

Diálogos de Derecho y Política

NÚMERO 19 // AÑO 8 // ENERO - ABRIL DE 2018 // ISSN 2145-2784



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA
1803

Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

© Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN 2145-2784

Rector
Mauricio Alviar Ramírez

Decano
Luquegi Gil Neira

Coordinadora de publicaciones de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Elvira Yannett Ángel Franco

Director-editor
Leyder Humberto Perdomo Ramírez

Contacto
revistadialogos@udea.edu.co
<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol>

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
<http://derecho.udea.edu.co>
Recepción de correspondencia: calle 70 No. 52 – 21
Teléfono (57-4) 2198854
Medellín – Colombia

Política editorial

Diálogos de Derecho y Política es una revista electrónica de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que se propone contribuir al debate alrededor de los asuntos propios del Derecho y la Política mediante la publicación de artículos producto de la reflexión y la investigación en ambas disciplinas.

Esta revista de carácter cuatrimestral está dirigida a polítólogos, abogados, profesionales y estudiantes de las ciencias sociales y humanas estudiosos de estas temáticas y en ella se publican trabajos de autores nacionales y extranjeros interesados en la promoción y divulgación de su conocimiento mediante una política de acceso abierto, por lo que los autores ceden sus derechos patrimoniales a la revista que podrá reproducir el artículo y distribuirlo por los medios que considere pertinentes para su divulgación.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente. Recibidos y revisados los aspectos formales por el comité editorial, se designan los pares académicos que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador. Los textos que cumplan con el proceso de calidad serán publicados en la revista teniendo en cuenta que los planteamientos expuestos por los autores no comprometen a la Universidad de Antioquia ni a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

La revista electrónica Diálogos de Derecho y Política autoriza la reproducción total o parcial de los artículos publicados en ella, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, permite el acceso abierto a su contenido, con el objeto de promover la integración del conocimiento y el intercambio global de las experiencias y reflexiones académicas de diferentes investigadores y estudiosos de los temas del Derecho y la Política.

Contenido

Presentación	5
Corporalidades y micropoblaciones carcelarias: una lectura biopolítica desde Michel Foucault Diana Paola Rojas Bermeo	6
Especificación de un modelo con fuentes de 1987 a 2017 para el estudio de corresponsabilidad hídrica en una localidad del centro de México Cruz García Lirios	18
Pueblos indígenas, acción de tutela y derecho fundamental a la salud: una lección por aprender Juan Pablo Acosta Navas.....	39
Juez civil en contextos de justicia transicional David Andrés Avelino Álvarez Villa.....	59
El acceso a la información pública como derecho humano: algunas implicaciones dogmáticas Hernán Darío Vergara Mesa.....	82
Complejidad de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil Juan Pablo Sánchez Trujillo	103

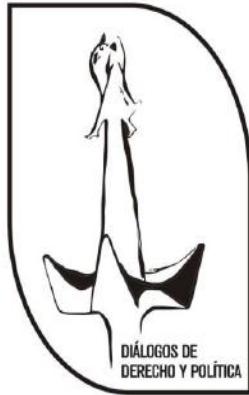
Presentación

En su deseo de ofrecer un espacio abierto que permitiera contribuir al debate alrededor de los asuntos propios del derecho y la política, mediante la publicación de artículos producto de la reflexión y la investigación en ambas disciplinas, surgió en el año 2009 la revista electrónica Diálogos de Derecho y Política.

Al ser presentada se anunciaba como una de las estrategias para colmar la aspiración de poner a dialogar el derecho y la política, o al menos, para facilitar que sus planteamientos específicos pudieran ir de la mano, así como también para cumplir con uno de los objetivos de la Universidad de Antioquia, en relación con la divulgación del conocimiento.

Hoy retomamos estos propósitos y después de una interrupción de dos años asumo el reto de reactivar esta publicación con el ánimo de que profesores, investigadores, estudiantes y, en general, todos aquellos interesados en el estudio y análisis de estos temas encuentren un espacio para contribuir al debate y la difusión de los mismos.

Leyder Humberto Perdomo Ramírez
Director / Editor



Corporalidades y micropoblaciones carcelarias: una lectura biopolítica desde Michel Foucault

Diana Paola Rojas Bermeo¹

Resumen

Al inicio de su carrera la prisión ocupó gran parte de sus estudios en la obra del autor Michel Foucault, mientras que la identificación de la biopolítica y el biopoder estuvieron presentes en sus últimos escritos sin identificarse por parte de éste y sus intérpretes una relación clara entre estas dos temáticas. Dicha relación será precisamente el objetivo del presente artículo, el cual pretende interpretar las estrategias y continuidades del control biopolítico en un escenario como la prisión, a partir de una metodología hermenéutica aplicada a los escritos más emblemáticos del autor y tomando elementos de la teoría fundada en el análisis de los datos. En este escrito se develarán las rupturas y continuidades entre la prisión y la biopolítica, a partir de la caracterización de categorías como *nueva corporalidad de poder* y *micropoblaciones de poder* que permitirán explicar las distintas manifestaciones de la biopolítica en un escenario como la prisión. Estas categorías estarán mediadas a su vez por un *poder totalizador* que posibilitará la materialización e implementación de ciertas estrategias biopolíticas en el escenario en mención.

Palabras clave: Prisión; Micropoblaciones de poder; nueva corporalidad de poder; biopolítica; biopoder; poder totalizador.

¹ Polítóloga de la Universidad de Antioquia. Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad EAFIT. Docente investigadora del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: dianap.rojas@udea.edu.co

Citación de este artículo: Rojas Bermeo, D. P. (2018). Corporalidades y micropoblaciones carcelarias: una lectura biopolítica desde Michel Foucault. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 6-17. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331279/20787463>

Corporalidades y micropoblaciones carcelarias: una lectura biopolítica desde Michel Foucault

Introducción

Son innumerables los estudios que se han elaborado sobre la prisión²; el carácter de problemática social de esta institución la hace un punto de reflexión recurrente para quienes buscan identificar los comportamientos criminales, problemas de inseguridad e incluso el progreso y grado de desarrollo de determinados territorios.

Frente a la problemática carcelaria, si bien son muchas las explicaciones que se han dado a la misma³, es un nuevo campo de interés el que configura formas de poder soberano dentro de las instituciones: la biopolítica. La presencia de esta novedosa forma de poder, espera ser develada especialmente en las instituciones que administran castigo como es el caso de la prisión. A partir de ésta se enmarca la pregunta general que buscó ser respondida a partir del presente ejercicio interpretativo: ¿Qué estrategias de control biopolítico se pueden identificar en un escenario como la prisión en la obra de Michel Foucault?

Es en un espacio como la prisión donde se evidencian afectaciones a los aspectos más ínfimos de la vida de los presos. Así, instituciones de encierro como ésta se presentan como un lugar apropiado para que el biopoder se manifieste en *nuevas corporalidades y micropoblaciones de poder*, categorías axiales de este artículo que serán caracterizadas con mayor detalle en los resultados del presente ejercicio. Los estudios sobre la biopolítica han

² Véase: Desde una perspectiva del poder disciplinario: *Vigilar y castigar* (Foucault, 1992); desde una perspectiva jurídica y crítica en la que se contrastan las distintas doctrinas sobre la pena y la imposibilidad práctica de cada una de estas para ser realizadas en la prisión: *Juicio a la prisión* (Mathiesen, 2003); desde una perspectiva jurídica (Garantismo penal) se propone la defensa de la prisión en un límite máximo de 10 años: *Derecho y razón* (Ferrajoli, 2005); desde un análisis del sistema penitenciario colombiano: *El drama humano en las cárceles* (Orrego, 2001).

³ Entre las distintas explicaciones que se han brindado para responder a la problemática encontramos: Omisión y negligencia por parte de entes estatales como el gobierno nacional, el INPEC y la rama judicial; falta de presupuesto que se traduce en infraestructura deficiente; incumplimiento de las disposiciones legales y falta de sanciones a los entes responsables de su cumplimiento; falta de oportunidades y pobreza que según expertos lleva a la delincuencia continuada; congestión judicial; falta de alternativas penales a la pena de prisión o el incumplimiento por parte de los jueces de las ya existentes; falta de personal en las cárceles (Guardianes, trabajadores sociales, asesores jurídicos, personal de salud, entre otros); la presencia de monopolios ilegales (Caciques-combos) que controlan la situación dentro de la cárcel y restringen las pocas posibilidades de redención de pena que se dan a los presos, ya que se abrogan un control total de los medios que facilitarían la resocialización.

tomado la vida como objeto de la administración estatal; sin embargo, el contexto carcelario ha sido poco explorado desde la óptica del biopoder⁴.

Son tres categorías producto de la interpretación de quien escribe este texto, las cuales marcarán antes que unas estrategias, una línea de procesos, donde la evolución de las formas de poder determinó las estrategias, los sujetos y objetos de éste. En primer lugar, se caracterizarán a grandes rasgos dos de los conceptos clave de este artículo: biopolítica y biopoder; en segundo lugar se presentará la categoría de *nueva corporalidad del poder*; en tercer lugar se enlazará la categoría anterior con las *micropoblaciones de poder* que se encuentra mediada por una forma que se ha interpretado como *poder totalizador*, a fin de establecer la relación existente entre esas categorías y la manera como permitieron identificar relaciones entre la prisión y la biopolítica; finalmente, se expondrán algunas conclusiones de este trabajo.

La biopolítica y el biopoder en Foucault

Los conceptos de *biopolítica* y *biopoder* permitieron establecer el tipo de estrategias y relaciones que tienen lugar en un contexto como la prisión. Se entenderá por biopoder el control sobre la vida y muerte de los individuos (Foucault, 2008, pág. 218), y desde la interpretación que se realizó en este trabajo, el biopoder se caracteriza como una forma de ejercicio de poder resultado de las *nuevas corporalidades de poder* y que toma, no solo a la población como su objeto, como lo estudió Foucault (Foucault, 2007b), sino que, para ser más eficaz en el control de sus fenómenos, se configuran a través de *micropoblaciones de poder*, entre las cuales se destaca la prisión.

La biopolítica desde Foucault puede ser entendida como un conjunto de estrategias donde “(...) [l]os gobiernos advierten que no tienen que vérselas con individuos simplemente, ni siquiera con un “pueblo”, sino con una “población” y sus fenómenos específicos, sus variables propias: natalidad, morbilidad, duración de la vida, fecundidad, estado de salud, frecuencia de enfermedades, formas de alimentación y de vivienda. (...)” (Foucault, 2007a, pág. 35). Se interpretará más adelante que la biopolítica consiste en el conjunto de estrategias que se ejercen sobre las *micropoblaciones de poder*, especialmente sobre la población carcelaria.

⁴ Si bien se han encontrado investigaciones que referencian a la cárcel como un dispositivo biopolítico, estos estudios son análisis de caso, por tanto apuntan a escenarios concretos. Entre los estudios encontrados están: *Los trasladados como dispositivo de tortura en el marco del gobierno de las cárceles bonaerenses* (Motta, 2009) consultado en:

http://webiigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/5jornadasjovenes/EJE2/Sistema%20penal/MOTTA.pdf el día 7 de noviembre del 2012; entre otras referencias encontradas están: *El tratamiento penitenciario de los cuerpos* (Calveiro , 2010) y *Jóvenes en el encierro: Acerca de las formas de gobierno letal de la excedencia* (Lopez, 2011).

Por lo tanto, en la manera como se regula la vida de la población carcelaria, se puede identificar una nueva forma de poder soberano, que toma la vida y muerte de los individuos como sus elementos constitutivos para hacer vivir y dejar morir (Foucault, 2008, pág. 218). Así, aspectos como la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida, entre otros, serán los objetos de intervención y *estrategias* de una *biopolítica de la población* (Foucault, 2007, pág. 168).

Dichas *estrategias* que se identifican como biopolíticas, tendrán incidencia en la constitución de nuevos campos en los que se puede ejercer poder sobre la población como sujeto-objeto de control del biopoder (Foucault, 2007b, pág. 63). De ahí que sea relevante rastrear la formación de la población carcelaria como nuevo sujeto a controlar en la modernidad, para analizar las formas de poder que actualmente permean un *escenario* como la prisión, el cual tiene unas dinámicas propias, que se verán afectadas ya no solo por unas tecnologías y dispositivos disciplinarios (Foucault, 2002, pág. 175), sino por el control y la regulación de los cuerpos.

Corporalidades y micropoblaciones en el marco de la prisión

En los estudios sobre el poder que ha hecho Foucault, el cuerpo ha estado presente como un sujeto y objeto, se evidencia que el lugar de la corporalidad ha mutado según los distintos tránsitos del poder soberano. Los lugares del cuerpo ya sean visibles o invisibles son expresados en un continuo de corporalidades de poder, “(...) un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión –mera privación de la libertad-, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda. (...)” (Foucault, 2002, pág. 23).

Estas corporalidades no solo se han establecido por el autor como lugares de ejercicio de poder, pues también han sido identificados como lugares para el castigo. Para Foucault, todo castigo sin importar la estrategia de poder que se efectúe debe incidir sobre el cuerpo: siendo visible cuando se intervienen aspectos como el alimento, los golpes, la sexualidad o cuando el poder quita la vida mediante la pena de muerte, y siendo un cuerpo invisible, en el momento en que el biopoder aparece en la vida cotidiana de los individuos sin ser detectado.

De ahí que se llame *nueva corporalidad* a este ejercicio desde el biopoder, en tanto transita desde una tradición de poder soberano cuyo ejercicio del castigo era visible, frío y cuya soberanía se expresaba en el poder de quitar la vida, hasta cuando el castigo va más allá del poder de muerte, donde se pretende perpetuar la vida, y asuntos como la privación sexual entran en escena, con toda una connotación biopolítica ya que penetra en un aspecto ínfimo

de la vida del penado y supera lo corporal, para ser un asunto psicológico, psiquiátrico, económico e inconsciente.

Se da un desplazamiento del poder de castigar desde cuerpo y su visibilidad a las funciones de la vida cotidiana que buscan ser milimétricamente reguladas; esto es, la *nueva corporalidad de poder*, un espacio diferente de poder que se presenta mucho más sutil y se aproxima a la forma en que opera la biopolítica. Puede decirse que esta nueva corporalidad se articula con las formas de castigo y el lugar del cuerpo estará dado por cada uno de los escenarios de biopoder: “(...) [u]nos castigos menos inmediatamente físicos, cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de su fasto visible (...)” (Foucault, 2002, pág. 15) esta será la característica del biopoder.

El sustento de la *nueva corporalidad del poder* al igual que lo será para las *micropoblaciones de poder* se encuentra en las relaciones saber-poder que se implican mutuamente a lo largo de la obra de Foucault, “(...) El poder lejos de estorbar al saber, lo produce. Si se ha podido constituir un saber sobre el cuerpo, es gracias al conjunto de una serie de disciplinas escolares y militares. Es a partir de un poder sobre el cuerpo como ha sido posible un saber fisiológico, orgánico.” (Foucault, 1992, pág. 115).

Si bien el autor da igual peso a las relaciones entre saber y poder, para que la *nueva corporalidad del poder* y el biopoder se constituyeran como lugares y estrategias de poder respectivamente, el papel de los saberes resulta clave, incluso para que la biopolítica se diera en las instituciones de castigo, el saber fue su condición de posibilidad antes que el poder. La utilidad del saber en el biopoder es necesaria, en tanto para tener un control total sobre el cuerpo hay que saber todo sobre él; la lógica del castigo pasa de la forma cruda del simple encierro carcelario, a un poder de castigar que se perfecciona a partir de un saber sobre el cuerpo, la lógica de dicho poder se resume así: entre más conoce más puede controlar, de esta manera operará el *poder totalizador*.

Las lógicas que el biopoder va implicando pueden identificarse en la *nueva corporalidad del poder*, el *poder totalizador* y el perfeccionamiento en las formas de castigar, esto se construye a partir de la *medicalización* de la mirada sobre el cuerpo, término propio del autor con el cual hace alusión a la intervención de saberes como la economía, la psicología, y la psiquiatría en los ámbitos y competencias de castigar que eran exclusivamente del soberano; esto puede ser entendido como

...el nexo que se establece entre las influencias científicas sobre los procesos biológicos y orgánicos (vale decir, sobre la población y el cuerpo) y, al mismo tiempo, en la medida en que la medicina va a ser una técnica política de intervención, con efectos de poder propios. La medicina es un saber/poder que se aplica, a la vez, sobre el cuerpo y sobre la población, sobre el organismo y sobre los procesos biológicos; que va a tener, en consecuencia, efectos disciplinarios y regularizadores (Foucault, 2008, pág. 228).

Si bien los saberes médicos fueron determinantes a la hora de enlazar el ejercicio del poder con el saber, mediante las intervenciones de los saberes biológicos que tendrían efectos de poder sobre los cuerpos, es quizás la economía la que marca la forma y la lógica que debe ser asumida por el biopoder. En el momento en que las lógicas de la burguesía tienen lugar, las estrategias de la biopolítica se van guiando por criterios económicos sobre la población, es decir, una serie de controles en aspectos como la proliferación, los nacimientos, la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida, entre otros, los cuales estarán mediados por criterios de eficiencia, gestión, regulación, control y disciplina, propios de una economía de la población, los cuales serán respectivamente los objetos de intervención y estrategias de una biopolítica de la población (Foucault, 2007a, pág. 168).

De todos estos efectos de saber-poder sobre la población, existen dos que resultaron claves a la hora de establecer el tipo de relación existente entre la biopolítica y la prisión en la obra de Foucault. En primer lugar, luego de identificar que la *nueva corporalidad del poder*, presenta los distintos usos del cuerpo, se encuentra que en Foucault se pueden agrupar en dos grandes dispositivos todas las estrategias de control anteriormente enunciadas: la disciplina y la regulación. La intersección entre estas dos formas de poder sobre los cuerpos marcó una relación de continuidad clara entre la prisión y la biopolítica.

Durante sus estudios sobre la prisión, específicamente en vigilar y castigar (Foucault, 2002), el autor estableció que la forma propia de la prisión y el castigo era la disciplina, esta institución “da un poder casi total sobre los detenidos; tiene sus mecanismos internos de represión y de castigo: disciplina despótica. Lleva a su intensidad el más fuerte de todos los procedimientos que se encuentra en los demás dispositivos de disciplina” (Foucault, 2002, pág. 238).

En segundo lugar, una de las formas de control sobre la población más efectivas es la regulación, que es una forma de poder propia de la biopolítica, o como afirma Foucault “con la tecnología del biopoder, la tecnología del poder sobre la población como tal, sobre el hombre como ser viviente, aparece ahora un poder continuo, sabido, que es el poder de hacer vivir. La soberanía hacía morir y dejaba vivir. Y resulta que ahora aparece un poder que yo llamaría de regularización y que consiste, al contrario, en hacer vivir y dejar morir.” (Foucault, 2008, pág. 223).

Ambas formas se aplican sobre los cuerpos, ya sea visibles como el caso de la disciplina o más sutiles como el caso de la regulación, sin embargo, uno de los hallazgos de este trabajo interpretativo es que el autor si bien inicialmente caracterizó por separado la disciplina y la regulación, en un momento de su obra establece una correspondencia entre estas dos formas, “podemos decir que, en la mayoría de los casos, los mecanismos disciplinarios de poder y los

mecanismos regularizadores de poder, los primeros sobre el cuerpo y los segundos sobre la población, están articulados unos sobre otros” (Foucault, 2008, pág. 226).

El hallazgo de esta relación es importante para resolver la pregunta de este artículo; en otras palabras, si la disciplina -propia de la prisión- transita y se complementa con la regulación propia del biopoder, entonces existe biopolítica en la prisión pues existe regulación en la disciplina y viceversa. Es mediante el dispositivo de sexualidad presente tanto en la prisión como en la población, en el cual se articulan la disciplina y la regulación, “La sexualidad está exactamente en la encrucijada del cuerpo y la población. Compete, por tanto, a la disciplina, pero también a la regularización.” (Foucault, 2008, pág. 227).

Algo similar ocurre con las relaciones saber-poder, ya que si el saber es primordial para establecer una biopolítica de la población, y el poder lo es para disciplinar y controlar los cuerpos en un sistema penal. Por lo tanto, ambos se complementan y están presentes en las dos formas, es decir, hay saber en la prisión y hay disciplina en la población y por ello no hay una ruptura entre ambas.

Lo anterior vuelve a ubicar este trabajo en el punto de partida: la *nueva corporalidad del poder*, dado que todas las relaciones que se establecieron entre los usos del cuerpo en la historia, el saber y el poder, el binomio población-cuerpo, la disciplina y la regulación, coinciden en que todas representan puntos donde se materializa claramente la relación entre biopolítica y prisión, esto permite definir la *nueva corporalidad del poder* como el espacio en el que tienen lugar esas formas de relación, especialmente entre regulación y disciplina, que a su vez, podrían corresponder con la corporalidad sobre la cual se ejerce una forma biopolítica de castigo.

Micropoblaciones de poder

La trayectoria que ha marcado la categoría *nueva corporalidad del poder* hasta el momento, permitió identificar las relaciones de poder que se han establecido a lo largo de los usos que se han dado al cuerpo, uno de los cuales, se corresponde con el biopoder ejercido sobre un cuerpo invisible, pero a su vez visible en cuanto a las funciones biológicas objeto de control. Este cuerpo global será definido por el autor como la población

Los gobiernos advierten que no tienen que vérselas con individuos simplemente, ni siquiera con un “pueblo”, sino con una “población” y sus fenómenos específicos, sus variables propias: natalidad, morbilidad, duración de la vida, fecundidad, estado de salud, frecuencia de enfermedades, formas de alimentación y de vivienda. Todas esas variables se hallan en la encrucijada de los movimientos propios de la vida y de los efectos particulares de las instituciones (Foucault, 2007, pág. 35).

Tal identificación de la población como sujeto global de la biopolítica desde la óptica de la *nueva corporalidad*, permitió introducir una nueva categoría para caracterizar mejor la

forma en la que opera el poder en esta nueva corporalidad: El *poder totalizador*. Éste se manifiesta en las *micropoblaciones de poder* y presentan en su base las mismas relaciones de saber-poder que están en la *nueva corporalidad del poder*, que de entrada, ya marcan una relación entre la disciplina y la regulación, que implica que los fenómenos de la población están atravesados por el biopoder y que éste emplea la institución carcelaria como forma de castigo.

Para comprender por qué la población tal como la caracterizó Foucault encuentra su punto de eficiencia en las *micropoblaciones de poder*, es importante describir cómo opera el *poder totalizador*, cuyo objeto es la *nueva corporalidad de poder* y el sujeto sobre el cual actúa son las *micropoblaciones de poder*, dentro de las cuales tendrá lugar la población carcelaria.

La forma de poder característica no solo de la biopolítica sino del ejercicio del poder en general, es su capilaridad, descrita por Foucault en la *microfísica del poder* (Foucault, 1992). Por esa característica, el autor identifica un poder en red, que imperceptiblemente se ocupa de los aspectos más ínfimos del individuo, “esta microfísica supone que el poder que en ella se ejerce no se conciba como una propiedad, sino como una estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una “apropiación”, sino a unas disposiciones, a unas maniobras, a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos” (Foucault, 2002, pág. 33).

