991, pp. 2193 - 2207.

9. Foundation for inter-ethnic relations, Hague recommendations on educational rights of national minorities and explanations (1996); Foundation for inter-ethnic relations, Oslo Recommendations on language rights of national minorities and explanations (1998). For a history of the Hague recommendations and further views on the relevant standards, see 4(2) international journal of group and minority rights (1996/97).

specification and interpretation. For example, V. Y. Suvorova wrote that «concretization and interpretation are closely related. Concretization is unthinkable without interpretation, and interpretation often turns into concretization¹⁰». On the one hand, M. V. Zaloilo And N. S. Malyutin agree with the position of V. Y. Suvorova and rightly note that «concretization and interpretation have one object and purpose—the approximation of the content of the concretized or interpreted norm to specific life circumstances, to the conditions of its application, on the other – they note that these two concepts are not identical for a number of reasons. First, interpretation must precede the concretization of the law and any rule is subject to it. Secondly, concretization is possible only if the norm-giver himself intentionally allows the development of the content of the normative prescription (for example, if there are evaluative concepts in the content of the norm, etc.)¹¹». According to M. I. Braginskiy and V. V. Vitryanskiy, «the link between the norm and its application is the understanding of the norm, or, in other words, its interpretation¹²».

Investigating the reasons for the interpretation of an international treaty, the researcher I. S. Peretersky attributed to them:

- uncertainty of terms,
- insufficiently precise expression of the main idea of the agreement,
- inconsistency of the General provisions of the agreement with its specific subject matter,
- ambiguity or ambiguity of certain provisions of the contract, imperfection in the expression of thought, language problems¹³. In addition, E. S. Vaskovsky suggests that in the implementation of interpretation, it is necessary to detect not only the direct meaning of the norm, but also its «hidden content»¹⁴.

3.2. Interpretation

The interpretation is broader in relation to concretization. This is due to the fact that in the process of interpretation, international legal norms are clarified and developed, while in the process of concretization, the existing interpretation of an international legal norm is corrected and new aspects are added. The subjects of interpretation of international legal norms are states, international bodies and organizations. An example of interpretation is the General comments, General recommendations of the UN Treaty bodies, which address a wide range of issues in several areas. As described above, General Comment № 23 of the UN Human Rights Committee interprets article 27 of the ICCPR.

The Committee distinguishes the rights protected by article 27 of the ICCPR from the right of peoples to self-determination (article 1 of the ICCPR), as well as the guarantees provided

10. SUVOROVA, V. Y. "Realizatsiya norm mezhdunarodnogo prava", Ekaterinburg. Izdatelstvo Sverdlovskogo yuridicheskogo instituta, 1992, pp.31.

11. ZALOILO, M.V., MALYUTIN N.S. "Tolkovanie i konkretizatsiya kak universalnyie formy evolyutsii prava", Teoriya prava, 2015. –# 4(53). – S.88.

12. BRAGINSKIY, M.I., VITRYANSKIY V.V. Dogovornoe pravo, Kn. 1: Obschie polozheniya. 2011, pp.137.

13. Citation on: PERETERSKIY, I. S. Interpretation of international treaties, 1959, pp.18-19.

14. VASKOVSKY, E. V. Methodology of the Civil law, pp. 88-89.

for in articles 2.1 and 26 of the ICCPR. In addition, «the terms used in article 27 of the ICCPR indicate that persons subject to protection are: persons belonging to a particular group and having a common culture, religion and/or language, and not necessarily citizens of a state party (paragraph 5.1). General comment № 23 of the UN human rights Committee calls for a positive «legislative, judicial or administrative» obligation on the part of the state to protect the identity of a minority» and «the rights of its members to enjoy and develop their culture and language, as well as to practice their religion in community with other members of the group¹⁵» (para.6.2).

Speaking about the legal nature of acts of international legal interpretation, I. I. Lukashuk points out that «the interpretation carried out by the subjects of international law is official, and not by the subjects – unofficial¹⁶». V. S. Nersesyants believes that «the obligation of official interpretation causes, first, the duty of the law enforcement body to find and study the acts of explanation and, secondly, to follow them if their own ideas about the content of the applicable rules differ from the instructions contained in the acts of official interpretation¹⁷».