Si bien dicha microfísica corresponde a la forma general como el autor caracterizó el poder, durante la descripción tanto de la biopolítica como de la cárcel se puede rastrear un poder que se ha llamado en este trabajo *poder totalizador*, en atención a su capacidad de actuar sin ser percibido, su invisibilidad y su asiento en la vida cotidiana de los individuos, cuerpos o poblaciones, sin que estos si quiera se percaten de que están siendo controlados. Dicha forma de poder será un nuevo punto de unión entre la población propia de la biopolítica y los reos en la prisión, pues la totalización que se emplea para ambos tiene un fin en común: garantizar la seguridad de la población.

En la prisión, el *poder totalizador* se manifiesta en una de sus formas más crudas, ya que este espacio se convierte en un territorio de excepcionalidad del poder donde se justifica controlar, disciplinar y regular todo lo que sea necesario en los reos (o presos), ya que han sido identificados como sujetos de peligrosidad y riesgo, es decir, amenazas para la seguridad de la población

Es esto lo que es fascinante en las prisiones, que por una vez el poder no se oculta, no se enmascara, se muestra como tiranía llevada hasta los más ínfimos detalles, el poder cínico y al mismo tiempo puro, enteramente “justificado” ya que puede formularse enteramente en el interior de una moral que enmarca su ejercicio: su tiranía salvaje aparece entonces como dominación serena del Bien sobre el Mal, del orden sobre el desorden (Foucault, 1992, pág. 87).

Por otra parte, el *poder totalizador* en la población opera a partir de la intervención en todos los asuntos de la vida cotidiana, es decir, los fenómenos propios de la población entre los que se identifican: la vida, la muerte, la natalidad, la morbilidad, la sexualidad, entre otros (Foucault, 2007b, pág. 131). Se puede decir que el ejercicio del poder totalizador es la forma propia de una nueva mecánica del poder, un biopoder, que no distingue entre lo público y privado ya que todo debe ser objeto de regulación, “su forma capilar de existencia, en el punto en el que el poder encuentra el núcleo mismo de los individuos, alcanza su cuerpo, se inserta en sus gestos, sus actitudes, sus discursos, su aprendizaje, su vida cotidiana” (Foucault, 1992, pág. 97).

Ambas manifestaciones del *poder totalizador* –su carácter sutil y omnisciente- son similares en sus estrategias y necesidad de intervención en la vida cotidiana, tanto en el caso de los penados como respecto de la población que aún no ha sido encarcelada; sin embargo, la prisión no se interpreta como una rueda suelta dentro de las dinámicas de la población, por el contrario, la institución carcelaria se relaciona con la población cumpliendo un fin muy especial: mantener la seguridad de la población y estabilizar sus niveles de riesgo a partir del encierro, la prevención y el castigo de aquellos elementos que atentan contra el equilibrio homeostático que debe mantener la población “el problema político moderno, creo que está absolutamente ligado a la población. La secuencia: mecanismos de seguridad-población-gobierno y apertura del campo de lo que llamamos política” (Foucault, 2007b, pág. 103).

La seguridad es entonces la base de la gestión del riesgo, que tanto la disciplina como la regulación realizan sobre la población. El fin del *poder totalizador* y el control minucioso sobre la cotidianidad de los sujetos se ampara en la necesidad de mantener segura a la población, más aun si hay ciertos fenómenos anormales, antisociales, delincuenciales o criminales que afectan su armonía. Teniendo en cuenta la minuciosidad con la que opera el poder totalizador, no sería viable para su interés atender todas las problemáticas de un sujeto global como la población, si bien esta fue la forma como Foucault lo planteó. Desde la interpretación realizada, la población puede fragmentarse aún más, y ello es incluso deseable a la hora de mantener un control minucioso sobre la misma.

En este punto es donde tiene lugar lo micro, es decir, si el *poder totalizador* pretende estar presente hasta en la más ínfima cotidianidad, nada más útil que los espacios a nivel micro, donde a partir de diversas instituciones y estrategias el poder pueda ver potencializado su ejercicio, ésta será precisamente la apuesta de una categoría como *micropoblaciones de poder*. Instituciones como la familia, los hospitales, la fábrica, la escuela y la prisión se constituyeron como los lugares clásicos de disciplina, sin embargo, como ya se argumentó, el paso de la disciplina a la regulación no anula la existencia de estas instituciones, por el

contrario, se complementan y sirven a ambos fines, es decir biopolítica y prisión permanecen unidas.

Todas estas instituciones se pueden identificar como *micropoblaciones de poder*, pues cada una alberga y atiende a una población específica que merece ser regulada, en tanto es clave para mantener el bienestar de la población, fin del gobierno biopolítico por excelencia. En el caso particular de la prisión, ésta será una pieza clave, ya que reproduce tanto la disciplina como la regulación; es un espacio propicio donde se configura una *nueva corporalidad del poder* para constituirse como “[u]n poder de castigar que corriese a lo largo de todo el sistema social, que actuara en cada uno de sus puntos y acabara por no ser ya percibido como poder de unos cuantos sobre unos cuantos, sino como reacción inmediata de todos con respecto a uno” (Foucault, 2002, pág. 135).

La *micropoblacion de poder* en la institución carcelaria puede entenderse bajo la denominación de la población carcelaria, pues reproduce las dinámicas y contiene todos los elementos de la gran población global que fue caracterizada por Foucault, solo que para los efectos del *poder totalizador* se pudo interpretar que fragmentar la población no solo hace más efectivo el ejercicio del poder, sino que mantiene los fines de las antiguas instituciones disciplinarias potencializándolos con la regulación de las poblaciones, ya que “el fin del gobierno está en las cosas que dirige; debe buscárselo en la perfección o maximización o la intensificación de los procesos que dirige, y sus instrumentos” (Foucault, 2007b, pág. 126).

El gobierno sobre las poblaciones comprende toda una serie de dinámicas específicas que estarán dadas por la función que se asigne a cada *micropoblación de poder* en tanto parte de un gran sujeto llamado población. Para efectos de este trabajo, la población carcelaria resulta trascendental, pues pone de manifiesto la existencia de estrategias biopolíticas en tanto sirve y hace parte de los fines de la población al constituirse como una de las micropoblaciones. La institución carcelaria no desaparece dentro del gobierno biopolítico de la población, por el contrario, reproduce sus intenciones, pone en funcionamiento un *poder totalizador* cuyo objeto de poder será el delincuente, el criminal o el anormal identificado un factor de riesgo.

Conclusiones

Mediante la articulación de *la nueva corporalidad del poder*, *las micropoblaciones de poder* y el *poder totalizador*, se identifica una continuidad no solo en las estrategias, sino en los procesos del triángulo biopolítica-prisión-biopoder. Como se pudo interpretar en la obra de Foucault, los procesos de la antigua institución prisión continúan y son complementados por la regulación bajo la forma de población carcelaria. La prisión y el castigo que se ejerce desde las lógicas del biopoder van a integrar *la nueva corporalidad*

del poder o el objeto de biopoder, el cual se materializará en las *micropoblaciones de poder* o sujeto de poder, ambas categorías mediadas por su poder característico, es decir, el *poder totalizador*. La articulación entre estos elementos permitió identificar una continuidad de procesos de disciplina y regulación, relaciones de saber-poder, población y micropoblaciones que develan la existencia de vínculos constantes entre la institución carcelaria y la biopolítica.

La institución carcelaria encuentra su continuidad dentro de la biopolítica al hacer parte de una *nueva corporalidad del poder* en la que convergen las estrategias de disciplina y regulación unidas por el dispositivo de la sexualidad. El *poder totalizador* es la forma como puede entenderse el biopoder, el cual está presente en la *nueva corporalidad de poder* y hace necesaria la constitución de ciertas *micropoblaciones de poder* que faciliten y hagan eficiente su control sobre la población global.

La población carcelaria se constituye como *micropoblación de poder* en tanto sirve a los fines del biopoder y alberga dentro de sí un tipo de población que debe ser disciplinada y regulada debido al riesgo que ella implica para el equilibrio de la población global. La existencia de procesos y continuidades entre la cárcel y la biopolítica se evidencia en una *nueva corporalidad* que conserva elementos propios de la disciplina y la regulación, y ello va a representar el nuevo objeto del poder. La población, sujeto propio de la biopolítica tendrá su manifestación particular en el espacio carcelario mediante la forma de *micropoblaciones de poder* bajo el nombre de población carcelaria.

Referencias

- Foucault, M. (2008). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (1992). Entrevista sobre la prisión: El libro y su método. En M. Foucault, *Microfísica del poder* (págs. 95-110). Madrid: Ediciones La Piqueta.
- Foucault, M. (2007). *Historia de la sexualidad: la voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1992). Los intelectuales y el poder. Entrevistas Michel Foucault-Gilles Deleuze. En F. Michel, *Microfísica del poder* (págs. 83-94). Madrid: Ediciones La Piqueta.
- Foucault, M. (1992). *Microfísica del poder*. Madrid: Ediciones La Piqueta.

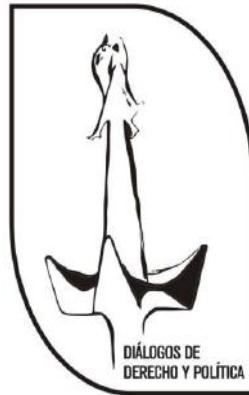
Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (1992). Poder-Cuerpo. En M. Foucault, *Microfísica del poder* (págs. 111-118). Madrid : Ediciones La Piqueta.

Foucault, M. (2007b). *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Strauss, A., & Corbin, J. (2012). *Bases de la investigación cualitativa*. Medellin: Universidad de Antioquia.



Especificación de un modelo con fuentes de 1987 a 2017 para el estudio de corresponsabilidad hídrica en una localidad del centro de México

Cruz García Lirios¹

Resumen

A diferencia de los gobiernos en donde prevalecen modelos centrados en la rectoría del Estado, la gobernanza supone un proceso de cogobierno entre gobernantes y ciudadanos, sectores y actores públicos como privados. A partir de este hecho, el presente trabajo se propone especificar un modelo para el estudio de la corresponsabilidad hídrica como resultado de una cogestión y coadministración, indicadas por altos niveles de negociación, concertación y responsabilidad en el consumo de agua, prevención de desabasto y fugas, así como del tratamiento de aguas residuales. Se llevó a cabo un estudio documental y retrospectivo con una selección de fuentes indexadas a repositorios líderes en América Latina, considerando el periodo de publicación y las categorías reportadas en la literatura. Se discute la pertinencia de incluir en el modelo especificado a los factores de hipermetropía –percepciones de minimización o exaltación de riesgos– y desesperanza –emociones de inseguridad ante los eventos de riesgo– como inhibidores de acuerdos entre autoridades locales y usuarios de servicios públicos hídricos. Se advierten líneas de investigación sobre los efectos de ambas variables consideradas como barreras para la gestión y administración consensuada de los recursos y servicios hídricos, indicadas por altos niveles de corresponsabilidad.

Palabras clave: Gobernanza; gestión; autogestión; cogestión; recursos hídricos.

¹ Licenciado y Doctor en Psicología de la UNAM. Correo electrónico: estudiosustentables@gmail.com

Artículo derivado del proyecto: “Gobernanza de la sustentabilidad hídrica en el centro de México”, fue financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) en el otorgamiento de una beca de doctorado: Universidad Autónoma del Estado de México.

Citación de este artículo: García Lirios, C. (2018). Especificación de un modelo con fuentes de 1987 a 2017 para el estudio de corresponsabilidad hídrica en una localidad del centro de México. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 18-38. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331280/20787464>

Especificación de un modelo con fuentes de 1987 a 2017 para el estudio de corresponsabilidad hídrica en una localidad del centro de México

Introducción

En el marco de la sustentabilidad hídrica local, la rectoría del Estado, aún y cuando es reflejada por una propaganda que legitima su poder sobre las instituciones y la ciudadanía en materia de gestión y administración de los recursos naturales, ha sido cuestionada y sustituida por un sistema de gobernanza que en la ciudadanía se ha diseminado en forma de autogestión social y cogestión estatal (Bustos y Flores, 2000).

La gestión estatal versus la autogestión social en materia de sustentabilidad hídrica refleja una agenda de tarifas, subsidios y condonaciones. Esto es así porque sociedad y Estado dirimen sus diferencias en la negociación del costo del servicio de agua potable. Se trata de un sistema de cogobierno o gobernanza, pero no en un sentido institucional o ciudadano, sino más bien una consecuencia de asumir a los recursos hídricos como bienes comunes. A partir de ésta premisa se establece un futuro común: la conservación del agua para las futuras generaciones. Precisamente, se trata de una gobernanza prospectiva, transgeneracional e incluso inter-civilizatoria (Corral, 2006)

Sin embargo, la propuesta de cogestión socioestatal indicada por la gestión del Estado y la autogestión de la ciudadanía ha transitado hacia un sistema de cooperación en cuanto a la reutilización del agua como indicador de su uso sustentable. En tal sentido, la optimización del agua no sólo reduce a costos y beneficios, sino además genera un sentido de pertenencia cristalizado en valores y creencias de cuidado del agua (Milfont y Duckitt, 2004).

Precisamente, es esa identidad cooperativa y solidaria la que determina formas de cogestión y coadministración que superan el autogobierno y la autodefensa de los pueblos originarios que asumen un derecho exclusivo del agua, o bien, supera los tratados y acuerdos regionales o multilaterales en los que los recursos se distribuyen conforme a las capacidades de negociación entre los gobiernos, excluyendo a la sociedad civil y demás actores y sectores públicos como privados (Bustos et al., 2004).

Es el caso del centro de México en contextos electorales. A medida que la contienda política se aproxima a los comicios, los actores políticos y sociales desarrollan una relación pragmática de intercambio del voto por el abastecimiento de unidades contenedoras de agua. Esto es así porque el sistema de gobierno local establece un sistema de tandeo o recorte intermitente al suministro de agua residencial, a la vez incrementa las tarifas a los sectores que cumplen con el pago, subsidia a los sectores que incumplen y condona o exenta del pago a los sectores que apoyan al partido en el poder (Bustos, Rincón y Flores, 2011).

Es así como las políticas de suministro y cobro han generado desencuentros y conflictos entre los actores sociales y políticos, observados en las movilizaciones y acciones

colectivas, cierres de avenidas, confrontaciones verbales y físicas con las fuerzas del orden. Tal escenario refleja lo opuesto a un sistema de cogobierno en el que el debate, los consensos y las responsabilidades compartidas orientan una cogestión y coadministración de los recursos y los servicios públicos (Obregón, 1996).

Por consiguiente, es necesario un modelo explicativo del proceso que iría del “clientelismo social y político” a la gobernanza, el cual serviría para anticipar conflictos y cambios entre los actores, así como la gestión, producción y transferencia de conocimiento entre los sectores, instituciones y organizaciones involucradas, según objetivos, tareas y metas establecidas en la negociación, concertación y corresponsabilidad.

De este modo, el objetivo del presente trabajo es especificar un modelo para el estudio de la corresponsabilidad hídrica indicada por bajos índices de denuncia de fugas, secuestros de unidades de distribución, boicots a tomas principales, así como por altos índices de reparación de fugas, la captación pluvial, el almacenamiento de agua pluvial, uso de aguas grises y el ahorro de agua potable. El modelo permitirá diagnosticar el nivel de gobernanza a fin de poder anticipar escenarios de conflictos por la baja disponibilidad del agua, el desabastecimiento, el incremento de costos y el uso indiscriminado del recurso, permitiendo diseñar estrategias de prevención y mediación de conflictos entre los actores políticos y sociales con la finalidad de proponer una cogestión acorde a la disponibilidad del agua, la visión de los bienes comunes y la conservación del agua.

En consecuencia, la pregunta que el presente trabajo pretende responder es: ¿Cuál es la agenda pública, ejes de discusión, temas centrales y las trayectorias de interrelación entre las variables relativas a la cogestión y coadministración socioestatal de los recursos y los servicios públicos en fuentes que estudiaron localidades durante contiendas electorales?

Para dar respuesta, en primera medida se encuentra una hipótesis de simplicidad, en virtud de que la literatura enfoca a los actores políticos y sociales como inmersos en un sistema político corrupto, edifican una agenda pública centrada en el intercambio de votos por unidades de abastecimiento, orientando sus opiniones en torno a la abundancia del agua, el derroche y la gratuidad del servicio, los cuales legitiman discursos y acciones de violencia a la autoridad y las instituciones encargadas del abastecimiento público.

Por otro lado, se encuentran hipótesis más complejas, no obstante que los actores políticos y sociales están circunscritos a un sistema de corrupción, negligencia, nepotismo, opacidad y violencia, reflejan una situación de desesperanza e hipermetropía que puede reorientarse hacia la recuperación de una identidad respetuosa y conservadora de los recursos hídricos, así como de una cultura de optimización, reutilización y tratamiento del agua, la cual genera altos niveles de calidad de vida y bienestar humano, antecedentes de un cogobierno del servicio de agua potable.

Para desarrollar el escrito se llevó a cabo un estudio no experimental, exploratorio y transversal con una selección de fuentes indexadas a repositorios líderes de América Latina –Dialnet, Latindex, Redalyc–, considerando el periodo que va de 1991 a 2016, así como las palabras clave; “conflicto”, “sustentabilidad”, “bienes comunes”, “gobernanza” y “reutilización”.

A partir de la técnica Delphi, la cual consiste en comparar e integrar la información con los datos de las fuentes, la información fue procesada en una matriz de análisis de contenido y la selección de las variables tales como valores, normas, percepciones, creencias, actitudes, motivos, compromisos, habilidades, intencionalidades, emprendimientos, acciones, innovaciones, responsabilidades y satisfacciones, lo que permitió especificar un modelo de las trayectorias de relaciones de dependencia entre los factores reportados como determinantes de la reutilización cooperativa en la literatura.

Se extrajeron definiciones teóricas y conceptuales, así como hallazgos empíricos para asignarles un número (véase Tabla 1), ponderar e interpretar el significado de los mismos, siguiendo los marcos teóricos, conceptuales y empíricos revisados en la literatura.

Tabla 1. Codificación de la información

Extracto	Autogobierno		Cogobierno		Gobierno		Σ
	Autogestión	Autoadministración	Cogestión	Coadministración	Gestión	Administración	
Planteamiento	1	1	3	3	1	1	10
Definición	1	1	3	3	1	1	10
Hallazgo	1	1	3	3	1	1	10
Discusión	1	1	3	3	1	1	10
Recomendación	1	1	3	3	1	1	10
Σ	5	5	15	15	5	5	50

Fuente: Elaboración propia

En virtud de que se considera a la gobernanza como un sistema incluyente de la participación civil en las instituciones estatales y la toma de decisiones de éstas en la vida civil, se le asignó un valor mayor y en consecuencia una ponderación superior a las dos opciones en comento.

De este modo, las fuentes que sumaron hasta 10 puntos de 50 posibles fueron consideradas como pro autogobierno o pro gobierno. En contraste, la literatura que sumó más de 10 puntos y hasta 50 fue considerada como pro gobernanza.

Por ejemplo, si la fuente plantea que la concepción de bienes comunes es fundamental para la reutilización cooperativa (calificación de 3), si el concepto de bienes comunes es posible observarlo en un sistema de gestión de los recursos hídricos y el servicio de abastecimiento (calificación de 3), así como los hallazgos reportadores develan un sistema de tarifas consensuado a partir de la disponibilidad de estos bienes comunes y las capacidades de futuras generaciones de extraer, potabilizar, distribuir, consumir y tratar las aguas grises (calificación de 3), además la fuente compara e integra sus hallazgos con los de otras fuentes (calificación de 3) y sugiere llevar a cabo un programa o estrategia de prevención

concertada ante un inminente desabastecimiento (calificación de 3), entonces se trata de un contenido pro gobernanza (puntaje de 15).

El estudio se inscribe en la disciplina de Trabajo Social, área de estudios documentales, pero incluye términos de la psicología de la sustentabilidad, la sociología ecológica y la economía ambiental.

Teoría de la Corresponsabilidad Hídrica

Los marcos que explican la corresponsabilidad hídrica son: 1) teoría general de los sistemas (TGS), 2) teoría de la cooperación solidaria (TCS) 3) teoría del establecimiento de la agenda (TEA) y 4) teoría de los bienes comunes, (véase Tabla 2).

Tabla 2. Marcos explicativos de la corresponsabilidad hídrica

Enfoque / Bien	Bienes Comunitarios	Bienes Públicos	Bienes Privados	Bienes Comunes
TCS	La aproximación sostiene que el agua es parte de un entorno compartido, el cual está exento de las leyes de los sistemas. De este modo, el autogobierno es posible sólo a partir de la autodefensa			
TGS		La perspectiva asume que los bienes son resultado de eventos de máxima probabilidad y equifinalidad éste enfoque supone que la corresponsabilidad es una fase regida por un sistema mayor como la rectoría del Estado. En tal sentido, será una consecuencia de asumir a los recursos hídricos como bienes públicos		
TEA			El enfoque de la agenda plantea que sin importar las propiedades físicas o las representaciones sociales, el agua es un bien privado que depende de la escasez y las tarifas difundidas en los medios de comunicación, principal referente de gobernantes y gobernados al momento de diseñar políticas públicas o acciones colectivas.	
TCG				El paradigma sostiene que un futuro común sustentable sólo es posible a partir de asumir un pasado compartido, el cual está reflejado en una identidad sociopolítica proclive a la negociación y consenso

Fuente: Elaboración propia

El modelo que antecede a la corresponsabilidad plantea que los recursos hídricos eran parte del entorno de una comunidad y que ésta desarrolló saberes de coexistencia con las demás especies a partir del respeto a sus capacidades de consumo de agua. En este sentido, los pueblos ancestrales y las civilizaciones antiguas como la egipcia o maya se asentaron en cuerpos de agua visibles, pero al incrementar su población ésta tuvo que invadir territorios bastos en agua. Incluso, las crisis de éstas civilizaciones se deben a la escasez del agua y su impacto directo en la agricultura y la alimentación (Bustos, Flores y Andrade, 2002).

Empero, la invasión y eventual apropiación de territorios dio paso a un sistema despótico en el que el agua fue considerada como propiedad exclusiva de un monarca, el cual sólo pudo mantenerse en el poder con base en un sistema coercitivo dedicado a la defensa del territorio y la seguridad de su imperio. Se trata del preámbulo al intercambio comercial en el que el agua no sólo fue un medio de transporte sino un factor de guerra entre los imperios a fin de poder garantizar su sustento. Al cobrar mayor relevancia el comercio éste se diversificó traspasando las fronteras de los Estados despóticos y orilló a un cambio en el que los bienes dejaron de ser propiedad exclusiva del monarca para ser redistribuidos conforme a las estrategias de invasión, conquista y defensa de territorios (Martínez, 2004).

Desde la teoría general de los sistemas, la corresponsabilidad hídrica se asemeja al segundo principio de la termodinámica que consiste en la aproximación de todo acontecimiento a un evento de máxima probabilidad (Bertalanffy, 1991: p. 30). De esta manera, la disponibilidad de agua en tanto se aproxima a un escenario de escasez no sólo generará desabastecimiento, sino además anticipará una situación de desorden del sistema hídrico, el cual a su vez propiciará un negociación, concertación y responsabilidad compartida entre los implicados (Corral et al., 2011).

Así es que emergió un sistema de bienes privados desde el instante en que el comercio y la revolución industrial requirió de la explotación de la naturaleza, entre ella los recursos hídricos. Se trata, según lo concibe la teoría del establecimiento de la agenda, de un sistema persuasivo que sustituyó a la seguridad coercitiva. Es decir, la prensa introdujo a las plazas públicas la importancia de la naciente agroindustria y los beneficios de empleo para las generaciones de los servicios públicos y sanitarios (Milfont y Duckitt, 2006).

Empero, la corresponsabilidad hídrica resalta un nuevo orden neguentrópico² en el que los actores políticos y sociales establecen una agenda pública de acuerdos y desacuerdos con la intención de preservar los recursos hídricos a través de la optimización del servicio de agua potable y el consumo residencial (Corral, 2010).

² Refiere a una transferencia de saberes y conocimientos, competencias y habilidades de ahorro de agua de abuelos a padres y de éstos a hijos.

De este modo, la teoría del cogobierno no sólo considera al agua como un factor de desarrollo humano en función del establecimiento de acuerdos, sino además plantea una identidad rectora más que un sistema punitivo en torno a la conservación de los recursos naturales. Se trata de un régimen centrado en la influencia de un sentido de pertenencia y apego al lugar más que de la diseminación del poder mediante un sistema de tarifas, subsidios y condonaciones (Corral, Garibaldi y Encinas, 1987).

La teoría de la cooperación solidaria, a diferencia de la teoría de la dinámica poblacional en la que se anuncia una competencia desenfrenada por los recursos (Bertalanffy, 1991: p. 32), supone una identidad, sentido de pertenencia y apego al lugar que determina la conservación de los recursos por considerarlos parte de la comunidad y por consiguiente, ésta desarrolla estilos de vida frugales, altruistas y solidarios no sólo para con quienes no cuentan con acceso al agua, sino para las demás especies animales y vegetales con las que los humanos coexisten en la presente y futuras generaciones (Carreón, Bustos, García, Hernández y Mendoza, 2015).

Sin embargo, es posible observar la exclusión de los sistemas políticos, formas de Estado y regímenes de gobierno en los usos y costumbres de las comunidades, salvo que estos atenten contra las leyes dominantes de incremento de la demanda y la oferta, la corrupción subsecuente y los conflictos entre los actores (Espinosa, Orduña y Corral, 2002).

En concordancia con el principio de *equifinalidad* de los sistemas abiertos, que consiste en la determinación de las condiciones actuales a partir de sus situaciones iniciales (Bertalanffy, 1991: p. 40), la teoría de la cooperación hídrica advierte que si en una comunidad se establecen normas y valores que consideren a la naturaleza como recursos y bienes comunes, entonces ésta generará estilos de vida acordes al cuidado del agua, pero ya no sólo como patrimonio de una comunidad sino de una civilización (Corral et al., 2012).

Además, la ley de la retroalimentación de los sistemas que advierte la interrelación e interdependencia entre los elementos que conforman un todo, en cuyo escenario la comunicación y la difusión de la información son esenciales para la toma de decisiones y la consecución de objetivos y metas (Bertalanffy, 1991: p. 46), explica fehacientemente la dinámica de una comunidad al momento de difundir sus innovaciones o estilos de vida acordes a sus usos y costumbres de preservación del entorno.

La teoría de la cooperación solidaria explica un escenario de escasez y desabastecimiento de agua, así como el incremento de costos por el suministro del recurso siempre que los actores tomen decisiones con base en normas altruistas, valores biosféricos, creencias ecocéntricas, saberes ambientales y conductas solidarias-cooperativas (Bustos et al., 2004).

Sin embargo, las comunidades al desmarcarse de los protocolos internacionales de las Cumbres de la Tierra, o bien, auto-victimizarse por la escasez de los recursos generan un etnocentrismo que consiste en considerar al agua como un bien anclado a la historia de los pueblos. Ello supone conflictos con otros actores públicos y privados, así como con sectores y agentes económicos que requieren de los cuerpos de agua (Corral, 1998).

Por consiguiente, la negociación, concertación y responsabilidad indispensables para edificar una cogestión y coadministración de los recursos y lo servicios públicos es menester entenderla desde la teoría de la corresponsabilidad, la cual advierte que ¿yá? de la corresponsabilidad, la cual advierte que no es suficiente una identidad relativa a los bienes comunes y la conservación de las especies. Además es indispensable una coparticipación de ciudadanos en las instituciones y de un acercamiento de la administración pública hacia las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Se trata de un institucionalismo y cooperativismo integrados en una visión de bienes comunes, pero con responsabilidades compartidas en cuanto a la calidad y el cobro del servicio de agua potable (Corral, 2000).

Por consiguiente, las variables e indicadores, según reza la teoría de la corresponsabilidad hídrica, que permitirían observar la cogestión y la coadministración radican en el establecimiento de una agenda con ejes de discusión centrados más en las disponibilidad del agua y temas relativos a la calidad del servicio como al costo por unidad de abastecimiento, subsidio y condonación de pago (Milfont et al., 2008).

Los estudios que corroboran los principios de las teorías de la cooperación y la corresponsabilidad hídrica, pero también cuestionan imponderables y disyuntivas por los que atraviesan las comunidades al momento de interactuar con un Estado son expuestos a continuación.

Estudios de la corresponsabilidad hídrica

Los estudios de la corresponsabilidad hídrica se han centrado en sus factores determinantes, casi siempre centrados en la cognición social, proceso de aprendizaje a través de valores, usos, costumbres, compromisos, creencias, actitudes, percepciones, saberes, habilidades, intenciones, acciones y satisfacciones de vida, reflejantes del confort que supone el acceso al agua y el consumo para fines sanitarios o recreativos (véase Tabla 1A).

La gobernanza es una red de colaboración entre Estado y sociedad a fin de que cada una de las partes establezca los límites del Estado en referencia a las prioridades de la ciudadanía. Así es como, a diferencia del institucionalismo estatal, donde prevalece el control y la toma de decisiones verticales y unidireccionales, la gobernanza alude a un sistema de cogestión en la que la participación de la sociedad es inherente a la estructura de gobierno. Tal

distinción es fundamental ya que indica el tránsito de la gestión y administración pública burocrática hacia un modelo pos-burocrático de observación, iniciativa y evaluación civil de las instituciones, en este estudio, encargadas del suministro de agua potable (García, Carreón. y Quintero, 2015).

Sin embargo, desde la óptica de la gobernabilidad e ingobernabilidad, los recursos naturales son un bien público que puede ser considerado un bien privado por parte de los usuarios si se establece una tarifa para su consumo. Es decir, la distribución del agua entre los usuarios de la red de abastecimiento está determinada por: 1) la discrecionalidad del gobierno local y 2) por el cumplimiento de los usuarios en el pago de las tarifas o sanciones, así como la valoración de las subvenciones (García, Carreón, Hernández, Bustos y Aguilar, 2016).

La gobernanza es un sistema de gestión en redes de autoridades y ciudadanos (Naranjo, Lopera y Granada, 2009, pág.88). En este sentido, las dimensiones de gobernanza y los términos implicados en ellas implican una red que supone el intercambio de información desde nodos identificables, pero que conforme transcurre el tiempo y se genera confianza y compromiso, se convierten en algo más que fuentes o medios. Precisamente, es en este punto del desarrollo de una gestión en red en el que vale la pena estacionar la discusión ya que, a diferencia de la gobernabilidad, la participación civil asume el debate y las decisiones que le fueron negadas en las formas y regímenes de gobierno autoritarios o totalitarios como el facismo (Rosas, Calderón y Campos, 2012: 118).

La gobernanza implica la interacción de diversos actores, económicos, políticos, sociales y científicos en torno la construcción de observatorios ciudadanos para el pleno respeto a los derechos humanos, la evaluación de las finanzas públicas y la transparencia en las decisiones de inversión (Iglesias, 2010: 102).

En el plano urbano y local, la gobernabilidad parece estar determinada por la discrecionalidad burocrática o la opacidad directiva en materia de instrumentos y capacidades para el desarrollo humano, local y sustentable (Araujo, 2004: 204), los asentamientos humanos irregulares conocidos como barrios en las periferias de las ciudades (Machado, 2011: 245), los conflictos entre autoridades y usuarios de las redes de suministro de servicios públicos (Díaz, 2013: 190), y la relocalización entendida como una nueva ola de asentamientos irregulares de migrantes indica la ingobernabilidad urbana (Brites, 2008: 132).

En la gobernabilidad, la gestión de los recursos hídricos y el sistema de cobro están relacionados por el supuesto según el cual, el agua es un bien público que el Estado distribuye para el desarrollo local, regional o nacional (Orgaz, Molina y Carrasco, 2011: 11). En el sistema de gobernanza, el agua sigue siendo un bien público, aunque ya no es necesariamente controlado por el Estado, ya que la ciudadanía organizada puede intervenir

en su gestión y distribución (Pallares, 2012: 172). Ambos términos apuntan hacia la sustentabilidad, ya que aluden al establecimiento de redes de gestión acordes con los vínculos entre capital natural y social (Loyola y Rivas, 2010: 3-5).

Ante tal panorama, las dimensiones de gobernanza para la sustentabilidad hídrica subyacen como sistemas globales y locales en que se construye un sistema que atraviesa a comunidades y organizaciones como los actores principales de la gestión de redes sustentables institucionales de derechos humanos e integración regional (Innerarity, 2012: 19).

Empero, el sistema de gestión global y local en red incluye a actores de la esfera civil como empresas o sindicatos que defienden intereses de mercado disonantes con la disponibilidad de recursos (Nin, 2012: 44). De este modo, la gobernabilidad de los recursos hídricos parece ser la antesala de la gobernanza del agua (Bustos, 1986).

A medida que el tiempo transcurre los recursos no sólo se extinguen, sino que dejan de ser administrados por el Estado, su disponibilidad prospectiva ahora depende de una gestión en red que permita su conservación no para las generaciones del futuro, sino para la subsistencia de las generaciones actuales (Rodríguez, 2010, pág. 200). Es aquí en donde las dimensiones locales y regionales de gobernanza se trastocan y emergen conflictos entre las masas subalternas y las tradiciones institucionales (Valencia, 2006, pág. 476).

En un sistema de cogobierno, los recursos naturales, principalmente los energéticos e hídricos, cada vez están más orientadas a las necesidades de redes de consumo en la que se articulan las estrategias para la sustentabilidad hídrica local más que global, temporal más que prospectiva y retributiva más que equitativa (Bustos, 2004).

Las dimensiones de sustentabilidad hídrica, en cuanto a gobernanza se refieren, suponen que las redes empresariales, comunitarias, ciudadanas y gubernamentales pueden articularse bajo el principio de “conservar hoy para consumir mañana”, confinando las oportunidades, restringiendo las capacidades y desdibujando las responsabilidades de las generaciones futuras en torno a la huella ecológica que heredan de las redes de gestión actuales (Bustos, Flores y Andrade, 2004).

Sin embargo, en contraste con el deber ser de la gobernanza, sus dimensiones en distintos planos, desde asentamientos irregulares hasta organizaciones transnacionales, aunque están permeadas de redes de valor, confianza y compromiso, legitiman decisiones gubernamentales y transforman estrategias discretionales en consensos públicos, a partir de los cuales la gestión de los recursos naturales es asumida como un instrumento para el desarrollo de redes lideradas por organizaciones que pretenden representar los intereses de las especies animales y vegetales actuales y futuras (Corral, 2001).

En el caso del agua, la gobernanza es un sistema que legitima los sistemas de cobro, ya no a partir de la disponibilidad y el consumo sino de los estilos de confort empresarial, sindical o barrial. Dado que los gobiernos federales y locales tienen menos injerencia en las decisiones de inversión, distribución y cobro, las organizaciones civiles parecen orientar sus esfuerzos a la gestión más que a la reutilización o reciclaje del agua. Tal proceso impacta los estilos de vida de comunidades y barrios, ya que una gestión de abundancia de agua deriva en acciones de dispendio y una gestión de escasez deviene en conductas de ahorro (Sandoval, Carreón, García, Quintero y Bustos, 2017).

Por ello, las dimensiones de gobernanza en materia de abastecimiento de agua están circunscritas a formas de organización y optimización de recursos más que a la construcción de una identidad para la cultura de ahorro de agua. Las redes ciudadanas que se organizan para el abastecimiento de agua pueden ser eficientes y eficaces, pero son poco efectivas (Corral et al., 2006).

La eficiencia respecto a la extracción, potabilización, distribución, consumo y tratamiento puede garantizar la permanencia del sistema por generaciones, pero dado su enfoque local, la construcción de una identidad a partir de usos y costumbres inhibe la diseminación de una cultura del agua que permita no sólo redistribuir el agua a quienes no la tienen o la poseen en menor medida, sino a quienes la usarán en el futuro y tendrán que formar profesionistas a fin de promover su ahorro, reutilización y dosificación (Corral, 2002).

En efecto, las dimensiones de gobernanza para la sustentabilidad hídrica suponen la inclusión de acciones concretas de uso de agua más que consumo o pago de la misma. Es decir, el agua al ser un elemento asociado con el confort productivo, sanitario y recreativo, ha cimentado una cultura hídrica utilitaria la cual convierte al agua en el medio por excelencia para alcanzar el fin de la calidad y el bienestar humano: la felicidad del confort (Corral, 2003).

Es entonces preciso replantear la felicidad humana a partir de la disponibilidad de los recursos y no de las necesidades humanas o de las planificaciones organizacionales, empero dos procesos inhiben la formación de una corresponsabilidad hídrica, principal indicador de gobernanza de la sustentabilidad de los recursos y los servicios hídricos (Mohsen, et al., 2013).

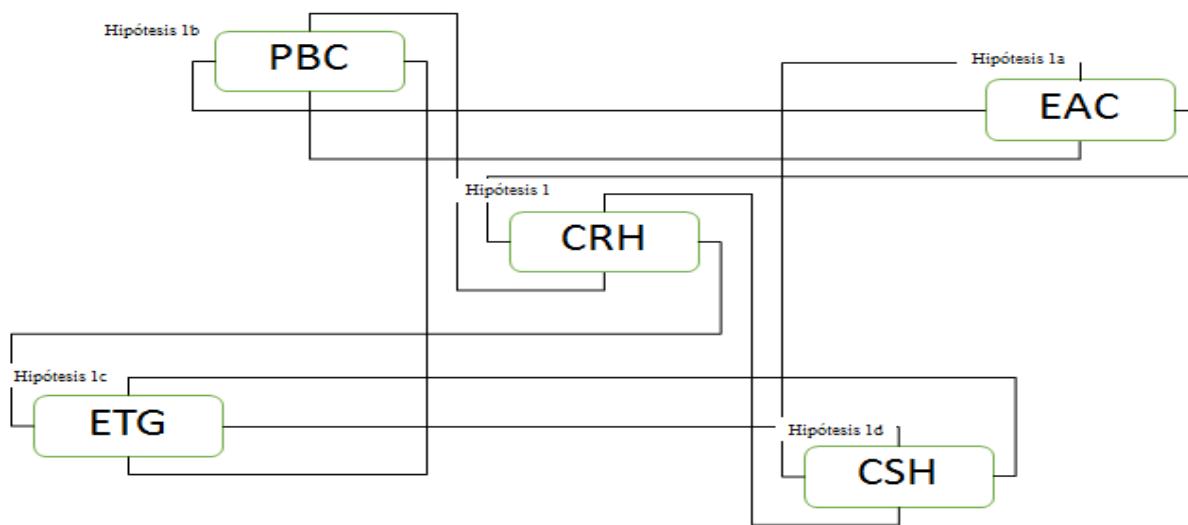
Especificación de un modelo para el estudio de la corresponsabilidad hídrica

Si se asume que la problemática de los recursos y los servicios hídricos está centrada en el establecimiento de una cogestión socioestatal como resultado de las diferencias entre la gestión estatal y la autogestión social, entonces será posible especificar un modelo para el estudio de la gobernanza de la sustentabilidad hídrica, considerando que los actores

políticos y sociales son influidos por sus normas, valores, creencias, actitudes, intenciones y estilos de vida.

En tal sentido cinco hipótesis relativas a la corresponsabilidad hídrica de los recursos y servicios de agua potable en localidades urbanas explican las trayectorias de relaciones de dependencia entre los factores reportados en el estado del conocimiento y enunciados en el marco teórico y conceptual (véase Figura 1).

Figura 1. Especificación de un modelo para el estudio de la corresponsabilidad hídrica



CRH = Corresponsabilidad Hídrica, EAC = Establecimiento de Agenda Común, PRE = Propaganda de los Bienes Comunes, ETG = Emergencia del *Tequio* y la *Guatza*, CSH = Cognición Social Hídrica [valores, normas, creencias, percepciones, actitudes, compromisos, intenciones, habilidades, saberes, acciones y satisfacciones]. Fuente: Elaboración propia

Hipótesis 1: La propaganda del Estado en torno al incremento de tarifas incide sobre las percepciones de riesgo de desabasto de agua y las percepciones de utilidad en el ahorro del recurso. Cuando el Estado implementa una gestión con base en el aumento de tarifas o condicionadas a éstas por la disponibilidad y el consumo per cápita, entonces los usuarios tienden a ahorrar el agua. O bien, la difusión intensiva de una sequía, escasez y desabasto propicia una desesperanza local que culminará con la optimización del agua para las futuras generaciones, pero también la inversión en medidores y tecnologías de reciclaje o ahorro de agua.

Hipótesis 1a: El establecimiento de una agenda enfocada en el cooperativismo incide sobre las creencias de conservación del agua como un elemento sustancial de la solidaridad local. Los estudios de difusión de innovaciones muestran como la información concerniente a la

escasez de agua genera estrategias de consumo que son diseminadas de los adultos hacia los jóvenes. La difusión de escasez se vincula con el ahorro del agua, pero si los usuarios reciben información de abundancia de agua, entonces se propicia el derroche del recurso.

Hipótesis 1b: La agenda centrada en el derecho al agua determina los valores egocéntricos como altruistas. Se trata de principios que guían el ahorro o el derroche del agua local siempre que los usuarios conozcan las leyes, los derechos y las obligaciones en cuanto al suministro, almacenamiento y consumo de agua.

Hipótesis 1c: La interrelación entre la agenda, las creencias, las percepciones y los valores explican la emergencia del *tequio*. Esto es así porque se trata de un proceso deliberado, pero también afectivo, una planificación de sentimientos y una sistematización de emociones que derivarán en una solidaridad cooperativa individual como el *tequio*.

Hipótesis 1d: Una vez que la propaganda local se ha diseminado en las creencias, valores, percepciones, una vez que se ha cristalizado en el *tequio*, del mismo modo explica la *guatza* o cooperación de un grupo con respecto a la conservación del agua. Se trata de la culminación del diálogo de saberes entre los actores políticos y sociales, ya que mientras el Estado financia la gestión hídrica, la comunidad implementa las políticas, programas y estrategias de conservación del agua.

En resumen, la especificación del modelo permitirá observar la gobernanza de la sustentabilidad a partir de la cooperación en la reutilización del agua financiada por actores políticos e implementada por actores civiles. Empero, los estudios revisados muestran que el Estado ejerce una discrecionalidad presupuestaria a partir de la cual incentiva el ahorro de agua, pero reduce la participación comunitaria en cuanto a la solidaridad cooperativa.

Consideraciones finales

El aporte del presente trabajo al estado del conocimiento radica en la revisión, discusión y especificación de la gobernanza de la sustentabilidad hídrica en el rubro de corresponsabilidad hídrica de la cogestión del agua entre actores políticos y sociales, empero el modelo especificado no incluye las barreras psicológicas para el uso sustentable de los recursos y servicios hídricos. Se trata de la hipermetropía y la desesperanza como limitantes de la corresponsabilidad entre autoridades y usuarios.

La percepción sesgada de que los problemas de escasez y desabastecimiento están lejos a la situación residencial es conocida como hipermetropía. En contraste cuando la difusión informativa acerca de sequías, inundaciones, heladas o incendios se intensifica en los medios de comunicación genera una desesperanza en los usuarios del servicio de agua

potable. Ambas barreras, hipermetropía y desesperanza son inhibidoras de un procesamiento deliberado, planificado y sistemático de la información entre gobernantes y gobernados al momento de establecer las tarifas, subsidios y condonaciones.

La hipermetropía es un tema de la agenda pública en cuanto que es asimilada por los actores políticos y sociales como una justificación de la rectoría del Estado, o bien, como una autogestión civil ante la desconfianza hacia las autoridades. En el caso de la desesperanza, se traduce en la inacción como sello distintivo de una cultura apolítica.

En el marco de la gobernanza de la sustentabilidad hídrica, la hipermetropía como la desesperanza reducen el emprendimiento a su mínima expresión y nulifican las propuestas innovadoras, así como la emergencia de una satisfacción de vida.

Futuras líneas de investigación en las que los modelos explicativos de las trayectorias entre los factores que determinan el *tequio* y la *guatza* deberán ponderar el efecto de la hipermetropía y la desesperanza sobre la cogestión entre gobernantes y gobernados.

En un sistema de cogobierno entre ciudadanos y políticos, las barreras psicológicas de hipermetropía y desesperanza frenan los acuerdos y las corresponsabilidades en tanto que orientan el establecimiento de tarifas un incremento sustancial y la subsecuente deuda de los usuarios para con las autoridades, la suspensión de pagos y el advenimiento de las sanciones, subsidios y condonaciones.

La gobernanza de la sustentabilidad hídrica es un proceso que está indicado por el grado de cooperación solidaria en torno a la gestión, autogestión y cogestión del agua, pero en la fase administrativa, la equidad entre los actores políticos y sociales se desdibuja, ya que preferentemente las tareas y las metas son definidos por la gestión del Estado y en tanto rector de la vida pública, la participación de la ciudadanía está confinada al establecimiento de una agenda, los temas de discusión y la elaboración de objetivos comunes.

Referencias

- Araujo, X. (2012). Una revisión básica sobre conceptos y teorías de gobernabilidad. *Geoenseñanza* (9), 203-212.
- Bechtel, R., Asai, M., Corral, V. y González, A. (2006). A cross cultural study of environmental beliefs structures in USA, Japan, México and Peru. *International Journal of Psychology* (41), 145-151.

- Bechtel, R., Corral, V. y Pinheiro, J. Q. (1999). Environmental belief systems United Status, Brazil and México. *Journal of Cross–Cultural Psychology* (30), 122-128.
- Bertalanffy, L. (1991). *Teoría general de los sistemas*. México: FCE
- Brites, W. (2012). Las adversidades del habitat en conjuntos habitacionales de población relocalizada. En T, Bolívar. y Erazo, J. (coord.). *Dimensiones del habitat popular mexicano*. (pp. 121-142). Quito: Clacso.
- Bustos, J. (1986). Un modelo para el estudio de la conducta pro-ambiental. *La Psicología Social en México* (1), 159-163.
- Bustos, J. (2004). *Modelo de conducta proambiental para el estudio de la conservación de agua potable*. Tesis de Doctorado, Facultad de Psicología, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bustos, J. Flores, M. y Andrade, P. (2004). Predicción de la conservación de agua a partir de factores socio cognitivos. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (5) 53-70.
- Bustos, J. y Flores, L. (2000). Evaluación de problemas ambientales, calidad del ambiente y creencias de afectación de la salud. *La Psicología Social en México* (8), 445-451.
- Bustos, J., Flores, L. y Andrade, P. (2002). Motivos y percepción de riesgos como factores antecedentes a la conservación de agua en la Ciudad de México. *La Psicología Social en México* (9), 611-617.
- Bustos, J., Flores, L., Barrientos, C. y Martínez, J. (2004). Ayudando a contrarrestar el deterioro ecológico: atribución y motivos para conservar agua. *La Psicología Social en México* (10), 521-526.
- Bustos, J., Flores, M. y Andrade, P. (2004). Predicción de la conservación de agua a partir de factores sociocognitivos. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (5), 53-70.
- Bustos, J., Montero, M. y Flores, L. (2002). Tres diseños de intervención antecedente para promover conducta protectora del ambiente. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (3), 63-88.
- Bustos, J., Rincón, G. y Flores, L. (2011). Exploración de las creencias sobre la escasez de agua en población de la Ciudad de México. *Quaderns de Psicología* (13), 3-23.