3.3. International control

It is considered in the scientific literature in both a narrow and broad sense. Proponents of the first approach are P. N. Biryukov¹⁸, A. S. Gaverdovsky¹⁹, I. I. Kotlyarov²⁰, and S. Y. Marochkin²¹. In a narrow sense, international control refers to a system of measures or activities to verify that participants in international relations have fulfilled their obligations. Supporters of the second approach are R. M. Valeev²², Y. N. Ustinova, G. E. Lukyantsev. G. E. Lukyantsev defines international control as «the activity of subjects of international law... in which States' compliance with international legal obligations is monitored and verified, and in certain branches of international law...measures are taken to comply with them in order to properly develop

15. General comment № 23 of the United Nations human rights Committee. A/49/40, I (1994)107.

16. LUKASHUK, I. I. *Sovremennoe pravo mezhdunarodnyih dogovorov*, 2004, pp. 642.

17. NERSESYANTS, V. S. *Problemyi obschey teorii prava i gosudarstva*, 2006, pp. 451.

18. P. N. Biryukov understands under control "the activities of participants in international legal relations to verify compliance with the obligations of subjects of international law and promote their implementation". See more at: BIRYUKOV, P. N. *International law: Study guide*, 2006, pp. 84.

19. A. S. Gaverdovsky points out that "control activity consists in establishing the compliance of the activities of States with the accepted obligations in order to ensure their compliance". See more at: GAVERDOVSKIY, A.S. *Implementatsiya norm mezhdunarodnogo prava*. Kiev, 1980, pp. 169 -170.

20. I. I. Kotlyarov considers international control as "the action of subjects of international law or bodies created by them, which are carried out on the basis of international treaties and are concluded in checking the compliance of the state's activities with the obligations assumed in order to ensure their implementation". See more at: KOTLYAROV I.I. *Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo i mezhdunarodnoe pravo*, Otv. red. M.M. Slavin, N.A. Ushakov, 1977, pp. 49.

21. S. Y. Marochkin notes that "the function of the control mechanism is to establish the compliance of the actual behavior of States with legal requirements through verification (monitoring, inspections, hearing reports, providing information)". See more at: MAROCHKIN, S.Y. *Problema effektivnosti norm mezhdunarodnogo prava*. Irkutsk, 1988, pp.111.

22. R. M. Valeev defines international control as "a system of legal norms established in international agreements, the subject of which is the relationship of States to verify compliance with international legal obligations and take measures to implement them". See more at: VALEEV, R.M. *Kontrol v sovremennom mezhdunarodnom prave: Avtoref. dis d-ra yurid. nauk*. Kazan, 1999, pp.16.

international legal relations²³». Moreover, L. A. Lazutin singles out surveillance as «a method of control activity that is widely used for verification by States of agreements related to various branches of international law²⁴».

At the universal level, the Special Rapporteur is an example of an international monitoring body. For example, the UN Special Rapporteur on minority issues, approved by Commission on Human Rights Resolution № 2005/79 of 21 April 2005, submits an annual report on his activities to the human rights Council and the General Assembly, including recommendations on effective strategies for improving the implementation of the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities. In turn, the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, approved by Resolution 42/20 of the UN Human Rights Council²⁵, examines specific cases of alleged violations of the rights of indigenous peoples by sending communications to governments and other actors, reports on the General human rights situation of indigenous peoples in individual countries, and contributes to case studies on topics of particular relevance to the promotion and protection of the rights of indigenous peoples.

At the European regional level, the European Charter for Regional or Minority Languages provides for a monitoring mechanism, the central element of which is the Committee of Experts (hereinafter referred to as the CE). The main function of the CE is to report to the Committee of Ministers on its assessment of a party's compliance with its obligations, to study the actual situation of regional or minority languages in the state and, where appropriate, to encourage that party to gradually achieve a higher level of commitment.

3.4. Law enforcement

S. S. Alekseev argued that it is a mechanism that makes it possible... to ensure the operation of legal norms in accordance with the requirements of developing public relations²⁶. As D. Harasti noted, «the application involves establishing consequences for the parties and, in exceptional cases, also for third States in a specific situation²⁷».

At the universal level, there is the UN Human Rights Committee (hereinafter referred to as the HR Committee), which is the United Nations human rights treaty body. This Committee is responsible for overseeing the implementation of the ICCPR by reviewing state reports, individual complaints and inter-state complaints, as well as preparing General comments, substantive statements and General discussions on topics addressed in the ICCPR.

In the case of *Guesdon v. France*, the applicant (the accused), who speaks Breton, was charged in French as part of the criminal proceedings. The accused and his witnesses claimed

23. LUKYANTSEV, G. E. *Mezhdunarodnyiy kontrol v oblasti prav cheloveka: tendentsii i perspektivy*, Izd-vo RUDN, 2005, pp. 33.

24. LAZUTIN, L.A. "Sootnoshenie kontrolya i mer ukrepleniya doveriya v prave mezhdunarodnoy bezopasnosti", *Ros. jurid. Zhurn*, 1995, №1, pp. 83.

25. The Resolution of Human Rights Council «Human rights and indigenous peoples: mandate of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples». A/HRC/RES/42/20// URL: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/42/20(Date accessed:12.03.2020).