- Carreón, J., Bustos, J. M., García, C., Hernández, J. y Mendoza, D. (2015). Utilización de SPSS y AMOS en un estudio del pensamiento ambientalista y las intenciones de voto en una muestra de estudiantes. *Multiciplina* (20), 76-95.
- Corral, V. (1998). *Interacciones ambiente / conducta: algunas áreas de investigación*. En V. M. Alcaraz y A. Bouzas (coords.). Las aportaciones mexicanas a la psicología. (pp. 55-70) México: UNAM.
- Corral, V. (2000). La definición del Comportamiento Proambiental. *La Psicología Social en México* (8), 466-472.
- Corral, V. (2001). Aplicaciones del Modelamiento Estructural a la investigación psicológica. *Revista Mexicana de Psicología* (18), 193-209.
- Corral, V. (2002). A structural model of proenvironmental competency. *Environment & Behavior* (34), 531-549.
- Corral, V. (2003). Determinantes psicológicos o situacionais do comportamento de conservação de água: um modelo estructural. *Estudos de Psicología* (8), 245-252.
- Corral, V. (2006). Psicología ambiental interamericana. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (7), 1-5.
- Corral, V. (2010). *Psicología de la sustentabilidad. Un análisis de lo que nos hace pro-ecológicos y pro-sociales*. México: Trillas.
- Corral, V. y Domínguez, R. (2011). El rol de los eventos antecedentes y consecuentes en la conducta sustentable. *Revista Mexicana de Análisis de la Conducta* (37), 9-29.
- Corral, V. y Encinas, L. (2001). Variables disposicionales, situacionales y demográficas en el reciclaje de metal y papel. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (2), 1-19.
- Corral, V. y Frías, M. (2006). Personal normative beliefs, antisocial behavior, and residential water conservation. *Environment and Behavior* (38), 406-421.
- Corral, V. y Obregón, F. J. (1992). Modelos predictores del comportamiento proambientalista. *Revista Sonorense de Psicología* (6), 5-14.

Corral, V. y Pinheiro, J. (1999). Condicoes para o estudo do comportamento próambiental. *Estudios de Psicología* (4), 7-22.

Corral, V. y Pinheiro, J. (2004). Aproximaciones al estudio de la conducta sustentable. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (5), 1-26.

Corral, V. y Zaragoza, F. (2000) Bases sociodemográficas y psicológicas de la conducta de reutilización: Un Modelo estructural. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (1), 9-29.

Corral, V., Bechtel, R., Armendáriz, L. I. y Esquer, A. B. (1997). La estructura de las creencias ambientales en universitarios mexicanos: el Nuevo Paradigma Ambiental. *Revista Mexicana de Psicología* (14), 173-181.

Corral, V., Bonnes, G., Tapia, C., Fraijo, B., Frías, M. y Carrus, G. (2009). Correlates of pro-sustainability orientation: The affinity towards diversity. *Journal of Environment Psychology* (29), 34-43.

Corral, V., Carrus, G., Bonnes, M., Moser, G. y Sinha, J. (2008). Environment beliefs and endorsement of Sustainable Development principles in water conservation. *Environment and Behavior* (40), 703-725.

Corral, V., Fraijó, B. y Pinheiro, J. (2006). Sustainable behavior and time perspective: present, past, and future orientations and their relationships with water conservation behavior. *Revista Interamericana de Psicología* (40), 139-147.

Corral, V., Fraijó, B. y Tapía, C. (2004). Propensiones psicológicas en niños de sexto grado de primaria. Validez de un instrumento. *Anuario de Investigaciones Educativas* (7), 31-44.

Corral, V., Fraijó, B. y Tapia, C. (2008). Un registro observacional del consumo individual de agua: aplicaciones a la investigación de la conducta sustentable. *Revista Mexicana de Análisis de la Conducta* (36), 79-96.

Corral, V., Frías, M. y González, D. (2001). On the relationship between antisocial and anti-environmental behaviors: an empirical study. *Population and Environment* (24), 273-286.

- Corral, V., Frías, M. y González, D. (2003). Percepción de riesgos, conducta Proambiental y variables sociodemográficas en una comunidad de Sonora, México. *Región y Sociedad* (15), 49-72.
- Corral, V., Frías, M., Fraijo, B. y Tapia, C. (2006). Rasgos de la conducta antisocial como correlatos del actuar anti y proambiental. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (7), 89-103.
- Corral, V., García, F., Tapia, C. y Fraijo, C. (2012). Sustainable behaviors and perceived psychological restoration. *Acta de Investigación Psicológica* (2), 749-764.
- Corral, V., Garibaldi, L. y Encinas, L. (1987). Estudio exploratorio de patrones conductuales de consumo de agua en zona urbana. *Revista Sonorense de Psicología* (1), 87-94.
- Corral, V., Mireles, J., Tapia, C. y Fraijo, B. (2011). Happiness as correlate of sustainable behavior: a study of pro-ecological, frugal, equitable and altruistic actions that promote subjective wellbeing. *Research in Human Ecology* (18), 95-104.
- Corral, V., Tapia, C., Fraijo, B. Mireles, J. y Marquez, P. (2008). Orientación a la sustentabilidad como determinante de los estilos de vida sustentables. Un estudio con una muestra mexicana. *Revista Mexicana de Psicología* (25), 313-327.
- Corral, V., Varela, C. y González, D. (2002). Una taxonomía funcional de competencias proambientales. *La Psicología Social en México* (9), 592-597.
- Díaz, C. (2013). Nueva gestión pública y gobernanza: desafíos en su implementación. *International Journal of Conscience* (8), 177-194.
- Espinosa, G., Orduña, V. y Corral, V. (2002). Modelamiento estructural de las competencias proambientales para el ahorro de agua. *La Psicología Social en México* (9), 605-610.
- Fraijo, B., Corral, V., y Tapia, C. (2012). Adaptación y prueba de una escala de orientación a la sostenibilidad en niños de sexto año de educación primaria. *Revista Mexicana de Investigación Educativa* (17), 1091-1117.

- Fraj, A. y Martínez, E. (2005). El nivel de conocimiento medioambiental como factor moderador de la relación entre actitud y el comportamiento ecológico. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa* (11), 223-243.
- Frías, M. y Corral, V. (2013). Environmental and individual factors in adolescent anti-sociality: a structural model mexican teenagers. *International Journal of Criminal Justice Sciences* (8), 198-214.
- García, C. (2005). Los estudios psicológicos de la sustentabilidad. *Revista de Humanidades* (13), 1-63.
- García, C. (2013). Los estudios psicológicos de la sustentabilidad hídrica. Aplicaciones al sistema tarifario de consumo. *Revista de Ciencias Sociales* (139), 65-90.
- García, C., Carreón J. y Quintero, M. L. (2015). Dimensiones de gobernanza para la sustentabilidad hídrica. *Revista Pueblos y Fronteras*, 10 (20), 195-203.
- García, C., Carreón, J., Hernández, J., Bustos, J. M. y Aguilar, J. A. (2016). Especificación de un modelo de hipermetropía sociopolítica. *Luna Azul* (42), 270-292.
- García, C., Carreón, J., Hernández, J., Mejía, S., García, E. y Rosas, J. F. (2015). Hacia una agenda hídrica para la gobernanza local sustentable. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, 11 (1), 130-154.
- Iglesias, Á. (2010). La planificación estratégica como instrumento de gestión pública en el gobierno local: análisis de caso. *Cuadernos de Gestión* (10), 101-120.
- Innerarity, D. (2012). La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad. *Revista Cidob* (100), 11-23.
- Kalantari, K. y Asadi, A. (2010). Designing a structural model for explaining environmental attitude and behavior of urban residents (case of Tehran). *International Journal of Research* (4), 309-320.
- Loyola, C. y Rivas, J. (2010). Análisis de indicadores de sustentabilidad para su aplicación en la ciudad. *Tiempo y Espacio* (25), 1-15.

- Machado, C. (2012). Aproximaciones para la reestructuración física y social de la vivienda popular de Caracas. En T, Bolívar. y Erazo, J. (coord.). *Dimensiones del habitat popular mexicano*. (pp. 337-352). Quito: Clacso.
- Maisley, N.. (2013). ¿Oportunidad u obstáculo? El incipiente derecho a la participación pública en asuntos ambientales globales, a la luz de la Teoría de la Democracia Cosmopolita. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo* (11), 113-150.
- Martínez, J. (2004). Estructura de la responsabilidad Proambiental hacia la conservación de agua potable en jóvenes estudiantes. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (5), 115-132.
- McFarie, B. y Hunt, L. (2006). Environmental activism in the forest sector. Social psychological, social cultural, and contextual effects. *Environment and Behavior* (38), 266-285.
- Milfont, T. y Duckitt, J. (2004). The structure of environmental attitudes: a first and second order confirmatory factor analysis. *Journal of Environmental Psychology* (24), 289-303.
- Milfont, T. y Duckitt, J. (2006). Preservation and utilization the structure of environmental attitudes. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* (7), 29-50.
- Milfont, T., Andrade, P., Belo, R. y Pessoa, V. (2008). Testing Zimbardo time perspective inventory in brazilian simple. *Revista Interamericana de Psicología* (42), 49-58.
- Modh, N. (2013). Structural relationships on consumer ecological behavior. *Journal of Sustainability Science and Management* (8), 233-243.
- Mohsen, A., Ahmad, J., Abd, M. y Ali, I. (2013). Consumer environmental activism, sustainable consumption behavior and satisfaction with life. *Life Sciense Journal* (10), 1000-1006.
- Nin, María. (2012). La gobernanza como clave para comprender el control de la fiebre aftosa la Pampa, Argentina. *Huellas* (16), 36-53.
- Obregón, F. (1996). Las creencias como un factor disposicional del comportamiento. *Revista Sonorense de Psicología* (10), 43-49.

Obregón, F. y Zaragoza, F. (2000). La relación de tradición y modernidad con las creencias ambientales. *Revista Sonorense de Psicología* (14), 63-71.

Orgaz, L., Molina, L. y Carrasco, C. (2011). El creciente peso de las economías emergentes en la economía y gobernanza mundiales. Los países BRIC. *Documentos Ocasionales*, (1101), 1-24.

Palacios, J. y Bustos, J. (2012). Modelo de autoeficacia y habilidades ambientales como predictoras de la intención y disposición proambiental en jóvenes. *Revista Intercontinental de Psicología y Educación* (14), 143-163.

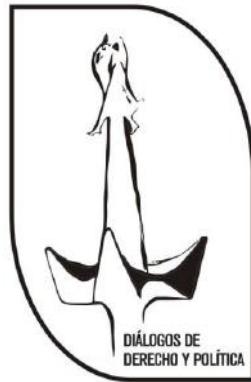
Pallares, G. (2012). Derecho a la ciudad: personas sin hogar en la ciudad de Buenos Aires. En Teolinda, Bolívar. y Erazo, Jaime (coord.). *Dimensiones del habitat popular mexicano*. (pp. 171-186). Quito: Clacso.

Rodríguez, P. (2010). Gobernanza multinivel y política regional europea. *Revista de Estudios Regionales* (88), 199-222.

Rosas, F., Calderón, J. y Campos, H. (2012). Elementos conceptuales para el análisis de la gobernanza territorial. *Quivera* (14), 113-136.

Sandoval, F. J., Carreón, J., García, C., Quintero, M. L. y Bustos, J. M. (2017). Modelo de los determinantes de la percepción de resiliencia a partir del riesgo y estrés percibido en la gobernanza de la protección civil. *Invurnus* (12) (1), 30-35.

Valenzuela, B., Corral, V., Quijada, A., Griego, T., Ocaña, D. y Contreras, C. (2004). Predictores disposicionales del ahorro de agua: Austeridad, Altruismo y propensión al Futuro. *La Psicología Social en México* (10), 527-532.



Pueblos indígenas, acción de tutela y derecho fundamental a la salud: una lección por aprender

Juan Pablo Acosta Navas¹

Resumen

El siguiente artículo se propone estudiar la acción de tutela y el derecho fundamental a la salud, desde los aportes que los pueblos indígenas realizan a la comprensión integral de este derecho, partiendo de que, para estos pueblos, la salud entraña una visión holística que no solo se limita a estar sano o libre de enfermedad, sino que abarca otras dimensiones, como la armonía con otros seres vivos, con el territorio ancestral y con la naturaleza en sí misma. En estas líneas se presenta en primer lugar, un panorama de la conformación étnica en términos demográficos de Colombia, posteriormente se desarrolla la acción de tutela reivindicándola como un derecho en sí mismo, tanto desde el derecho internacional como desde el derecho interno, luego se relaciona la acción de tutela con el derecho fundamental a la salud, y, por último, se estudia el concepto de salud desde la comprensión de los pueblos indígenas de manera correlativa con las acciones de tutela en esta materia que han desarrollado lineamientos con enfoque diferencial para estas poblaciones étnicas.

Palabras clave: Pueblos indígenas; derechos humanos; derechos fundamentales; derecho fundamental a la salud; acción de tutela.

¹ Abogado y estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Antioquia. Es docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, donde además es integrante del grupo de investigación Derecho y Sociedad y asistente académico de la especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Correo electrónico: juanacostanavas@gmail.com

Este artículo es un producto derivado del curso del pregrado en Derecho Acción de Tutela en Salud, a cargo del profesor Jaime León Gañán y de la investigación (concluida) “Conocimiento ancestral indígena y propiedad intelectual en Colombia. Estudio de caso a partir de representaciones y prácticas del trabajo de mujeres parteras, maquiladoras y empleadas del servicio doméstico del resguardo indígena de San Lorenzo (Riosucio-Caldas, 2010-2015)” financiada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Aprobada mediante acta No. 16 del Comité Técnico de Investigaciones del 7 de octubre de 2015. Acta de inicio No. 15 del 9 de noviembre de 2015. Durante la investigación el autor hizo parte del grupo Poder y nuevas subjetividades: otros lugares de lo político, como estudiante investigador y fue asesorado por la profesora Elvigia Cardona Zuleta, adscrita al grupo de investigación Derecho y Sociedad.

Citación de este artículo: Acosta Navas, J. P. (2018). Pueblos indígenas, acción de tutela y derecho fundamental a la salud: una lección por aprender. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 39-58. Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331282/20787465>

Pueblos indígenas, acción de tutela y derecho fundamental a la salud: una lección por aprender

Introducción

En Colombia cerca del 3.4% de la población se autorreconoce como indígena de acuerdo con el censo general del 2005 (DANE), si bien puede parecer un porcentaje bajo, los pueblos indígenas en Colombia son un eje articulador de suma importancia para la riqueza étnica y cultural del país, junto con las comunidades afrodescendientes, el pueblo rom, e incluso la población campesina pese a no haber sido reconocida nunca como étnicamente diferenciada.

De lo anterior surge el interés por estudiar un concepto jurídico como lo son los derechos fundamentales, y particularmente el derecho a la salud, desde la perspectiva de los pueblos indígenas – dejando claro que pueden existir tantos conceptos de salud como pueblos indígenas en Colombia – pues vale la pena analizar, bajo otra óptica, algo tan afianzado en el discurso del Derecho como lo son los derechos fundamentales, para proponer un diálogo de saberes entre el conocimiento jurídico imperante en Colombia permeado por las lógicas occidentales, y los conocimientos propios, tradicionales o ancestrales que hoy en día reclaman el lugar que les pertenece para no sucumbir ante una sociedad demográficamente mayoritaria cuya dinámica capitalista resulta aplastante y homogenizadora con las alteridades.

Grupos étnicos y Constitución Política de Colombia de 1991

Pese a que la población colombiana es mayoritariamente mestiza, los distintos grupos étnicos constituyen parte fundamental de la riqueza cultural de la nación, no solo se trata de los pueblos originarios, sino también de los afrodescendientes presentes en todo el país, de los palenqueros del corregimiento de San Basilio de Palanque de Mahates, Bolívar, de los raizales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y del pueblo rom.

Todos estos grupos poblacionales que se constituyen como minoría étnica en Colombia, históricamente han luchado por la reivindicación de sus derechos individuales y colectivos, en este sentido la Carta Política de 1991 se convirtió en un instrumento notable mas no suficiente para lograr materializar algunas de esas reivindicaciones que el Estado colombiano tenía pendiente con estas comunidades, e igualmente sirvió para poner en discusión otros derechos que paulatinamente se podrían reconocer atendiendo al principio de progresividad y al concepto de dignidad humana que emana como fundamento del texto constitucional.

Sánchez Botero sostiene que la nueva política indigenista del país – producto de la Constitución de 1991 – respondió en su momento a la presión ejercida por las autoridades y

organizaciones indígenas amparadas y protegidas por el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado por el Estado Colombiano a través de la Ley 21 de 1991, (2009, pág. 32) en este mismo sentido, Ocampo menciona que con esta Constitución, las realidades étnicas de la nación invisibilizadas en las demás Cartas Políticas, emergieron de plano generando que se les reconociera a las minorías étnicas una serie de derechos tendientes a su preservación como grupo poblacional diferenciado. (1997, pág. 9) La autonomía de los pueblos originarios en Colombia se deriva de la Norma Superior, la cual busca proteger su identidad cultural, promover el respeto hacia sus manifestaciones y prácticas tradicionales, y garantizar sus derechos a auto determinarse según sus creencias y leyes comunitarias, teniendo como límite no contravenir los principios constitucionales y la legislación nacional.

Población colombiana por pertenencia a grupos étnicos

Las cifras oficiales más recientes sobre la población étnica en Colombia corresponden al Censo General Nivel Nacional del año 2005, realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, este censo fue el primero del siglo XXI y también pionero en incluir preguntas tendientes al autorreconocimiento de la identidad étnica de las personas censadas de acuerdo con su sentir, su pensar y su cultura. A continuación, se presenta una tabla que agrupa esta información de manera organizada.

GRUPO ÉTNICO	POBLACIÓN
Total	41.468.384
Negro (a), mulato, afrocolombiano	4.273.722
Indígena	1.392.623
Raizal de San Andrés y Providencia	30.565
Palenquero	7.470
Rom	4.857
Ninguno de los anteriores	34.898.171
No informa	860.976

* Fuente: DANE: Censo General Nivel Nacional 2005.

Como puede apreciarse, la población colombiana para el año 2005 se estimaba en 41.468.384 – para septiembre de 2017 se encuentra aproximadamente en 49.401.687² – de esa población total, la minoría étnica demográficamente más representativa en el país es la comunidad afrodescendiente pues las personas que se autorreconocieron como tal suman cerca del 10% del total de la población censada (este porcentaje agrupa a las comunidades de palenqueros, raizales, negros, mulatos y afrocolombianos) la segunda minoría étnica con mayor representación demográfica es la indígena con 1.392.623 correspondientes al 3,43%

² DANE. *Reloj de Población Ahora*. Contador de la población colombiana en tiempo real. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/reloj/> Consultado 12/09/2017.

de la población total al 2005, y por último el pueblo rom con 4.857 personas autorreconocidas, equivale al 0,01 del total censado.

La acción de tutela para la protección de derechos fundamentales

La Constitución de 1991 representó avances significativos en la justiciabilidad de los derechos por parte de los ciudadanos ante el Estado; mecanismos constitucionales como la acción de cumplimiento (art. 87) o la acción de grupo y la acción popular (art. 88) – además de la acción pública de inconstitucionalidad existente en Colombia desde 1910 (Mendieta González, 2010, pág. 69) y vigente en el art. 241 – propiciaron una evolución en la relación ciudadano-Estado al brindar (desde lo formal) más herramientas jurídicas para la exigibilidad de los derechos consagrados en la nueva Carta.

De estos mecanismos, el que más ha hecho eco en la sociedad colombiana ha sido la acción de tutela (art. 86 Constitucional), la cual se erige como una acción de protección de derechos fundamentales, siendo aquellos los inherentes a la persona humana, que buscan la dignificación del ser y garantizan una vida de calidad, razón por la cual están reforzados a nivel normativo. (Gañán Echavarría, 2004, pág. 12)

Así pues, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución, se crea como un mecanismo expedito, de procedimiento preferente para que cualquier persona por sí misma o por parte de un tercero reclame de manera inmediata la protección de los derechos fundamentales que le puedan estar siendo vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública o un particular – en determinadas circunstancias – y en cualquier caso, operará como una acción de carácter subsidiario, cuando no exista otro mecanismo de protección efectivo, y se esté ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En una de las primeras sentencias de tutela en las que la Corte Constitucional resolvió la protección de derechos fundamentales por esta vía (T-406 de 1992), se reiteró el cambio de paradigma jurídico en el que:

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. (...) Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la creación de la tutela como mecanismo de reclamación de derechos fundamentales no es gratuita, no puede entenderse como una mera manifestación de buena voluntad por parte del Estado colombiano para con sus asociados, y por el contrario, Colombia, con la consagración de la acción de tutela se ajusta a las obligaciones y

directrices internacionales contraídas tras la suscripción de diversos instrumentos de derecho internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 (DUDH) que si bien tiene el carácter de Declaración – es decir que no está sujeta a ratificación por parte de los Estados puesto que no tiene la naturaleza de una Convención – sí representa para las Partes un marco interpretativo de garantías y prohibiciones a las que debe ajustar su derecho interno para no violentar los consensos internacionales, así, la DUDH consagra en su artículo 8 el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo y expedito para lograr la protección de sus derechos fundamentales constitucionales vulnerados por parte del Estado.

También existen otros instrumentos que sí tienen carácter vinculante en tanto están sometidos a ratificación de los Estados y por ende, aquellos se obligan al cumplimiento y garantía de las disposiciones allí consagradas. En lo relativo a la acción de tutela, de dos tratados ratificados por Colombia se desprende tal mecanismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) en su art. 2, num. 3, lit. a, recoge el fundamento de la acción de tutela dentro de la Carta Política colombiana pues reza, en el mismo tenor que el art. 8 de la DUDH, que deberá existir un recurso efectivo para que toda persona que considere vulnerados sus derechos o libertades reconocidos en el PIDCP pueda acceder al sistema judicial para que resuelvan su recurso de protección. En el mismo sentido, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH) consagran el derecho de toda persona a ser oída con las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8) asimismo, se establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido que sea efectivo ante los jueces o tribunales para que se le amparen los derechos fundamentales violados en relación a la Constitución o la ley nacional o a la CADH (art. 25).

En consecuencia, Colombia al haber contemplado en su artículo 86 constitucional la acción de tutela, estaba ajustándose a las obligaciones internacionales contraídas al ratificar estos instrumentos, cumpliendo de manera tardía con su deber de adoptar medidas en el orden interno para desarrollar las disposiciones convencionales referidas.

La acción de tutela y el derecho fundamental a la salud

Actualmente resulta una obviedad destacar el derecho a la salud como un derecho fundamental, sin embargo, el camino para llegar a tan elemental conclusión no ha sido para nada apacible en Colombia, aunque en el ámbito internacional la discusión está decantada desde la década de 1940, pues en ella ocurrieron dos eventos trascendentales para la consolidación de este derecho:

a) la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional de 1946 de Nueva York, en cuyo preámbulo se establece el principio básico de la salud entendida como *un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*, donde además se dice que es un **derecho fundamental** de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología o condición económica o social gozar del grado máximo de salud que pueda lograrse.

b) Igualmente, la DUDH de 1948 de la Organización de Naciones Unidas, en su articulado contempló la salud como un derecho humano, – o fundamental de acuerdo con la tipología utilizada en nuestra Constitución cuya esencia es la misma que en la Declaración – pues en su art. 25, num. 1 lo menciona en estos términos: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, LA SALUD y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios* (Énfasis propio)

Con todo y lo anterior, en 1966 la Asamblea General de la ONU desarrolla aún más lo ya planteado desde la DUDH, y es entonces como se llega a la consagración del artículo 12 del PIDESC en el que el concepto se desarrolla como *el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* para lo cual se obliga a los Estados parte a que tomen medidas para **i)** reducir la mortalidad y mortandad infantil **ii)** el mejoramiento de la higiene en el trabajo y el medio ambiente **iii)** la prevención y tratamiento de enfermedades y **iv)** asegurar a todos los ciudadanos la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

El artículo 12 del PIDESC sería desarrollado a profundidad en el año 2000 por la Observación General 14 del Comité DESC en el que se reitera que el derecho a la salud debe ser garantizado *en el disfrute del más alto nivel posible*, ampliando las obligaciones de los Estados y orientándolos respecto de las medidas que debe adoptar para la protección de poblaciones específicas como discapacitados, pueblos indígenas, niños, mujeres, entre otros.

De las anteriores disposiciones se desprende un concepto no restrictivo del derecho a la salud, ya que se considera esta como un todo integral que guarda relación con otros factores necesarios para garantizar la vida en condiciones de dignidad, no solo es *no estar enfermo*, sino gozar de bienestar físico, mental y social, no solo es estar sano, sino gozar de buena alimentación, vivienda digna y vestido adecuado. Planteado en estos términos, resulta claro como el concepto de salud en materia internacional se ha interpretado desde hace décadas de manera amplia, y no tan limitada y tardía como ha sucedido en Colombia.

En la Constitución resulta claro que, por lo menos formalmente, se pretendió darle a la salud un carácter de fundamental si se quiere ser coherente con el espíritu de la Carta Política en tanto su imperativo es el de lograr la dignidad humana, ello se evidencia en artículos como el 44, 48 y 49 en los que de acuerdo con Gañán Echavarría se constituye la salud como un derecho inherente a la persona humana. (2004, pág. 12)

Con lo dicho hasta ahora puede entenderse entonces la relación entre ese derecho humano – salud – y ese mecanismo expedito de protección de derechos fundamentales – acción de tutela – así, tanto el derecho interno como el derecho internacional operan en una suerte de simbiosis que permiten darle el carácter de fundamental al derecho a la salud, la cual a su vez puede protegerse con otro derecho fundamental como la acción de tutela.

Esta simbiosis ha tenido un vasto desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin embargo, sus posturas no han sido unívocas a lo largo de los años, los vaivenes entre reconocer la salud como un derecho fundamental o como un derecho prestacional han tenido importantes consecuencias en la aplicación y goce efectivo del derecho, en estas líneas no nos ocuparemos de ello y se partirá de considerar la salud como un derecho fundamental formal y materialmente, tal como lo es desde hace unos años por vía jurisprudencial, y desde el 2015 por medio de la Ley Estatutaria 1751 de dicho año mediante la cual se regula el derecho fundamental a la salud.

Si bien el objetivo de estas líneas no responden a la construcción de una línea jurisprudencial, vale la pena destacar brevemente algunas sentencias en las que fue reiterado este carácter de fundamental del derecho a la salud, así pues desde 1992 se comenzó a considerar la salud como derecho autónomo en la T-505/92, T-536/92 y T-613/92, esta postura se retoma en la T-307 de 2006 considerándolo como fundamental en sí mismo, y se refuerza con la T-016 de 2007 la cual planteó que todos los derechos constitucionales son fundamentales pero que el contenido del derecho a la salud es considerablemente prestacional, posición que varió nuevamente en la T-760 de 2008 en la que se aceptó la fundamentalidad del derecho a la salud sin vacilaciones, visión de la que la Corte nunca debió apartarse pues en un Estado Social de Derecho bajo el imperativo de la dignidad humana debería reconocerse como fundamental. (Gañán Echavarría, 2004, pág. 14)

En jurisprudencia más reciente, y decantada la discusión sobre su fundamentalidad, la Corte en providencias como la T-361 de 2014 se refiere a la relación entre derecho a la salud – acción de tutela, en los siguientes términos:

(...) se concluye que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.

Asimismo, la Corte en la sentencia T-121 de 2015 resalta las dos dimensiones que comporta este concepto al mencionar que:

(...) la salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: **por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado**; mientras que, **por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental**, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible. (Énfasis propio)

Este reconocimiento estatutario, aunque tardío, representa una gran conquista en un Estado donde el neoliberalismo se ha arraigado con fuerza y cada vez más se mercantilizan los derechos fundamentales y sociales de sus asociados. Como se mostró anteriormente, el derecho a la salud tiene la naturaleza de humano o fundamental en el ámbito internacional desde la década de 1940, el hecho de que hayan transcurrido casi 70 años para que se expidiera una ley, que reconociera de manera formal el derecho a la salud como derecho fundamental en Colombia resulta sorprendente, pese a que ya se tenía un reconocimiento material del derecho gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se enunció de manera precedente.

A este respecto, el art. 2 de la citada Ley 1751 de 2015 consagra un concepto integral de la salud como derecho fundamental pues le brinda el carácter de autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, asimismo acepta que tal derecho comprende el **acceso** a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con **calidad**, para la preservación, el mejoramiento y la promoción. Igualmente delega en el Estado la obligación de asegurar la igualdad de trato y le reitera el mandato constitucional (art. 49) de dirigir, supervisar, organizar y regular la prestación el derecho, en tanto es un servicio público esencial obligatorio.

El logro de la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, trae consigo un panorama de optimismo por contar finalmente con una ley del rango necesario para establecer la salud como un derecho fundamental, aunque a su vez evidencia un reto elemental, y es justamente que este cuerpo normativo no se quede en letra muerta y pueda pasarse de la consagración formal-legal a la materialización efectiva del contenido de la ley.

Los pueblos indígenas y la acción de tutela en salud

El concepto de salud para los pueblos indígenas

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha reconocido que los pueblos indígenas alrededor del mundo se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad, la OMS

calcula que existen aproximadamente 370 millones de indígenas en más de 70 países y resalta el hecho de que su concepto de salud es muy diferente al de las poblaciones no indígenas. (OMS, 2007)

Resultaría inapropiado aseverar que existe un concepto unívoco de lo que es la salud para los pueblos indígenas, sin embargo, sí resulta evidente que existen diferencias en la interpretación que tienen de este derecho las sociedades occidentales y occidentalizadas, respecto de la concepción de los pueblos indígenas.

La OMS señala que el concepto de salud en los pueblos indígenas comporta un sentido holístico de bienestar y armonía entre individuos, comunidades, naturaleza y universo, además afirma que los sistemas de curación tradicionales y la medicina occidental coexisten en todas las regiones del mundo, pero que esta medicina tradicional tiene una función vital en las estrategias curativas de los indígenas, pues según cifras de esta Organización, cerca del 80% de la población de *países en desarrollo*, utilizan sistemas tradicionales de curación como principal fuente de atención sanitaria. (OMS, 2007)

Para los pueblos indígenas de América, existen importantes relaciones entre la naturaleza y la comunidad, es usual que tiendan a ver la enfermedad como una consecuencia del desequilibrio del ambiente o del comportamiento del individuo, por esta razón, muchos de estos pueblos cuentan con médicos tradicionales que ayudan a aliviar los distintos tipos de dolencias físicas y espirituales producto de enfermedades o maleficios, que no solo pueden afectar a un individuo concreto sino a toda su familia o a la comunidad entera, por lo cual la medicina tradicional puede estar orientada incluso a recuperar el equilibrio espiritual entre individuos, comunidades o el mismo entorno. (Perafán & Savedoff, 2001, pág. 5)

La medicina tradicional constituye entonces un componente trascendental para los pueblos indígenas, curar es todo un arte producto de la tradición oral, la riqueza ancestral y la biografía de la comunidad, allí confluye el saber de los comuneros en relación con el cuidado físico, mental y espiritual, igualmente con la mediación de la naturaleza, sus productos, espacios y espíritus. (Cardona-Arias, 2012, pág. 634)

A propósito de *ese arte de curar*, un indígena Emberá-Chamí del departamento de Caldas citado por Cardona-Arias (2012, pág. 635) comenta que:

Curar va más o menos enlazado en tratar una enfermedad pero que quede algún residuo, sanar es desaparecer definitivamente, curar puede relacionarse con calmar por un tiempo, pero puede más adelante la persona llegar a tener el mismo problema de acuerdo con la dieta o al desemande que tenga la persona, luego ya sanar sería como cerrar definitivamente y que ya no volviese a tener esta enfermedad (...)

Igualmente, ese concepto de sanar, guarda estrecha relación con el entorno en el que se cura, así, el territorio ancestral constituye un factor de suma importancia para lograr el objetivo sanador, pues afirma otro Emberá-Chamí que:

Dentro de nuestros sitios existe energía positiva la cual utilizamos para hacer rituales, despojos de demonios, refrescamientos y curar muchas enfermedades que requiere estar en un sitio sagrado, ya que allí hay muchas energías concentradas (...) Los sitios sagrados que nos ha provisto la madre naturaleza sirven para tener la oportunidad de sanarnos espiritualmente, físicamente y fisiológicamente. (Cardona-Arias, 2012, pág. 635)

De lo anterior puede concluirse que el concepto de salud para los pueblos indígenas abarca dimensiones que superan la lógica occidental binaria que aún impera en el imaginario colectivo de salud-enfermedad, incluso es viable afirmar que la salud para estos pueblos, sobrepasa con creces al concepto integral que organizaciones como la OMS han difundido desde mediados del siglo XX en tanto no solo mira el bienestar en relación con las condiciones de vida del individuo, sino que la salud para los pueblos indígenas va mucho más allá, al propender incluso por la armonía entre la familia, la comunidad, el territorio ancestral y la naturaleza que habita en él; por esta razón cabe destacar la visión holística que tienen estos pueblos en lo atinente a la salud, lo que arroja cuestionamientos importantes para la sociedad occidental, por ejemplo en cuanto a la necesidad de consagración normativa de un derecho para que el mismo pueda reconocerse, ya que en este punto, es válido pensar que para las comunidades indígenas, la salud es un beneficio producto del ciclo vital del individuo, y por tanto no tendría sentido *declararlo, positivizarlo, sentenciarlo* en tanto es un factor sin el cual no puede desarrollarse la vida comunitaria en armonía con los suyos, el entorno y el universo mismo.

La acción de tutela en salud para los pueblos indígenas contra EPS indígenas

Como se mostró en las líneas precedentes la salud para los pueblos indígenas comporta unos elementos distintos al concepto de las sociedades occidentales u occidentalizadas, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido tal enfoque diferencial en sentencias como la T-920 de 2011, basándose en los mismos preceptos de la Carta Política³ al mencionar que es deber del Estado adoptar medidas especiales para asegurar el goce

³ Teniendo en cuenta la protección especial a la diversidad étnica y cultural reconocida en nuestra Constitución en su artículo 7 y su relación directa con los principios consagrados en los artículos 1 y 2 del texto constitucional, los cuales tratan el tema de la democracia y el pluralismo, los artículo 171 y 176 que tratan el tema de las circunscripciones territoriales y especiales de las minorías étnicas, el artículo 246, que le atribuye un estatus especial a las comunidades indígenas mediante el reconocimiento de una jurisdicción especial, y el artículo 330, entre otros, que preceptúa la forma especial de autogobierno mediante la creación de poderes propios de acuerdo a su cultura y necesidades, el Estado se ve en la obligación de garantizar el derecho con un enfoque diferencial, en aras de fomentar tanto el respeto por la diversidad étnica y cultural, como la creación de un sistema de salud de calidad que impida la perdida de identidad.

efectivo del derecho a la salud para los pueblos indígenas del territorio nacional, ello amparado en tres criterios:

- a) la protección de la diversidad étnica y cultural,
- b) la exigencia de adaptabilidad cultural del derecho a la salud y
- c) el principio de igualdad.

Asimismo, existe un marco internacional en materia de protección a los pueblos indígenas siendo el Convenio 169 de la OIT (1989) ratificado por Colombia, uno de los más importante por su naturaleza convencional – y por tanto obligatorio para los Estados que lo han suscrito – mas no el único. Dicho Convenio en su artículo 25 establece entre otras obligaciones: **i)** que los gobiernos emprendan acciones para proporcionar a los pueblos indígenas los medios para prestar servicios de salud para que puedan *gozar del máximo nivel posible de salud física y mental*. **ii)** que estos servicios de salud se organicen en la medida de lo posible a nivel comunitario y el uso de su medicina tradicional **iii)** que el personal encargado de estos servicios dentro de las comunidades reciba formación en los demás niveles de asistencia sanitaria.

En el mismo sentido existen dos Declaraciones más recientes que reafirman estos derechos, la primera, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (**DNUDPI**) del año 2007, la cual en su art. 24 reconoce el derecho de estos pueblos a **i)** utilizar sus medicinas tradicionales y, **ii)** mantener sus prácticas en salud (plantas, animales y minerales) y reitera igualmente su derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud mental y física. La segunda se trata de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (**DADPI**) aprobada en junio de 2016 en el marco de la Asamblea General de la OEA, la cual amplía el alcance de los derechos ya reconocidos pues en su art. XVIII establece que **i)** el derecho colectivo e individual a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental **ii)** el derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud y la protección de plantas, animales, minerales y otros recursos de sus territorios ancestrales **iii)** la obligación el Estado de prohibir que sean sujetos de investigación, experimentación biológica o médica o esterilización, **iv)** el derecho a utilizar todos los servicios de salud e instituciones accesibles para la población no indígena y, **v)** el derecho de los pueblos a decidir la promoción de prácticas interculturales de medicina y la formación de profesionales indígenas en salud.

Estos tratados internacionales reflejan el marco interpretativo en materia de derechos de los pueblos indígenas que la Corte Constitucional ha asumido en su jurisprudencia, pues en sentencias como la citada T-920 de 2011, ella concluye que:

(...) el enfoque diferencial del derecho a la salud otorga a las comunidades indígenas las siguientes prerrogativas: **i)** producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas, **ii)** organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, **iii)** organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias y **iv)** intervenir en la planeación, administración y ejecución de los servicios de salud.

Cabe destacar que en Colombia se expidió el Decreto 330 de 2001 por parte del Ministerio de Salud con el objetivo de regular la creación y funcionamiento de EPS indígenas bajo ciertos requisitos contemplados en dicha normativa, así, alrededor de las EPS-I aparecieron problemas jurídicos analizados en sede de tutela por la Corte Constitucional, como en la sentencia T-219 de 2005, acción que se interpuso contra la Asociación Indígena del Cauca AIC-EPS-I por no autorizar la práctica de exámenes de histocompatibilidad de un indígena del Resguardo de La Paila Naya quien requería un trasplante de riñón, vale la pena resaltar que para el año 2005 la postura de la Corte resultaba ambigua en relación al derecho a la salud, pues en algunos fallos lo reconocía como fundamental, y en otros como meramente prestacional, sin embargo, en esta sentencia retomando lo dicho en la T-227 de 2003 por Montealegre Lynett recordó que: “*...son derechos fundamentales todos aquellos derechos constitucionales dirigidos a lograr la dignidad humana y traducibles en un derecho subjetivo*” pese a ello, a renglón seguido entra en una aparente contradicción pues apelando a otra sentencia de Montealegre Lynett (T-859 de 2003) reitera que:

(...) que este derecho [la salud], **no obstante su carácter prevalentemente prestacional**, adquiere el carácter de fundamental en tres eventos: En **primer lugar**, respecto de los mínimos de atención y satisfacción obligatorios que derivan de los pactos y tratados internacionales; en **segundo lugar**, en relación con los contenidos que han sido establecidos y desarrollados por el ordenamiento y, en **tercer lugar**, cuando la falta de atención médica pone en peligro otros derechos fundamentales del individuo tales como la vida y el mínimo vital. (Énfasis propio)

Así la Corte reconoce la fundamentalidad del derecho a la salud bajo ciertas condiciones, lo cual a juicio personal desdibuja ese carácter de fundamental, en tanto al dotarlo con tal categoría debería aceptarse su naturaleza en cualquier circunstancia, en todo momento y lugar, pues la salud es un factor elemental para que se logre el imperativo constitucional de la dignidad humana, que es justamente a lo que apunta la justiciabilidad de los derechos por vía de tutela. Aunque en esta sentencia T-219 de 2005, la Corte resuelve tutelar el derecho del indígena con insuficiencia renal, no hace un análisis de fondo respecto de la pertenencia étnica del individuo, ni resalta elementos convencionales derivados concretamente del Convenio 169 de la OIT que permitan predicar una postura más garantista y respetuosa de la diversidad étnica y cultural de los diversos pueblos indígenas que habitan en Colombia.

No obstante, la tibia postura de la Corte en la sentencia anterior, evoluciona en la T-920 de 2011 donde la controversia jurídica surgió precisamente porque en el municipio de Rosas en el Cauca, el Secretario de Salud negó la solicitud de traslado colectivo del pueblo

indígena Intiyaku a la EPS-I de la Asociación Indígena del Cauca (AIC) lo cual llevó al gobernador del Cabildo a presentar una tutela que resolvió como improcedente el Juzgado Cuarto Civil de Popayán, afirmando la negativa del Secretario de Salud para efectuar el traslado a la AIC-EPS-I, sin embargo la Corte tras su análisis presentado en líneas anteriores, decide tutelar los derechos fundamentales de esta comunidad para que puedan concertar el traslado, necesario para que gocen de un sistema de salud adecuado a su identidad cultural y protector de la integridad étnica del pueblo Intiyaku, por lo cual ordena a la Alcaldía de Rosas a que autorice dicho procedimiento.

Esta sentencia comporta gran importancia en tanto demuestra las potencialidades que la acción de tutela en materia de salud puede tener para la protección específica de la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, allí no se resolvió de fondo respecto de la situación de vulneración de derechos de una persona individualmente considerada como se hace por regla general en esta acción constitucional – y tal como se hizo en la sentencia previamente presentada – sino que, por el contrario, y respetuosa de la identidad colectiva y del sentido comunitario de los pueblos indígenas, lo que se falla por la Corte, beneficia a toda la comunidad Intiyaku en tanto sujeto colectivo de derechos reconocidos en el orden interno e internacional.

La acción de tutela en salud para indígenas privados de la libertad

La jurisprudencia constitucional también se ha referido al derecho a la salud de los pueblos indígenas en otros escenarios más complejos donde la afectación de derechos fundamentales es mayor, como en el caso de la privación de la libertad, así, en la sentencia T-126 de 2015 un interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Popayán interpuso tutela por no recibir respuesta del INPEC respecto del tratamiento para la gastritis crónica que padecía, el cual había solicitado que se realizara con medicinas naturales como *leche con miel de purga, sangre de drago y zarzaparilla* conforme a sus tradiciones ancestrales ya que el actor se identifica como indígena. La Corte recuerda entonces que en materia de privación de la libertad ha reconocido que a los reclusos se les debe suspender ciertos derechos como la libertad física y de locomoción, e igualmente se le restringen otros como la libertad de expresión, la intimidad personal o la asociación y reunión, no obstante, existen derechos amparados en la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales que no pueden ser restringidos, limitados o suspendidos, como lo son el derecho a la vida, a la integridad personal o la salud – entre otros – en esta providencia aunque la Corte no pudo fallar ordenando el tratamiento médico con las medicinas naturales que el actor solicitaba porque no pudo probarse su origen étnico, sentó un importante precedente al aceptar que, incluso si un indígena se encuentra privado de su libertad bajo la jurisdicción ordinaria, esto no es argumento para denegarle el acceso a los servicios de salud con enfoque diferencial ni para rechazar tratamientos de medicina tradicional de acuerdo a sus creencias y su

cosmovisión, pues resulta imperativo proteger y respetar la diversidad étnica y cultural, aún en escenarios como el de la privación de la libertad.

Siguiendo estas ideas, en la reciente sentencia T-312 de 2016, instaurada contra el mismo establecimiento penitenciario de Popayán, el accionante interpone tutela contra el INPEC por vulnerar sus derechos a la vida digna, la diversidad étnica y la petición pues no recibió respuesta respecto a su solicitud de traslado a otro patio donde se le respetaran sus usos y costumbres ya que, según él, no se le permitía el ingreso de comida típica ni la visita de los médicos tradicionales, en esta sentencia la Sala en sede de revisión verificó con varios comuneros indígenas que en efecto existe un menú con preparaciones tradicionales que se les brinda a los reclusos, y que además los médicos tradicionales sí pueden ingresar al establecimiento con previa solicitud al INPEC, lo cual amplía mucho más el contenido del derecho a la salud en los pueblos indígenas, en relación a lo que representa este para la población no indígena, aunque el amparo allí fue denegado por hecho superado, puede apreciarse como en años recientes se va consolidando y enriqueciendo aún más el derecho a la salud para los pueblos indígenas en Colombia, gracias al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, que atiende al principio de progresividad en sus decisiones, guardando coherencia con los avances que en materia internacional se han conseguido en cuanto a la protección de estos pueblos, incluida la consagración expresa de artículos específicos respecto a la salud en las Declaraciones de la ONU (2007) y de la OEA (2016).

Sobre los sistemas indígenas de salud propios e interculturales

Los Sistemas Indígenas de Salud Propios e Interculturales – o SISPI – son una apuesta por la reivindicación de los saberes tradicionales de la medicina de las comunidades indígenas, no para excluir esos conocimientos de la medicina occidental imperante en nuestro país, sino por el contrario para procurar una suerte de integración entre ambos sistemas en el marco de la interculturalidad y la diversidad étnica de la nación consagrada en la Carta Política en su artículo 7º. Así pues, tratándose el binomio salud-enfermedad, de una construcción propia de cada sistema cultural, para las comunidades indígenas tal como se vio en líneas precedentes, la salud comprende relaciones individuales y colectivas con la naturaleza, la comunidad, el territorio y el respeto de las normas sociales, y en este sentido debe reconocerse también que existen enfermedades que le atan a determinados pueblos indígenas y que requieren de unas reglas particulares para su diagnóstico y tratamiento. (Saber Popular, 2016)

El SISPI cuyo antecedente más próximo y relevante resultó ser el Plan Nacional de Desarrollo, *Prosperidad para Todos* (Ley 1450 de 2011) contó con la participación de 15 delegados de los 87 pueblos indígenas del país, que se concentraron en aquel momento en focalizar las políticas públicas de salud para los pueblos indígenas. (Ministerio de Salud, 2012).