26. ALEKSEEV, S.S. *Teoriya prava*, Harkov: BEK, 1994.

27. HARASZTI, G. "Some fundamental problems of the law of treaties", 1973, pp. 18, 29.

the right of the court to give evidence in Breton with the help of an interpreter, guaranteed by the state, since Breton was the «ancestral language» (paragraph 6.4) and

«the language in which...they speak normally» (p. 6. 2)²⁸. However, the court rejected this request on the grounds that both the accused and his witnesses could speak French fluently. The applicant claimed that the French courts violated: the right to a fair trial, the right to hear witnesses on his behalf, the right to be assisted by an interpreter, the right to freedom of expression, the right to equal treatment and the enjoyment of minority rights, such as the use of a minority language (paragraph 2.3). In this case, the HR Committee declared that «article 14 of the ICCPR concerns procedural equality...The requirement of a fair trial [does not oblige] a state party to provide an interpreter to a national whose native language differs from the official language of the court, if he is able to adequately Express his thoughts in the official language»²⁹. According to M. Paz, the right to a fair trial and the right to speak a minority language provide different types of protection for minorities. The first right protects minorities only to the extent necessary to ensure due process, which is satisfied only by an adequate understanding between the accused and the court³⁰.

In *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada*, English-speaking business owners in the province of Quebec challenged local laws prohibiting them from using English in advertising. The HR Committee stressed that English-speaking Canadians cannot be considered a linguistic minority and have claims under article 27 of the ICCPR, since the minorities referred to in article 27 of the ICCPR are minorities within a single state, and not minorities within a province (para.11.2). The Committee concluded that there had been a violation of article 19, paragraph 2, of the ICCPR and considered that it was not necessary to prohibit commercial advertising in English in order to protect the vulnerable position of the French-speaking group in Canada. This protection can be provided in other ways that do not interfere with the freedom of expression in the language of their choice of those involved in areas such as trade. The state may choose one or more official languages, but it cannot exclude freedom of expression in the language of its choice outside the spheres of public life (para.11.4)³¹.

In *Deerhardt and others v. Namibia*, the state instructed civil servants not to respond to the authors' written or oral communications with the authorities in Afrikaans, even if they were fluent in the language. These instructions, prohibiting the use of Afrikaans, concerned not only the issuance of government documents, but even telephone conversations. Moreover, the applicants were denied the use of their native language (Afrikaans) not only in government, education and public life, but also in justice. For example, they were forced to use English, which they do not normally use or speak fluently, throughout the trial and to ensure that all documents were translated under oath into English³². The HR Committee, finding a vi-

28. Human Rights Comm., Communication N° 219/1986, *Guesdon v. France*// CCPR/C/39/D/219/1986 (1990).

29. Human Rights Comm., Communication N° 219/1986, *Guesdon v. France*// CCPR/C/39/D/219/1986 (1990).

30. PAZ M. "The Tower of Babel: Human Rights and the Paradox of Language", *European Journal of International Law*, Volume 25, Issue 2, May, 2014, pp.473 – 496.

31. *Ballantyne, Davidson, and McIntyre v. Canada*, Communications N° 359/1989 and 385/1989//UN Doc CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989 Rev. 1 (1993).

32. J. G. A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia. Communication N° 760/1997.CCPR/C/69/d/760/1997//URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session69/view760.htm>(Дата обращения: 12.03.2020).

olation of article 26 of the ICCPR, noted that the circular in question was deliberately directed against the possibility of using Afrikaans when working with public authorities. By the look of A. Soboleva, the importance of the decision in this case is that «it has become possible to challenge as discriminatory on the basis of language the provisions of legislation that establish preferences for a single language, if their reasonableness is questioned and it is possible to prove their biased, arbitrary nature³³».

4. CONCLUSION

Conventional mechanism for the protection of regional or minority languages consists of several elements. The interpretation included in the structure of the convention mechanism is broader in relation to concretization. This is due to the fact that in the process of interpretation, international legal norms on the protection of regional or minority languages are clarified, clarified and developed, while in the process of specification, the existing interpretation of international legal norms is adjusted and new aspects are added. The international monitoring bodies whose functions are directly related to the protection of regional or minority languages are the Committee of Experts under the European Charter for Regional languages or languages of minorities, the Advisory Committee under the FCNM, and the group of rapporteurs on legal regulation.