Así, dos años después de la formulación del PND, se expide el Decreto 1973 de 2013 del Ministerio de Salud en el cual se crea la Subcomisión de Salud de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas para tales efectos (OPIAC, 2016), y en cumplimiento además de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT de 1989, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, en la cual se hace imperativa la consulta previa con las comunidades étnicas antes de formular, desarrollar e implementar cualquier medida de carácter legislativa o administrativa en aras de que sea la población directamente involucrada la que pueda decidir sobre sus territorios, formas de vida y posibles impactos que puedan generar tales medidas.

En este sentido, el concepto de salud propia impulsado por el SISPI para que los pueblos indígenas preserven sus prácticas medicinales tradicionales y puedan brindar un tratamiento integral a las enfermedades que se presentan en su comunidad comporta como se ha reiterado “... un estado de armonía y equilibrio que responde a la colectividad e integralidad de la cosmovisión, la territorialidad y depende de las relaciones entre las personas, la comunidad y la naturaleza” pues es de allí donde se desprenden los componentes esenciales de la medicina propia en los escenarios de educación y promoción en salud, y de prevención de enfermedades, garantizando igualmente el acceso a los saberes y prácticas culturales indígenas tendientes a la sanación de las enfermedades (Manexka EPS, 2016).

Pese a los loables fines perseguidos por el SISPI y la regulación contenida en el Decreto 1973 de 2013, el riesgo que enfrenta, es el más recurrente dentro de la vida jurídica colombiana, que las normas se queden en letra muerta; tres años después de la expedición del Decreto referido los avances son limitados y sectorizados, pues mientras algunos pueblos y organizaciones indígenas han logrado dar pasos significativos en la consolidación del SISPI, otros no han conseguido que el Sistema comienza a funcionar dentro de sus comunidades, regiones como el Cauca, cuya organización indígena (CRIC) es reconocida por su nivel organizativo, ha tenido avances relevantes para la materialización del SISPI llevando a cabo reuniones con representantes de las instituciones nacionales y regionales, así como con los representantes de los pueblos indígenas de la zona y los directivos de las entidades de salud (Secretaría de Salud del Cauca, 2016).

Por otro lado, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) representante y guardiana de los intereses de los pueblos indígenas en el país, ha advertido que el Ministerio de Salud y demás entidades involucradas en la construcción del SISPI han relegado a un segundo plano la consolidación del Sistema y han optado por priorizar otros proyectos diferentes al de la Salud Propia de los pueblos indígenas, así lo anuncian en un comunicado de agosto 23 de 2016:

La apuesta del SISPI ha quedado rezagada por falta de voluntad política, por tanto, es necesario hacer cumplir los acuerdos donde se contemplen concretamente un plan con acciones, tiempos, recursos para la operativización del SISPI, esto es la propuesta indígena, en la cual los modelos propios interculturales son el insumo y referente del SISPI y no el modelo implantado por el gobierno: MIAS.

Lo anterior resulta preocupante pues al parecer el SISPI se convirtió en una suerte de aliciente que en su momento contribuyó a silenciar las exigencias de los representantes de los pueblos indígenas del país por un modelo de salud propio que les permitiera y garantizara autonomía sobre sus prácticas, medicinas y procedimientos de sanación, pero formulada la normativa correspondiente, el gobierno le restó importancia, dejando el derecho fundamental a la salud de los pueblos indígenas en un derecho meramente formal mas no material, pues son muchas las trabas que no han permitido que la construcción del SISPI avance de manera significativa, ya que son muchos factores desde lo institucional y presupuestal que no dejan consolidarlo, esto aunado a la falta de voluntad política, tal como lo advierte la ONIC en sus pronunciamientos.

Reflexiones finales

El recorrido del derecho a la salud en Colombia como derecho meramente prestacional a derecho fundamental ha estado lleno de vaivenes, haber logrado por fin un reconocimiento formal con la Ley Estatutaria 1751 de 2015 para que fuese considerado seriamente fundamental, representa tanto un logro como un reto, aceptar que el Sistema de Salud no es uno solo, sino que entraña múltiples variantes de la naturaleza más diversa cuando nos referimos a los sistemas de medicina tradicional de los pueblos indígenas, es uno de esos desafíos.

El concepto integral del derecho a la salud planteado por las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas a través de la OMS y de varios instrumentos internacionales, parece haberse quedado corto ante el concepto de integralidad que los pueblos indígenas pueden ofrecerle a la sociedad demográficamente mayoritaria, sobre la salud como un todo que toca con lo espiritual, lo territorial y lo comunitario, pensar la salud como mera ausencia de enfermedad resulta arcaico, sin embargo, sigue imperando una lógica de bienestar mental y físico que no permite desentrañar todos los componentes que posibilitarían predicar un estado de salud pleno en el más alto nivel posible, tal como lo exige la Observación 14 del PIDESC.

El desarrollo de los instrumentos internacionales en materia de protección a los pueblos indígenas, y el mismo devenir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son un llamado a la preservación de la cultura de los pueblos indígenas en un contexto en el que difícilmente puede suprimirse algún componente generador de bienestar, pues como se mostró en este texto, la salud para estas comunidades toca con los aspectos más elementales de la vida individual y colectiva, guardando estrecha relación con las plantas medicinales,

los animales, los minerales, el territorio ancestral, las prácticas curativas tradicionales y otros factores que son imposibles de escindir para estos pueblos al momento de dotar de contenido el concepto de salud.

Además, queda sujeto a cuestionamiento el hecho de que, para la sociedad occidental y occidentalizada haya sido necesario positivizar, bien en un tratado internacional, bien en una ley, el derecho a la salud como humano o fundamental para que pudiese en términos formales garantizarse, o cuanto menos procurarse esa garantía, y es que para las comunidades indígenas podría incluso resultar carente de sentido tener que dotar a la salud con la naturaleza de derecho humano o fundamental, pues para estos pueblos la salud es un precepto vital, un presupuesto básico sin la cual no puede desarrollarse la vida comunitaria, pues la enfermedad para ellos genera desequilibrio entre sus pares y entre sus territorios ancestrales, y por eso no solo debe ser curada materialmente, sino sanada en términos espirituales.

Finalmente, vale cuestionarse hasta qué punto la expedición de una normativa relativa a la creación del Sistema de Salud Propio para estos pueblos resulta suficiente para llevar el proyecto a buen puerto y lograr materializar los derechos de las comunidades indígenas en lo relativo a la salud, pues como se advirtió con anterioridad, uno de los principales problemas términos jurídicos, es el alcance meramente formal que las disposiciones normativas comportan, por cuanto materializar todos los derechos consagrados a nivel constitucional y legal, hace imperativo un trabajo arduo por parte de la institucionalidad y de los mismos representantes de los pueblos indígenas, para que sus demandas no se quedan en letra muerta y no se entiendan satisfechas por la mera expedición de normas de protección, si estas no van a trascender para mejorar la realidad de toda la población indígena en lo que a su Sistema de Salud propio respecta.

Referencias

- Cardona-Arias, J. (2012) Sistema Médico tradicional de las comunidades indígenas Emberá-Chamí del departamento de Caldas, Colombia. *Revista Salud Pública, volumen 4* (14) pp. 630-643. Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rsap/v14n4/v14n4a08.pdf> 13/11/2016.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Reloj de Población Ahora. Contador de la población colombiana en tiempo real.* Disponible en: <http://www.dane.gov.co/reloj/> Consultado 12/09/2017.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Censo General Nivel Nacional de 2005.*
- Gañán Echavarría, J. L. (2004) Acción de tutela en salud: por la defensa de la dignidad humana. *Monitor Estratégico, Superintendencia Nacional de Salud* (5), pp. 12-16.

Lopera-Mesa, G. P. (2010) Territorios, identidades y jurisdicciones en disputa: la regulación de los derechos sobre la tierra en el resguardo Cañamomo-Lomaprieta. *Universitas Humanística* (69), pp. 61-81.

Manexka EPS Indígena. *Concepción Especial de la Población Indígena*. Disponible en: <http://www.manexkaepsi.com/site/concepcion-especial-de-la-poblacion-indigena/> 11/12/2016.

Mendieta González, D. (2010) La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia: *Vniversitas* (120), pp. 61-83.

Ocampo, G. (1997) Diversidad étnica y jurisdicción indígena en Colombia. *Boletín de Antropología, volumen 11* (27), pp. 9 – 33.

Organización Mundial de la Salud. (2007). *La salud de los pueblos indígenas*. Nota descriptiva N. 326. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs326/es/> 12/11/2016.

Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana. *Construcción del SISPI debe respetar las particularidades cosmogónicas*. Disponible en: <http://www.opiac.org.co/noticias/nacionales/267-construcion-del-sispi-debe-respetar-las-particularidades-cosmogonicas.html> 11/12/2016.

Organización Nacional Indígena de Colombia. *Pueblos indígenas manifiestan que la propuesta del SISPI ha quedado rezagada*. (23 de agosto de 2016) Disponible en: <http://www.onic.org.co/comunicados-onic/1408-pueblos-indigenas-manifiestan-que-la-propuesta-sispi-ha-quedado-rezagada> 11/12/2016.

Perafán, C. & Savedoff, W. 2001. *Los pueblos indígenas y la salud: cuestiones para la discusión y el debate*. Informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Disponible en: <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/1441658.pdf> 10/11/2016.

República de Colombia, Congreso. Ley Estatutaria 1751 de 2015.

República de Colombia, Ministerio de Salud. *Pueblos indígenas avanzan en la estructuración del SISPI*. Boletín de prensa No. 227 de 2012. (9 de agosto de 2016) Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Pueblos%20Ind%C3%ADgenas%20avanzan%20en%20la%20estructuraci%C3%B3n%20del%20sistema%20ind%C3%ADgena%20de%20salud%20propia%20e%20intercultural%20\(sispi\).aspx](https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Pueblos%20Ind%C3%ADgenas%20avanzan%20en%20la%20estructuraci%C3%B3n%20del%20sistema%20ind%C3%ADgena%20de%20salud%20propia%20e%20intercultural%20(sispi).aspx) 11/12/2016.

Saber Popular. *Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI)*. Disponible en: http://www.saberpopular.org/index.php?option=com_content&view=article&id=253:sist

ema-indigena-de-salud-propio-e-intercultural-sispi&catid=46:cronicas-ciencias-de-la-salud&Itemid=243 11/12/2016.

Sánchez Botero, E. (2009) La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Revista Nueva Antropología*, volumen 22 (71), pp. 31 – 49.

Secretaría de Salud, Gobernación del Cauca (2016). *Avanza la construcción del Sistema Intercultural de Salud en el Cauca*. Disponible en: <http://saludcauca.gov.co/sala-de-prensa/noticias/179-avanza-la-construcción-del-sistema-intercultural-de-salud-en-el-cauca> 11/12/2016.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406*. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-227*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-859*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia T-219*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-920*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-361*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-126. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-212. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-312. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Instrumentos internacionales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación General 14.

Conferencia Sanitaria Internacional. (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos.

Organización de Estados Americanos. (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. DADPI.

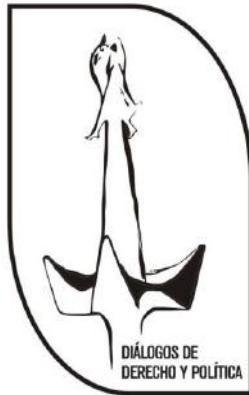
Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. DUDH.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. PIDCP.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. PIDESC.

Organización de las Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. DNUDPI.

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.



Juez civil en contextos de justicia transicional

Andrés Avelino Álvarez Villa¹

Resumen

El objeto de este artículo es mostrar la tensión entre los principios que rigen el ordenamiento jurídico con respecto a los poderes excepcionales del juez transicional civil, para lograr el proceso de restitución de tierras ajustado a los requerimientos constitucionales y a los estándares normativos de derechos humanos. Es por ello que el papel del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, en donde se tienen unas funciones disímiles en un escenario de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho, porque las cuestiones que deberá afrontar tienen una clara y marcada importancia constitucional. Se abordará el concepto de la justicia transicional, en segundo lugar el potencial de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar el juez transicional; y finalmente las limitaciones de la justicia transicional y agraria con respecto al actuar del juez.

Palabras clave: Derechos humanos; justicia transicional; Ley 1448 de 2011; restitución de tierras; víctimas y juez civil.

¹ Abogado y Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: andresal312@yahoo.es.

Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia.

Citación de este artículo: Álvarez Villa, A. A. (2018). Juez civil en contextos de justicia transicional. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 59-81. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331283/20787466>

Juez civil en contextos de justicia transicional

Introducción

El derecho civil transicional² puede transformar las condiciones de seguridad en la sociedad en un escenario de paz. Este concepto se entiende como la combinación entre los aspectos del derecho privado, el derecho agrario y la justicia transicional.³ En otras palabras, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre los individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas, como parte de un proyecto más grande de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación.

La justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos generalmente cubiertos por las normas de derecho privado en tiempos de transición o postconflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras, y acciones judiciales de derecho privado. Así las cosas, aun cuando el término de justicia transicional civil no es ampliamente entendido como un mecanismo específico, el concepto no es totalmente nuevo ni en la reflexión académica ni en la práctica.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el rol del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, en donde se tienen unas funciones diferentes en un escenario de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho. En esa perspectiva es que van los poderes excepcionales del juez transicional civil. De ahí que se afirme que, la justicia transicional prioriza el derecho de las víctimas sobre consideraciones de tipo formal que trae la ley ordinaria civil.

En ese sentido, se analizará el rol del juez de restitución en tensión con las dinámicas propias de los jueces ordinarios civiles, puesto que el carácter transicional del

² Puede empezar a entenderse como la combinación entre los aspectos del derecho privado, el derecho agrario y la justicia transicional [Atuahene, Bernadette. (2010). “Property and transitional Justice”, 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.] En otras palabras, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre los individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas, como parte de un proyecto más grande de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación. En este sentido, la justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos generalmente cubiertos por las normas de derecho privado en tiempos de transición o post conflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras, y acciones judiciales de derecho privado. Así las cosas, aun cuando el término de justicia transicional civil no es ampliamente entendido como un mecanismo específico, el concepto no es totalmente nuevo ni en la reflexión académica, ni en la práctica.

³ Atuahene, Bernadette. (2010). “Property and transitional Justice”, 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.

procedimiento de restitución de tierras tiene un doble enfoque: administrativo y judicial. El primero se presenta cuando se emite una inscripción del predio objeto de despojo en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Pero no es la única medida que se busca lograr, también se indaga a lo largo de esta etapa para identificar las personas cuyos derechos fueron afectados, así como toda la información complementaria del caso concreto que sea útil para la inscripción del predio en el registro, así como para la debida comprensión de la situación y la valoración de las pruebas que se aporten a lo largo del proceso.

Para ello, se tendrá en cuenta la potencialidad de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar el juez transicional, además de las limitaciones que se pueden presentar en relación a las especialidades antes descritas. También se estudiará el tema del papel de la justicia transicional con respecto al proceso civil, y las peculiaridades que se pueden presentar, con respecto a un juez ordinario.

Se entrará en el tema de los principios y enfoques de la restitución de tierras con respecto a las garantías que deben tener las víctimas en un proceso transicional civil, con relación a los poderes excepcionales de un juez investido con poderes transicionales, mayores a los de un juez ordinario civil. Para ello se tendrá en cuenta el reconocimiento de las víctimas como principio de integración.

Partiendo de estas consideraciones, se abordará la tensión existente entre los poderes excepcionales del juez transicional civil y la justicia civil ordinaria, pues la justicia transicional en la sociedad actual enfrenta un pasado de violaciones de derechos humanos a gran escala, como producto de un conflicto que se supone ya terminado, mediante la instauración de mecanismos transicionales, se pretende resarcir estas circunstancias tan adversas.

El desarrollo del concepto a tratar se ha abordado fundamentalmente desde los diferentes artículos de revista, documentos especializados e información institucional que allá del caso.

1. Concepto de justicia transicional

La justicia transicional puede ser entendida como la variedad de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, asociados con los esfuerzos de una sociedad para enfrentar las consecuencias derivadas de un pasado de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, con el fin de que los responsables rindan cuenta de sus actos, sirvan a la justicia y logren la reconciliación (Naciones Unidas, 2004).

Para poder remediar estos graves abusos se debe dar prevalencia a la aplicación de las normas de derechos humanos que han sido sistemáticamente violadas y desconocidas, y por lo tanto, restar prioridad a la aplicación de normas construidas y aplicables en tiempos de paz que no servirían para hacer frente a los desafíos de la situación. Ello quiere decir que los cambios más evidentes que genera la construcción de una justicia transicional se presentan, entre otros, en materia de justicia, verdad, reconocimiento público de las violaciones a los derechos humanos, garantías de no repetición, reparación, iniciativas de depuración y reforma a las instituciones del Estado.

Dentro de los procesos de justicia transicional, suelen adoptarse una serie de mecanismos judiciales y extrajudiciales que los organismos de protección internacional de los derechos humanos han creado y promovido para aplicar en contextos de transición⁴ (Naciones Unidas, 2005). Estas normas han pretendido particularmente un mayor respeto por los derechos de las víctimas, así como la protección y garantía de los derechos y las obligaciones enriquecidas en los tratados de derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho penal internacional.

En el caso colombiano, la ley 1448 de 2011, también conocida como ley de víctimas, y sus decretos reglamentarios, crearon mecanismos excepcionales, dúctiles y flexibles⁵ que pretenden, entre otras cosas, facilitar el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad a las personas víctimas del despojo y abandono forzoso de tierras.

Sin embargo, estos mecanismos no son exclusivos de la ley 1448 de 2011. El procedimiento de restitución jurídica y material de tierras despojadas, por ejemplo, cuenta con un fuerte antecedente en las disposiciones relativas al saneamiento de la propiedad

⁴ Entre ellos tenemos: Investigaciones y procesos judiciales que ayudan a consolidar el Estado de derecho y ayudan a establecer la confianza entre los ciudadanos y el Estado. Comisiones de la verdad y reconciliación, son órganos, temporales y de constatación de hechos que se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Programas administrativos de reparaciones, tienen como propósito esencial restituir los derechos de las víctimas, reconocer su condición de ciudadanos con plenos derechos y recuperar el tejido social. Esquemas de amnistías e indulto, comunes en las negociaciones de paz con grupos armados se pacten modelos de amnistías o indultos para garantizar desarmes y reinserciones masivas de combatientes. Mecanismos de recuperación y preservación de la memoria histórica, que pueden incluir distintas actividades apoyadas por el Estado que pueden variar en alcance, impacto y visibilidad; así como acciones que reflejan esfuerzos individuales, grupales o comunitarios específicos. Mecanismos asociados con la reforma legal y la reconstrucción institucional, orientados a remover del Estado a funcionarios y funcionarias involucradas en violaciones a derechos humanos o a impedir que quienes estuvieron involucrados asuman cargos públicos o de autoridad.

⁵ Tenemos que la ley 1448 de 2011 trae consigo, un principio transversal a la política de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas es el principio de buena fe. La carga de la prueba e inversión de la carga de la prueba, le corresponde en primer lugar a los solicitantes de la restitución probar de manera sumaria: i) la propiedad, posesión y ocupación, ii) el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial; o en su defecto iii) el despojo. Presunciones y fuentes de información de despojo en relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras.

establecidas en la legislación civil, agraria⁶. No obstante, sí se trata de un procedimiento novedoso y sui generis en el derecho colombiano, por lo que una referencia a los mismos desde el derecho civil y agrario ordinario construido en tiempos de paz, no respondería de manera adecuada a los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano con las víctimas.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el derecho civil y agrario, que se ha caracterizado por un excesivo formalismo⁷, no puedan ser tenidos en cuenta como elemento supletorio en caso de vacíos en la ley 1448 de 2011 y siempre que las disposiciones no sean contrarias a las establecidas en esta ley.

La Corte Constitucional ha manifestado que las normas de justicia transicional se superponen y se aplican en adición a las ordinarias (Corte Constitucional. C-052, 2012). En este sentido, las medidas de justicia transicional, reguladas por la ley 1448 de 2011, implican la flexibilización y revisión de figuras jurídicas ordinarias, así como, la superposición y adición de otras normas de relevancia para la defensa de los derechos de las víctimas.

Es así como, las disposiciones contenidas en la ley 1448 de 2011 en materia de restitución de tierras, además de constituir novedades en la forma de sanear y formalizar la relación con la propiedad, pretenden servir como herramienta de la justicia material en favor de las víctimas que afrontaron las consecuencias del conflicto armado interno, en el cual, el principio de autonomía privada se ve deformado por cuanto la voluntad se ve alterada y las relaciones contractuales son tan asimétricas, que quienes detentan el poder económico, político y social alteraron la producción, adquisición y circulación de la propiedad⁸.

⁶ Esos antecedentes los podemos ver en el derecho agrario comparte uno de los objetivos de la justicia transicional, a saber, implantar la justicia en el campo, para lo cual se crean una serie de principios e instituciones procesales que van a ser muy útiles dentro de los procesos de restitución de tierras. Entre ellos se resaltan: la prevalencia del derecho sustancial, el principio de concentración, el principio de publicidad y de economía procesal, el principio de gratuitad, entre otros.

⁷ Por cuanto el derecho agrario puede contribuir sustancialmente al logro de los objetivos del proceso de restitución de tierras en la medida en que tiene como propósito solucionar los conflictos relacionados con la tenencia de la tierra, y lograr los títulos de propiedad. En ese sentido, la jurisdicción agraria se considera una condición fundamental para la implementación de la justicia en el campo, especialmente en el marco de las relaciones de tenencia de la tierra, con criterios de tutela de la parte más débil de esa relación con el campesino.

⁸ En el caso de Necoclí, se restituye un predio que fue vendido en 1997, por un precio menor a su valor, por la viuda de un campesino asesinado cinco años antes por paramilitares. Esta sentencia dispone, además, la nulidad de un contrato de explotación minera de carbón. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ordenan-devolver-finca-despajada-por-la-oficina-de-envigado-/16399391>.

En desarrollo de lo expuesto, es claro que en los procesos de restitución de tierras, los jueces deben dar prelación y aplicar principalmente los mecanismos consagrados en la ley 1448 de 2011, y evitar al máximo acudir a las figuras legislativas ordinarias que han sido consagradas en tiempos de paz y con fines diversos a los que persigue la justicia transicional, so pena de desconocer los principios que inspiran la ley 1448 de 2011 y la Constitución (Uprimny, Sánchez & Bolívar, 2013).

1.1. Objetivos de un proceso transicional civil

Para que el modelo de justicia transicional llegue a ser implementado se requiere que los funcionarios y funcionarias judiciales comprendan la importancia de su rol como participantes del modelo y que cuentan con unas competencias y capacidades únicas para hacer que éste sea exitoso. La filosofía transicional repercute entonces no solo en las decisiones en lo macro, sino además, se estructura a partir de la forma en la que en el día a día se deciden los casos. En desarrollo de esta tarea, algunos enfoques y roles son claves⁹.

Un primer requisito para la implementación exitosa de un modelo de justicia transicional civil radica en un juez activo que pueda administrar su despacho y sus casos tanto de manera global, como manejar los tiempos de cada proceso; es decir, un juez que adhiera a las denominadas técnicas modernas de administración del proceso¹⁰. Las tendencias de modernización de la dirección judicial de los procesos no son novedosas, ni en el mundo ni en el país, y su aplicación son vitales para que el proceso transicional cumpla con sus objetivos.

Dos situaciones explican la interdependencia entre las tendencias modernas de administración del proceso y la implementación de un modelo de justicia transicional civil. En primer lugar, la dirección formal, técnica o gerencia del proyecto busca reducir las moras y costos judiciales buscando resolver los conflictos con mayor celeridad. Estas características procesales son pues necesarias cuando una sociedad pretende enfrentar un número abrumador de casos que se han producido tras largas épocas de despojo y victimización masiva.

⁹ En un contexto como el transicional, las actividades de hermenéutica jurídica y de decisión judicial distan de ser actividades intelectuales fáciles, desde el punto de vista jurídico, técnico y moral. En consecuencia, estos desafíos exigen de los intérpretes conocimientos y virtudes judiciales desarrolladas. Por ello, elementos y metodologías de interpretación constitucional son primordiales para enfrentar estos retos hermenéuticos y decisionales.

¹⁰ Esto quiere decir que tiene que manejar correctamente la figura de la interpretación normativa de derecho internacional de los derechos humanos. Que consiste en aplicar en forma creativa pero rigurosa los contenidos normativos incorporados al bloque de constitucionalidad, no sólo por cuanto tienen el deber de hacerlo, sino además porque es una herramienta fundamental para lograr un proceso de restitución ajustado a los requerimientos constitucionales y a los estándares normativos de derechos humanos. (Uprimny Yepes, 2005).

En segundo lugar, con la dirección técnica del juez se espera un proceso más igualitario en lo material, que a su vez resulte en un proceso más eficiente en lo técnico. Es decir, un proceso en el que el juez asume la protección remedial de la parte débil, impidiendo así que la parte fuerte utilice el proceso para el logro de ventajas tácticas (López, 2004). Esta igualación de fuerzas es inherente al proceso transicional de restitución de tierras por dos razones. La primera, por el hecho de que al proceso acudirán víctimas de graves violaciones a derechos humanos. La segunda deriva del hecho de que la justicia social es uno de los principios fundacionales de la jurisdicción agraria colombiana¹¹, la cual juega un rol fundamental en la restitución de tierras en el país.

Así las cosas, existe una evidente correlación entre los principios y objetivos de la Constitución Política, el derecho procesal moderno¹², y el derecho agrario. Todos estos principios son, a su vez, no solo compatibles con el modelo de justicia transicional civil, sino además necesarias para su efectiva implementación. Así mismo, las normas constitucionales y legales sustentan férreamente rol proactivo que deben desplegar los funcionarios judiciales encargados del conocimiento de las acciones de restitución de tierras (Uprimny, Sánchez & Bolívar, 2013).

Las naciones que pasan de regímenes autoritarios a la democracia o salen de años de una larga guerra civil recurren con frecuencia a diversos sistemas de justicia transicional para ocuparse de las injusticias cometidas en el periodo previo a la transición política. Uno de esos mecanismos de justicia transicional, considerado y adoptado varias veces en esas circunstancias, es el de la restitución de la propiedad, y, específicamente, de las tierras. En ese contexto, se han presentado varios estudios de caso famosos en los países del Este de Europa Central, en donde o se ha evitado del todo restituir la propiedad o se ha redistribuido de formas indiscutiblemente injustas. Pero las soluciones simplistas o las fórmulas estandarizadas para la restitución de la propiedad no son, como es obvio, asequibles sin más, y cada sistema debe ocuparse de las preocupaciones históricas, prácticas y de equidad aplicables a las tierras afectadas y a la gente involucrada. (Nalepa, 2012, p. 2).

Una característica sustantiva del proceso transicional de restitución de tierras, que repercute en el rol que deben desempeñar los funcionarios y funcionarias judiciales que conducen el proceso, es la multiplicidad de fuentes jurídicas que intervienen en este. Si bien el punto de partida procesal está dado por las disposiciones de la ley 1448 de 2011, en tanto esta crea una serie de instrumentos jurídicos, deberán tener presente que su función involucrará

¹¹ La ley 135 de 1961 (diciembre 13) "sobre reforma social agraria". Trae consigo en su Capítulo I Objeto de la justicia social agraria. "Artículo 1º. Inspirada en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social".

¹² Se refiere a las nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso, como son: la dirección diferencial, la dirección dinámica, Audiencia de dirección judicial, dirección probatoria, dirección permanente y dirección posprocesal entre otras.

jueces y juezas transicionales de restitución deberán tener presente que su función implicará una serie de institutos jurídicos que se desprenden de normatividad nacional desde la propia Constitución hasta fuentes legales y reglamentarias, así como de normatividad internacional que se integra al ordenamiento a partir de la figura del bloque de constitucionalidad.

2. Potencial de los mecanismos del Derecho Privado y Agrario que puede utilizar el juez transicional.

La violencia en Colombia ha estado históricamente ligada a la lucha por la tenencia, posesión, aprovechamiento y propiedad de la tierra; esto hace diferente la situación de Colombia comparativamente con otros países y por tanto, el proponer mecanismos transicionales de justicia, le confiere tener características de prueba inédita en el campo del derecho.

García González (2014) afirma: “en esta ley, el Estado Colombiano asume el deber de resarcir la situación de los desplazados reconociéndoles a las víctimas, como lo expone la sentencia T-025 de 2004, al tiempo que reitera su obligación con el respecto y la protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, (...). Además, en esta ley se pude como objetivo y como parte de su contenido principal, la dignificación de las víctimas y el reconocimiento de sus derechos humanos” (p.13).

El derecho privado en contextos de normalidad o paz, es una rama del derecho que regula las relaciones jurídicas entre personas particulares en condiciones de libertad, autonomía e igualdad¹³. Las personas que confluyen a las relaciones jurídico privadas lo hacen bajo el principio de autonomía de la voluntad y generalmente, en plano simétrico. Así las cosas, los conflictos sociales en tiempos de paz, que conoce de la jurisdicción civil ordinaria están relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada y son relativamente excepcionales¹⁴.

Sin embargo, el principio de autonomía privada de la voluntad es ampliamente vulnerado o incluso anulado en escenarios de conflicto armado interno, justamente por la sistemática y masiva violación a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, las relaciones civiles se tornan críticamente desiguales pues las personas no

¹³ Un ejemplo puede ayudar en la comprensión de este argumento: bajo una interpretación clásica, el acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial.

¹⁴ Ello quiere decir, que todos los sistemas normativos, el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas normativas. Estos presupuestos se expresan a partir de principios y generan las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y con relación a las cosas en un ambiente libre y justo. Dos principios cardinales se desprenden de esta ficción jurídica: autonomía privada de la voluntad y el orden público justo.

tienen posibilidad de ejercer y manifestar su voluntad de manera libre y autónoma en un contexto caracterizado por el monopolio normalmente ilegítimo de la violencia y la intimidación ilegal. Así el débil se torna en víctima frente al uso de la fuerza armada ilegal, o frente aquellas personas que tienen mayor poder económico o social.

En ese contexto, la justicia transicional civil emerge para corregir y equilibrar las consecuencias de dichas relaciones jurídicas asimétricas, y en pro del acceso real y efectivo a la administración de justicia en condiciones de igualdad material. Porque, lo que pretende este modelo de justicia temporal y extraordinaria es generar seguridad jurídica, y no deformar la justicia como algunos piensan, ya que durante el conflicto las relaciones jurídico privadas son tan inseguras que dependían del poder coyuntural detentado por los actores armados¹⁵.

Y el Estado recupera el monopolio de la coerción legítima en las relaciones privadas y es él, y solo él, quien a través de la jurisdicción debe dirimir los conflictos agrarios y civiles que, valga decir, son causa estructural de la guerra que aún asola el país.

Así, justicia transicional civil concretada en el proceso administrativo y judicial de restitución de tierras consagrado en la Ley 1448 de 2011 y los decretos 4829 de 2011 y 599 de 2012, es un marco jurídico excepcional, dúctil y flexible que facilita el acceso a la administración de justicia de las víctimas del despojo u abandono forzado de tierras. Así las cosas, el enfoque transicional aplicado a la justicia civil y agraria impacta sobre la desposesión y expropiación masiva para generar condiciones de elemental justicia y de esta manera hacer tránsito hacia la paz y a una democracia más inclusiva.

Pero, como el derecho civil sustantivo y adjetivo se caracterizan por el exceso de formalismo y ritualismo procesal, es indispensable que a partir del paradigma transicional adecuen las prácticas judiciales, y que la hermenéutica aplicada al derecho civil y procesal civil sirvan para facilitar la transición y la justicia material en favor de las víctimas del conflicto armado que actualmente vive Colombia¹⁶.

El proceso transicional civil de la ley 1448 de 2011 basa su estructura esencial en la inversión de la carga de la prueba, pruebas sumarias para acreditar la condición de víctima, flexibilidad en la creación y valoración de las pruebas, etapas procesales flexibles, las

¹⁵ A partir de las desmovilizaciones colectivas de grupos como los paramilitares que detentaban el poder territorial en varias franjas del país, y que fueron postulados a la ley de justicia y paz.

¹⁶ Ello quiere decir que el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas normativas. Esos presupuestos se expresan a partir de principios y generan las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y con relación a las cosas en un ambiente libre y justo.

presunciones en contra de negocios jurídicos, actos administrativos y providencias, los poderes extraordinarios del juez, la posibilidad de acumulación procesal, las solicitudes de restitución colectiva, la aplicación de un enfoque diferencial y de derechos humanos y, sobre todo, una hermenéutica que favorezca a las víctimas en caso de duda; dado que la ley 1448 de 2011 es su última esperanza frente a décadas de olvido y desidia estatal. Lo anterior muestra que la justicia civil en un contexto de violencia o posterior a ella ha sido ajustada desde el enfoque transicional en un mecanismo jurídico excepcional para lograr justicia material por encima de cualquier formalidad.

2.1. Limitaciones de la justicia transicional y agraria con respecto al actuar del juez y/o limitaciones del juez con relación a la justicia transicional.

Ha de contextualizarse de donde se produjo la inclusión de la ley 1448 de 2011, que ha sido tan novedosa que ha hecho que los operadores jurídicos, hayan tenido que acoplarse a circunstancias que los sacan de los modelos propios de la ley ordinaria civil a un nuevo escenario de nuevas perspectivas en materia legislativa.

Se podría argumentar que la justicia transicional (JT) se introdujo en Colombia cuando el Congreso aprobó la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Esta regula la desmovilización de los miembros de las “organizaciones armadas al margen de la ley” (OAML) y establece un conjunto de obligaciones para las personas postuladas, como se denominan una vez que se incorporan al proceso establecido. Los beneficios legales, como las sentencias reducidas, se obtienen únicamente si se cumple la condición de que el autor del delito esté preparado para rectificar los daños causados a sus víctimas; la restitución forma así parte integral de esa reparación. La inclusión de la restitución de la propiedad en el proceso de JT es una de las diversas estrategias para conseguir una paz sostenible en Colombia. Las víctimas y los victimarios están ligados por el mismo marco legal. Mientras que las víctimas del conflicto se benefician de la restitución de sus derechos de propiedad de la tierra, los postulados se benefician de sentencias más leves y se les permite reintegrarse a la vida civil como ciudadanos comunes. Debido a la importancia de la tierra en el conflicto interno, este capítulo se concentra en los derechos de las personas internamente desplazadas (PID) que serán las beneficiarias de las políticas de restitución. Hay un dicho que expresa esta idea: No es la guerra civil lo que causa el desplazamiento, sino que hay una guerra civil para producir desplazamiento. Las diferentes estimaciones sobre el tamaño de la población desplazada varían entre 2,9 y 4,6 millones de personas que se ven obligadas a abandonar entre 1,2 y 10 millones de hectáreas de tierra. (Knut, 2012, p. 2).

El goce efectivo del derecho a la restitución de tierras por parte de quienes fueron víctimas de desplazamiento forzado y abandono exige la adopción de medidas dirigidas a garantizar y proteger otros derechos sin los cuales la restitución jurídica y material de las tierras no sería posible.

Para el caso particular de quienes debieron abandonar sus predios, como consecuencia del contexto de violencia sufrido en alguna región, la restitución de sus tierras conlleva la

adopción de medidas de simple, mediana y gran complejidad¹⁷ que van desde, ordenar la restitución jurídica del predio, hasta la construcción de condiciones adecuadas para el retorno.

Sin embargo, por las particularidades que presenta el caso Colombiano, adicional a esas medidas y las demás que sean conducentes para garantizar que el solicitante pueda contar con condiciones para el retorno al predio, subyacen otra serie de medidas para materializar dicha restitución que se dirigen principalmente a garantizar la seguridad jurídica sobre el predio. Brindar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo a través de la salvaguarda al bien objeto de restitución. Y a proteger los derechos a la vida, la libertad y la integridad personal de los solicitantes atendiendo los riesgos específicos a los que se enfrentan ante la eventual restitución de sus tierras.

Entre las medidas que se consideran, constituyen presupuesto básico para la materialización de las tierras y que se enuncian a continuación: i) la protección del patrimonio familiar y ii) la adopción de medidas de preservación y protección individual y colectiva frente a las situaciones de riesgo y/o amenaza que susciten el hecho de obrar como reclamantes de restitución de tierras así como el retorno, uso y goce del bien restituido.

Se constituyen en instrumentos de justicia civil que contribuyen con los fines de la transición, pero que requieren de al menos dos precisiones para no sobre valorar su posible impacto. En primer lugar, las potencialidades del derecho privado para alcanzar ciertos objetivos más generales de democratización y que implemente una sociedad deberían tener unos objetivos definidos, pero modestos. En segundo lugar, la justicia civil como el resto del sistema judicial en tiempo de transición, enfrenta desafíos y limitaciones particulares y, por esa razón, es necesario repensar sus contenidos y procedimientos.

Uprimny Yepes, Sánchez y Bolívar afirman: “El carácter liberatorio e individualista que inspira los sistemas de derecho civil parten de la base que los sujetos deben ser, en general, libres para auto-regularse. Es así como la teoría de la autonomía de la voluntad no se limita a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas, sino que estipula, además, que esa voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión. La presunción general de la autonomía privada de la voluntad se articula con otros principios y

¹⁷ Entre las razones por las cuales la acción de restitución puede verse de esta manera, se encuentran las siguientes: a) la presencia inmediata y el compromiso de derechos constitucionales fundamentales en la población objeto de la protección por medio de la acción de restitución; la no existencia de mecanismos judiciales o administrativos especiales de defensa, que permitieran el amparo y satisfacción de los derechos conculcados a la población que ha sido objeto del despojo, el desplazamiento, el abandono forzado de sus bienes y el riesgo permanente de sus vidas; la incidencia fundamental que en sus derechos constitucionales y sus proyectos de vida tendrá la sentencia de restitución para la aludida población.

características determinantes del derecho privado, (...). Por ejemplo, la capacidad- o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones -, la protección y regulación de las formas de declaración de la voluntad, y la presunción de la buena fe subjetiva, entre otras. Estos principios tienen un elemento común: el supuesto de un contexto pacífico en donde por regla general existe una libre circulación de bienes y las decisiones son tomadas de manera consciente y libre de vicios” (p.36).

En la medida en que este orden pacífico y justo es presumido, la consecuencia principal de la aplicación de la teoría de la autonomía privada de la voluntad es la restricción de la actividad estatal, la cual debe ser mínima. El rol del Estado debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los contratos, brindar seguridad jurídica a las partes contratantes, garantizar el cumplimiento de los contratos otorgando acciones legales en caso de incumplimiento, respetar los acuerdos contractuales y reducir los costos para contratar. Por ello, las leyes que rigen los contratos son supletorias de la voluntad de los contratantes, aplicándose sólo en el caso de silencio.

Si bien el derecho civil asume la interacción individual buscará el bienestar personal y la ganancia, las relaciones privadas se sostienen en un orden general medianamente justo y equitativo. De allí que la autonomía individual sea admitida de manera general, pero con restricciones, por eso es admisible siempre que no contrarie disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público. La moralidad del orden social y el anhelo de justicia, en el que se inscribe el derecho civil, se denota asimismo en conceptos y principios tales como las buenas costumbres, la teoría del abuso de derechos, la prohibición del enriquecimiento sin causa y en estándares de conducta como el hombre de negocios¹⁸.

Evidentemente, en contextos de violencia sistemática como son las épocas de conflicto armado, e incluso de post conflicto, es necesario revisar estos principios fundamentales para reconfigurarlos con el orden imperante y con la necesidad social de sobrepasar dicha situación. Ello es necesario, pues es a partir de estas redefiniciones que se generan todos los mecanismos y estándares regulatorios que concretamente serán aplicados en la resolución de conflictos, tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales.

De ahí vienen unas limitaciones del derecho privado, en donde el derecho agrario ofrece algunos principios que pueden contribuir sustancialmente en los procesos de restitución de tierras. Entre otros se resaltan: i) la oralidad y escritura que buscan la agilización de los procesos y que la actuación, en su gran mayoría, se adelanta de manera verbal; ii) el principio de la concentración que pretende evitar aplazamientos y suspensiones sin

¹⁸ Pues el propósito de dar aplicación a los principios de economía procesal y procurar retornos con carácter colectivo que contribuyan al restablecimiento de las comunidades de manera integral.

motivos; iii) el principio de publicidad; iv) el principio de inquisitivo, a partir del cual el juez agrario debe impulsar oficiosamente el proceso y no debe esperar la petición de las partes; v) el principio de economía procesal, que busca que las actuaciones judiciales se adelanten en la forma más rápida y económica posible, que las tramitaciones sean lo más sencillas y evitar las decisiones inútiles y los recursos innecesarios; vi) el principio de inmediación, según el cual debe existir una comunicación directa entre las partes y el juez, así como entre el juez agrario y la producción de la prueba; vii) el principio de la igualdad procesal, que establece que todas las partes son iguales ante la ley, inclusive las entidades públicas que concurran, sin perjuicio de las prerrogativas emanadas del interés público; y, viii) principio de gratuidad (Ramos, 2009).

Ahora bien, en tanto que la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correlativa como prospectiva¹⁹, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho civil, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adaptada, un horizonte de orden justo y equitativo en donde impere la voluntad libre. Es decir, en tiempos de transición la implementación del derecho civil y sus principios no debe ser ciega al contexto general que enfrenta, tanto en las limitaciones fácticas que puede tener aplicación, como en las consecuencias contextuales que pueden afectar su aplicación dogmática.

Las presunciones o ficciones generales que se establecen para facilitar la regulación de las relaciones sociales deberán entonces confrontarse con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto. Uprimny Yepes, Sánchez y Bolívar afirman: “A su vez, en cualquier contexto, la aplicación del derecho tanto público, como privado fortalece las relaciones en un contexto de justicia transicional, (...). En consecuencia, la ponderación concreta de la aplicación o no de las ficciones deberá hacerse con base en estos principios” (p.100).

Para aprovechar las potencialidades de la justicia como un mecanismo de justicia que pueda contribuir con los objetivos de la transición, se debe partir por una reinterpretación de los principios más básicos de este sistema normativo para readecuarlos más no remplazarlos en tiempos de transición. Esto no quiere decir, en todo caso, que todos los principios de derecho privado o de derecho procesal civil son per se contrarios al ideario que pretende la implementación de las medidas de transición.

El acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial; es decir, las juezas y jueces ordinarios han de

¹⁹ Que pretenden garantizar la responsabilidad individual de los perpetradores, acompañar a las víctimas, alcanzar la reconciliación, reparar a las víctimas, impedir la recurrencia de las injusticias, recordar la historia, y, de manera más general, alcanzar una paz duradera, combatir la impunidad y lograr aceptar el pasado.

pronunciarse sobre lo que pide el actor, y la resolución sobre el fondo, en todo caso ha de estar provista de una motivación congruente y razonable. Lo primero significa que la decisión ha de responder tanto a lo pedido por el actor como a los fundamentos de su petición, y la razonabilidad implica que la decisión ha de fundarse en cánones de interpretación y aplicación de las leyes generalmente aceptados por la jurisprudencia, por la doctrina y por los escenarios académicos, quedando de esta forma proscrita la utilización de criterios extravagantes por su desconexión con la realidad del proceso.

2.1.1. Papel de la Justicia transicional en el proceso civil.

En los procesos de justicia transicional la protección y garantía de distintos derechos y medidas de manera transversal, es decir, el Estado tiene el deber de actuar de manera integral y efectiva en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del goce de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y en el caso concreto lograr una integralidad del derecho fundamental a la restitución de tierras para las víctimas.

El concepto de Goce Efectivo del Derecho²⁰ (Corte Constitucional T-406, 1992) –GED- es una de las contribuciones de la Corte Constitucional dirigida a orientar la actuación judicial, especialmente la del juez constitucional. De acuerdo con ese tribunal, el –GED- debe ser la finalidad de las actuaciones de las autoridades judiciales y el objeto de las decisiones que debe proferir (Corte Constitucional T-081, 2013), para que así éstas no decaigan en incertidumbre o incumplimiento. En este sentido, la efectividad de los derechos es la expresión máxima del deber de garantía del Estado a los ciudadanos en el disfrute de sus derechos²¹(Corte Constitucional T-025, 2004), y por lo mismo, el reconocimiento de su dignidad.

²⁰ “[...] El concepto forma parte de un lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales, que ha variado con el tiempo. Pasó de ser un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, en donde las obligaciones del Estado se centran en abstenerse de violar los derechos y en protegerlos contra agresiones de terceros, a ser un lenguaje mucho más abarcador, en donde se incluyen los derechos a la organización, al procedimiento y a las prestaciones públicas positivas. En donde las obligaciones del Estado son no sólo de abstenerse de violar los derechos de las personas sino de actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de sus derechos, especialmente de aquellas personas que requieren de una protección especial, como los desplazados. Por esta razón ya no se habla entonces, exclusivamente, de la protección de las libertades básicas por parte de las autoridades públicas, sino del “goce efectivo” de los derechos en general. La Corte Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones al concepto de Goce Efectivo de los Derechos (GED). Entre otras ver las sentencias T-406/92; T-020/93; T-210/94; T-111/94; T-005/95; SU-256/99; T-084/98; T-280A/12; T-081/13.

²¹ La sentencia T-025 de 2004, señala que “Para definir el nivel minio de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados ”

Sobre el derecho a la restitución y la necesidad de que para su goce efectivo el derecho garantice otra serie de derechos inescindibles de este la Corte Constitucional ha indicado que: “(...) la especial protección sobre los derechos a la población desplazada especialmente lo referente a la reubicación de la tierra reviste de gran importancia entendiendo que el principal efecto de este fenómeno se centra el desarraigo y abandono de la misma, lo que sin duda conlleva una privación de los derechos sobre la explotación de la tierra como principal fuente de estabilidad social, laboral, económica y familiar. (...) De igual manera debe entenderse que dentro de la noción de restitución sobre los al goce, uso y explotación de la tierra va implícito la reparación a los daños causados, en la medida que el Estado garantice el efectivo disfrute de los derechos vulnerados, así por ejemplo el derecho al retorno, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la libre elección de profesión u oficio (Corte Constitucional T-159, 2011).