5. BIBLIOGRAPHY/ V. BIBLIOGRAFÍA

1. Normative acts, soft law acts, case-law

- Ballantyne, Davidson, and McIntyre v. Canada, Communications № 359/1989 and 385/1989//UN Doc CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989 Rev. 1 (1993).
- European Charter for regional or minority languages. Strasbourg, November 5, 1992 // URL:<http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/148.htm> (Date accessed: 24.08.2018).
- Explanatory Report to the European Charter for Regional or Minority Languages. Strasbourg, 5.11.1992//URL: <https://rm.coe.int/16800cb5e5> (Date accessed: 10.02.2020). General comment № 23 of the United Nations human rights Committee. A/49/40, I (1994)107.
- Hague recommendations on educational rights of national minorities and explanations (1996).
- Human Rights Comm., Communication № 219/1986, Guesdon v. France// CCPR/C/39/D/219/1986 (1990).
- International Labour organization Convention № 169 of 27 June 1989 Concerning indigenous and tribal peoples in independent countries. Conventions and recommendations adopted by the International labour conference. 1957-1990. Vol. II. Geneva: International labour office. 1991, pp. 2193 - 2207.
- J. G. A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia. Communication № 760/1997.CCPR/C/69/d/760/1997//URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session69/view760.htm> (Date accessed: 12.03.2020).
- Oslo Recommendations on language rights of national minorities and explanations (1998).

33. SOBOLEVA A. K. "Diskriminatsiya po priznaku yazyika. Vstupitelnaya statya", Zashchita lichnosti ot diskriminatsii: hrestomatiya: v 3 t. / A. K. Soboleva, A. G. Osipov. – M.: RIO «Novaya yustitsiya», 2009, pp.35–159.

Report of the Permanent Forum on Indigenous Issues on the eighteenth session (22 April–3 May 2019), E/2019/43-E/C.19/2019/10//URL: <https://undocs.org/en/E/2019/43> (Date accessed: 04.03.2020).

The Resolution of Human Rights Council «Human rights and indigenous peoples: mandate of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples».A/HRC/RES/42/20// URL: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/42/20 (Date accessed:12.03.2020).

2. Books, journals

ALEKSEEV, S.S. Mehanizm pravovogo regulirovaniya v sotsialisticheskom gosudarstve, pp.96-97.

ALEKSEEV, S.S. Teoriya prava, Harkov: BEK, 1994. BIRYUKOV, P. N. International law: Study guide, 2006,pp. 84.

BRAGINSKIY, M.I., VITRYANSKIY V.V.Dogovornoe pravo, Kn. 1: Obschie polozheniya. 2011, pp.137.

GAVERDOVSKIY, A.S. Implementatsiya norm mezhdunarodnogo prava. Kiev, 1980, pp. 169 -170.

HARASZTI, G. "Some fundamental problems of the law of treaties", 1973,pp. 18,

Otv. red. M.M. Slavin, N.A. Ushakov, 1977, pp. 49.

LAZAREV, V.V. "Effektivnost pravoprimeritelnykh aktov (Voprosy teorii)".

Kazan: Izd- vo Kazan.un-ta, 1975, pp. 15.

LAZUTIN, L.A. "Sootnoshenie kontrolya i mer ukrepleniya doveriya v prave mezhdunarodnoy bezopasnosti", Ros. yurid. Zhurn, 1995, №1, pp. 83.

LUKASHUK, I. I. Sovremennoe pravo mezhdunarodnykh dogovorov, 2004, pp. 642.

LUKYANTSEV, G. E. Mezhdunarodnyy kontrol v oblasti prav cheloveka: tendentsii i perspektivy, Izd-vo RUDN, 2005, pp. 33.

MAROCHKIN, S.Y. Problema effektivnosti norm mezhdunarodnogo prava. Irkutsk, 1988, pp.111.

NERSESYANTS, V. S. Problemy obschey teorii prava i gosudarstva, 2006, pp. 451.

PAZ M. "The Tower of Babel: Human Rights and the Paradox of Language", European Journal of International Law, Volume 25, Issue 2, May, 2014, pp.473 – 496.

PERETERSKIY, I. S. Interpretation of international treaties, 1959, pp.18-19. SOBOLEVA A. K. "Diskriminatsiya po priznaku yazyika. Vstupitel'naya statya",

Zaschita lichnosti ot diskriminatsii: hrestomatiya: v 3 t. / A. K. Soboleva, A. G. Osipov.

– M.: RIO «Novaya yustitsiya»,2009, pp.35–159.

SUVOROVA, V. Y. "Realizatsiya norm mezhdunarodnogo prava", Ekaterinburg. Izdatelstvo Sverdlovskogo yuridicheskogo instituta,1992, pp.31.

VALEEV, R.M. Kontrol v sovremennom mezhdunarodnom prave: Avtoref. dis d-ra yurid. nauk. Kazan, 1999,pp.16.

VASKOVSKY, E. V. Methodology of the Civil law, pp. 88-89.

VASKOVSKIY, E.V. Uchebnik grazhdanskogo protsessa. M.: Izd. Br.Bashmakovykh, 1917.

ZALOILO, M.V., MALYUTIN N.S. "Tolkovanie i konkretizatsiya kak universalnyie formy evolyutsii prava", Teoriya prava, 2015. –# 4(53). – S.88.