Con miras a garantizar los derechos de la población víctima y en particular del derecho a la restitución de tierras, el juez debe asegurar la protección, acceso y garantía a otros derechos sin los cuales no sería posible el goce efectivo del derecho a la restitución. Así, el derecho a la restitución jurídica y material de tierras supone garantizar el retorno en condiciones dignas y seguras; y que se provea a las víctimas de unas condiciones mínimas que posibiliten su permanencia y estabilización socioeconómica, todo lo cual se traduciría en que para que la restitución tenga lugar deben garantizarse los derechos a la educación, la salud, el acceso al mínimo vital, entre otros. De lo contrario, la garantía y protección del derecho a la restitución resultaría nugatoria²².

La valoración de las condiciones para hacer efectivo el derecho a la restitución dependerá de cada caso particular, por lo que su efectividad en cierto caso podrá materializarse con garantías de seguridad y protección en caso de retorno, mientras que otros, como en el que nos ocupa, su materialización resulta más compleja toda vez que esa supone que se provea a las víctimas de todo lo necesario para su retorno lo que supone la reconstrucción total del corregimiento, incluyendo las casas y bienes de uso público, seguida de la garantía en el acceso a los derechos a la salud, la educación, el trabajo, entre otros.

De esta manera, el rol de los jueces encargados de proteger y tutelar los derechos de las víctimas del conflicto armado, y en particular, de aquellos encargados de conocer de las solicitudes de restitución de tierras cumplen una función trascendental en la concreción del goce efectivo de los derechos pues en últimas, por la interrelación, interdependencia que se predica de ciertos derechos, y el deber de seguimiento al cumplimiento de los fallos, su competencia trasciende el conocimiento específico de una materia, y pasa así a adoptar un papel, dinámico y proactivo con miras a lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas.

²² Diversas normas constitucionales y legales obligan al juez constitucional a verificar no solo el respeto de los derechos subjetivos de accionantes específicos, sino también a asegurar la dimensión objetiva de los derechos. Así el propio artículo 86 de la Constitución dispone que las medidas adoptadas por el juez constitucional deben estar encaminadas a hacer cesar el origen de la vulneración, y consistiría en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, sin indicar que tal deba circunscribirse a un catálogo cerrado de órdenes posibles.

Con relación al juez de restitución de tierras, su dinamicidad y protagonismo se refuerzan por el carácter de derecho fundamental que se reconoce al derecho, la acción y el procedimiento de restitución de tierras, que lo revisten de las características propias del juez constitucional, asignándole así especiales deberes y prerrogativas en su accionar²³.

Sobre el rol del juez constitucional con relación a la garantía y protección de los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional ha señalado los principios y lineamientos que rigen su actuación. En ese sentido, en el Auto 385 de 2010, la Corte indicó:

Diversas normas constitucionales y legales obligan al juez constitucional a verificar no solo el respeto de los derechos subjetivos de accionantes específicos, sino también a asegurar la dimensión objetiva de los derechos. Así, el propio artículo 86 de la Constitución dispone que las medidas adoptadas por el juez constitucional deben estar encaminadas a hacer cesar el origen de la vulneración, y consistiría en una orden para que aquel respeto de quien se solicita la tutela, actué o se abstenga de hacerlo, sin indicar que tal posibilidad deba circunscribirse a un catálogo cerrado de órdenes posibles. (...) De conformidad con lo anterior, el juez constitucional tiene la facultad para determinar el contenido, el sujeto pasivo y los sujetos activos de sus órdenes para asegurar el restablecimiento de los derechos. En cuanto al contenido de las órdenes estas podrán ser abiertas o cerradas, generales o específicas, simples o complejas; en cuanto a los sujetos pasivos de las órdenes, éstas pueden estar encaminadas a bienestar únicamente al demandante o a los demandados en la acción de tutela o también a otras personas que se encuentran en la misma situación; y en cuanto a los sujetos activos de las órdenes éstas pueden estar dirigidas a un número cerrado de entidades o particulares demandadas, pero también a otros sujetos de cuya actividad depende la vigilancia de los derechos constitucionales comprometidos (Corte Constitucional, Auto 385 de 2010).

Todo lo anterior explica las especiales facultades con las que dotó la ley 1448 de 2011 al juez de restitución de tierras, entre estas, la del artículo 91, literal p), que lo faculta para proferir las órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de las personas reparadas; y la del parágrafo 1º del mismo artículo, que le permite mantener la competencia para realizar seguimiento al cumplimiento de la orden después de ejecutoriada la providencia, hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso.

3. Principios y enfoques de la restitución de tierras con respecto a las garantías que deben tener las víctimas en un proceso transicional

²³ Puesto que los jueces y juezas transicionales de restitución está dirigida a garantizar la justicia material, pues más allá de descubrir la verdad en el caso concreto debe garantizar que su fallo se materialice y se cumpla el objetivo de restablecer los derechos de las víctimas. Así, la labor de los jueces y juezas transicionales de restitución no termina con la sentencia, sino cuando ésta se haga efectiva y se garantice material y jurídicamente el derecho adjudicado y la compensación de quienes hayan adquirido un derecho sobre el predio por buena fe exenta de culpa.

3.1. Reconocimiento de las víctimas como principio de integración y la restitución de tierras como vocación transformadora de las víctimas

El derecho a la restitución de tierras ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental en varios de sus pronunciamientos dirigidos a proteger y garantizar los derechos de la población víctima del conflicto armado interno, respecto de las cuáles, además, ha reconocido el carácter reforzado que adquieren los derechos a la posesión y a la propiedad. Al respecto, ha señalado la Corte que:

Las personas que se encuentran En situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarios o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado (Corte Constitucional T-821, 2007).

Pues luego de dar primacía a las víctimas y analizar el impacto del conflicto armado interno sobre sus derechos, ha ordenado al Estado que, en atención a sus deberes internacionales de garantía y respeto, tome las medidas y adopte las políticas públicas que protejan las condiciones de vulnerabilidad de esta población. En este sentido, ha señalado la Corte que “(...) siendo el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas han sido despojadas, constituye también un derecho fundamental (Corte Constitucional C-715, 2012, p. 34).”

Ahora bien, en relación con otras afectaciones que ha sufrido la población víctima del desplazamiento forzado y el despojo, ha considerado la Corte Constitucional que tienen derecho fundamental a la restitución material y jurídica de la tierra indicando que: “(...) Así las cosas, las víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener la restitución y explotación de la tierra de la cual fueron privados y expulsados por situaciones de violencia que no estaban obligados a soportar y que desencadenó una vulneración masiva de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional T-159, 2011, p. 25).”

La reparación transformadora es un concepto en evolución en el derecho internacional y nacional de las reparaciones. Empero, el derecho colombiano lo ha acogido como un criterio de relevancia frente a la reparación integral de los daños causados a las víctimas en el conflicto armado, con el propósito de lograr una transición efectiva. Así, la ley 1448 de 2011, dentro de sus principios, en el artículo 25 sobre la materia prescribe que: “(...) Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora

y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3 (ley 1448, 2011, p. 25)”.

También la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como fuente vinculante en el orden interno (por ser parte del Bloque de Constitucionalidad), establece que: “(...) Las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación” (ley 1448, 2011, p. 25)²⁴. En la misma línea, la doctrina nacional ha establecido que: “Las reparaciones deben tener una vocación transformadora y no puramente restitutoria, esto es, que las reparaciones no solo deben enfrentar el daño que fue ocasionado por los procesos de victimización, sino también las condiciones de exclusión en que vivían las víctimas y que permitieron o facilitaron su victimización (Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula, 2009, p. 43)”.

Es relevante señalar que dentro de las medidas de reparación integral se encuentra la restitución de tierras, la cual debe protegerse bajo una perspectiva transformadora. En efecto, la restitución transformadora (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 73) ²⁵se concreta en la formalización o conversión de la posesión o de la ocupación (explotación de baldío como es referida en la ley 1448 de 2011) en derechos de plena propiedad (artículos 72 y 74 de la ley 1448 de 2011), en otorgar seguridad jurídica a la relación existente entre la persona restituída y el bien que se restituye (esto en aplicación del artículo 73 numeral 5 de la ley 1448 de 2011)²⁶, y en consolidar el proyecto de vida a través de la articulación de la política de restitución de tierras con las de desarrollo rural,

²⁴ La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párr. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, *no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación*. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006.

²⁵ Ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación. “Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia proferida el 16 de Noviembre del año 2009., en el caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, parágrafo 450.

²⁶ Artículo 73. Principios de la restitución. La restitución de que trata la presente ley estará regida por los siguientes principios: (...) 5. Seguridad jurídica. Las medidas de restitución propenderán por garantizar la seguridad jurídica de la restitución y el esclarecimiento de la situación de los predios objeto de restitución. Para el efecto, se propenderá por la titulación de la propiedad como medida de restitución, considerando la relación jurídica que tenían las víctimas con los predios objeto de restitución o compensación.

retornos, estabilización socioeconómica y seguridad. Con lo anterior se busca garantizar que la restitución sea viable, contribuya a transformar el proyecto de vida de las víctimas y, en últimas, fortalezca el ejercicio de la ciudadanía y la vigencia del Estado Colombiano.

En consecuencia, en la aplicación de las medidas de restitución y formalización de tierras despojadas o abandonadas se debe procurar no solo la restitución material y el restablecimiento de la relación jurídico-formal que tenía la víctima con el predio al momento de la ocurrencia de los hechos del desplazamiento, abandono forzado o despojo, sino que además, las decisiones que se profieran deben articularse con otras políticas desarrollo rural, retornos, seguridad, etc., que permitan concretar la vocación transformadora conforme a la ley 1448 de 2011 y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera, las víctimas restituidas podrán contar con un título jurídico que formalice su propiedad y con las condiciones materiales para rehacer su proyecto de vida.

Conclusiones

El rol del juez en un procedimiento de restitución es diferente al del juez en la justicia ordinaria civil, puesto que tienen funciones distintas en un ambiente de una acción constitucional, con desarrollo en el bloque de constitucionalidad y de los principios generales del derecho, en esa perspectiva es que van los poderes excepcionales del juez transicional civil. Siendo ello así, es importante tener en cuenta las demás posibilidades, que desde el derecho transicional, se abren en favor de las víctimas para el goce efectivo de sus derechos, con miras a que les resarza sus derechos que fueron menoscabados por el conflicto interno que ha vivido el país.

El juez transicional cuenta con la potencialidad de los mecanismos del derecho privado y agrario que puede utilizar, además de las limitaciones que se pueden presentar en relación a la especialidad civil, en lo que respecta a cambiar de paradigma y así lograr desde una perspectiva constitucional, encaminar sus esfuerzos en pro de las víctimas que merecen, toda su capacidad como operador jurídico y dejar de lado las limitaciones que le ha dejado su trasegar en la aplicación de la ley ordinaria.

El actuar del juez civil dentro de un proceso de restitución de tierras, además de utilizar el derecho privado en contextos de normalidad o paz, constituye una herramienta valiosa para que el derecho regule las relaciones jurídicas entre personas particulares en condiciones de libertad, autonomía e igualdad. Las personas que confluyen a las relaciones jurídico privadas lo hacen bajo el principio de autonomía de la voluntad y, generalmente, en un plano simétrico. Así las cosas, los conflictos sociales en tiempos de paz, que conoce la

jurisdicción civil ordinaria están relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada y son relativamente excepcionales.

Como el derecho civil sustantivo y adjetivo se caracteriza por el exceso de formalismo y ritualismo procesal, es indispensable que a partir del paradigma transicional adecuen dichas prácticas, y que la hermenéutica y la aplicación del derecho civil y procesal civil sirvan y faciliten la transición y la justicia material en favor de las víctimas del conflicto.

El proceso transicional civil de la ley 1448 de 2011 basa su estructura esencial en la inversión de la carga de la prueba, pruebas sumarias para acreditar la condición de víctima, el conflicto armado, con el propósito de lograr una transición efectiva. Puesto que una vez probadas las dos condiciones, la carga de la prueba se traslada al demandado o a quienes se opongan a las pretensiones de la víctima en el proceso de restitución, debiendo probar su interés legítimo en el proceso, salvo las personas reconocidas como desplazados o despojados.

Con la ley de restitución de tierras, se presenta una jurisdicción especial, en donde confluyen en un solo proceso un procedimiento administrativo y uno judicial, con la separación de la investigación y el juzgamiento, que se caracteriza por ser un proceso de justicia transicional integrado por múltiples mecanismos transicionales, normas especiales, ordinarias, estándares internacionales. Las necesidades especiales de publicidad del proceso como elemento de verdad y no repetición que deviene en un certificado de la inscripción como requisito de procedibilidad, la falta del mismo trae como consecuencia el rechazo de la solicitud, donde emergen como sujetos procesales en el procedimiento de restitución de tierras las víctimas, opositores y terceros intervenientes.

La restitución como mecanismo de vocación transformadora, pretende dar lugar a unas condiciones especiales que deberá tener el operador jurídico para restablecer las condiciones que tenía la víctima antes del hecho perpetrador, que produjo el despojo o abandono del predio.

Referencias

- Atuahene, B. (2010). “Property and transitional Justice”, 58 U.C.L.A.L.R. Discourse 65, 66.
- García González, G. I. (2014). Armonización de las leyes de justicia y paz y de víctimas y restitución de tierras para lograr una reparación integral y transformadora. *Revista UNAULA*, (34), Pág. 67.

Lid, Knut Andreas O. (2012). La restitución de la tierra en la justicia transicional: retos y experiencias. El caso de Colombia. Serie de publicaciones FICHL No. 6. 194 p.

López Medina, Diego. (2004). Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Págs. 62 y 63. (1^a Ed.) Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Naciones Unidas, Consejo de seguridad. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto 2004.

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Promoción y protección de los derechos humanos. Adición: Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1,

Principio

37

<http://www.idhc.org/esp/documents/ppiosimpunidad.pdf>.

Nalepa, M. (2012). Los orígenes de las reclamaciones antagonistas de tierra en el Este de Europa Central. La restitución en especie como un problema de división equitativa. Serie de publicaciones FICHL No. 6. 106 p.

Uprimny, R. (2005). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R., Sánchez, N. C. & Bolívar, A. P. (2013). Restitución de Tierras en el Marco de la Justicia Transicional Civil: Módulo de formación autodirigida. Págs. 163. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. & Saffon, M. P. (2009) Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. *Reparar en Colombia. Los Dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá, ICTJ, Unión Europea, De Justicia, pp.31-70.

Ver documentos de Naciones Unidas sobre derechos humanos y justicia transicional: E/CN.4/RES/2005/81, derecho a la verdad: E/CN.4/RES/2005/66, A/HRC/RES/12/12, Reportes del Relator Especial para la Promoción del derecho a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición: A/67/368, A/67/368/, A/HRC/21/46, A/HRC/RES/18/7, A/HRC/18/L.22.

Ramos, Manuel. (2003). Justicia Agraria. La experiencia Colombiana. Ponencia presentada en el XI Seminario Nacional de Derecho Agrario. II Encuentro Nacional de Profesores de Derechos Agrario. Disponible en: <http://www.abda.com.br/texto/manuelrbermudez.pdf> (consultada el 3 de julio de 2015). Pág. 35.

Normas

República de Colombia, Congreso de la República. (1961). *Ley 135*: Sobre reforma. Social agraria. Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (2011). *Ley 1448*: Por el cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá

República de Colombia, Congreso de la República. (2011). *Decreto 4829*: Por el cual se reglamenta el capítulo III del título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras. Bogotá

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-406*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-020*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T-111*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T-210*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia T-005*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-084*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia SU-256*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-025*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia T-821*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Auto 385*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-159*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-052*. Bogotá.

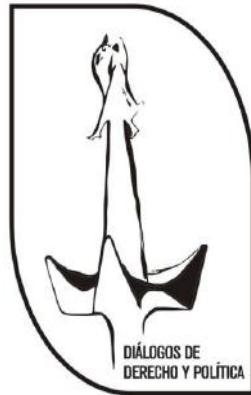
Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-715*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-081*. Bogotá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia proferida el 16 de noviembre del año 2009., en el caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, parágrafo 450.

Página electrónica

<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ordenan-devolver-finca-despojada-por-la-oficina-de-envigado-/16399391>



El acceso a la información pública como derecho humano: algunas implicaciones dogmáticas

Hernán Darío Vergara Mesa¹

Resumen

A raíz de la expedición de las leyes estatutarias ordenadas por la Corte Constitucional para regular el derecho de petición en Colombia, concretamente el derecho de acceso a la información pública, el artículo sostiene que los alcances que tal derecho adquiere por su carácter de derecho fundamental y de derecho humano, reclaman la utilización de herramientas especiales de aplicación, especialmente vinculadas con los principios *pro homine* y de proporcionalidad.

Palabras clave: Acceso a la información pública; principio *pro homine*; principio de proporcionalidad; derecho de petición.

¹ Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Candidato a doctor en derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor titular de la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Correo electrónico: hernan.vergara@udea.edu.co

Citación de este artículo: Vergara Mesa, H. D. (2018). El acceso a la información pública como derecho humano: algunas implicaciones dogmáticas. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 82-102. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331284/20787467>

El acceso a la información pública como derecho humano: algunas implicaciones dogmáticas

Introducción

El contexto jurídico en el que se inscribe el derecho de acceso a la información pública en Colombia, se ha enriquecido en el último lustro con la expedición de varias leyes estatutarias y con los pronunciamientos producidos por la Corte Constitucional en virtud del control efectuado sobre los textos legales que las adoptaron. Dicho contexto jurídico ha tenido la virtud de configurar el aludido derecho en términos realmente novedosos, en tanto las restricciones legítimas al mismo no podrían operar ya exclusivamente con base en el concepto de información reservada, sino que necesitan satisfacer, además, una serie de condiciones argumentativas para garantizar su razonabilidad cuando entra en tensión con otros derechos y bienes constitucionales.

Se aprecia a este respecto, por un lado, una tendencia a que la satisfacción de este derecho se realice a partir del llamado principio de proporcionalidad y, por el otro, que ha dejado de ser polémica su consideración como un derecho humano sobre el que recaen especiales obligaciones de protección por parte de los Estados.

Tales características exigen la utilización de herramientas de operación del derecho adicionales a las tradicionalmente aceptadas, lo cual plantea la necesidad de efectuar acercamientos dogmáticos que faciliten la comprensión de esta modalidad del derecho de petición en el nuevo entorno normativo en el que se halla inserto.

Es por eso que el presente escrito analizará este entorno normativo, y se sostendrá la hipótesis de que por ser el acceso a la información pública un derecho fundamental pero a la vez un derecho humano, es ineludible que su aplicación en contextos conflictivos con otros derechos fundamentales o bienes colectivos se realice de conformidad con las herramientas que suministra el principio de proporcionalidad. Del mismo modo se sostendrá que su naturaleza de derecho humano implica apelar a criterios de interpretación y aplicación de las normas conforme a los derroteros del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos el que se condensa en la fórmula del principio *pro homine*.

El acceso a la información pública como derecho humano

El reconocimiento del derecho al acceso a la información pública como derecho fundamental no ha tenido ninguna discusión en nuestro país desde que, en los primeros años de vigencia de la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional lo prohijó en innumerables sentencias como una de las especies del derecho general de petición (Corte Constitucional, Sentencia T-605, 1996).

Tal carácter, por sí mismo bastaría para entender las consecuencias generales para todas las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo, interpretación y aplicación de este especial derecho. Esta, sin embargo, es una cualificación que algunos derechos logran al nivel de los ordenamientos nacionales, que los torna en bienes jurídicos valiosos y merecedores de la más amplia protección, que en Colombia se traduce básicamente en la necesidad de que sean regulados mediante ley estatutaria, que no sean susceptibles de suspensión bajo la vigencia de los estados de excepción y, además, defendibles mediante la acción de tutela.

Algunos autores sostienen la equivalencia que existe entre los derechos fundamentales y los denominados derechos humanos, cuyo calificativo es más propio del lenguaje del derecho internacional (Ferrajoli , 2001, págs. 362-363); otros los consideran como la institucionalización que cada Estado realiza de los derechos humanos (Alexy R. , 2000, pág. 36).

Es frecuente entonces que muchos de estos derechos hayan sido previamente reconocidos a nivel internacional como derechos humanos, y que en la medida en que el Estado los aceptara al suscribir los tratados correspondientes, los consagrara posteriormente como parte de su normatividad constitucional. En el caso de Colombia, los compromisos con este derecho empezaron desde la aprobación de dos instrumentos internacionales que consagran el derecho de acceso a la información como derecho humano, tanto para el ámbito universal como para el interamericano.

Se hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas , 1966), que fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, mediante Ley Nº 74 de 1968, que dispuso en el artículo 19: “(...) 2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...*”.

Por otro lado, a la Convención Americana de Derechos Humanos o pacto de San José de Costa Rica (Organización de Estados Americanos, 1969), ratificada por Colombia el 31 de julio de 1973, mediante la Ley 16 de 1972, que estableció en el artículo 13 que: “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”.

Estos instrumentos, en la medida en que fueron ratificados por Colombia rigen en el orden interno bajo condiciones de jerarquía especial, la cual está determinada, en un primer momento, por el carácter de derecho humano que se reconoce al acceso a la información

pública² y, por el otro, por la responsabilidad internacional que se deriva de los compromisos adquiridos por el Estado con otras naciones del mundo al suscribir esta clase de instrumentos internacionales con naturaleza de tratado internacional, de conformidad con la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados³, celebrada en el mes de mayo de 1969 y con vigencia desde el 27 de enero de 1980 (República de Colombia, Congreso de la República, 1985).

En efecto, de conformidad con lo previsto por el artículo 93 de la Constitución, “*los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”, lo que ha dado lugar a la introducción del concepto de bloque constitucionalidad, que la Corte Constitucional ha entendido como una unidad jurídica compuesta por “*...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución...*” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Por virtud de lo dispuesto en el citado artículo, así como también en el artículo 94, es evidente que las normas sobre derecho de acceso a la información pública que se consignan tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, hacen parte del bloque de constitucionalidad y tienen al menos el carácter de norma constitucional, bien para ser aplicada de preferencia a cualquier otra norma interna, bien para interpretar los alcances de las normas regulativas de los derechos correspondientes.

Así mismo, la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento en que pueda incurrir respecto de los compromisos adquiridos debidamente con la comunidad internacional, se ha considerado como uno de los puntos clave para resolver los problemas de jerarquía jurídica en las relaciones que se producen en el derecho interno, cuando los Estados incorporan la normatividad internacional. Rousseau (1966, pág. 19) y Verdross (1976, pág. 114), por ejemplo, han considerado que la primacía del derecho internacional se halla certificada, de hecho, por la referida institución de la responsabilidad internacional del

² La positivización de los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ha sido considerada una de las vías para reconocer y fundamentar la existencia de los denominados derechos humanos. (Bobbio, 1981, pág. 133).

³ Este Convenio dispone en el artículo 2º, 1: “a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”. Del mismo modo, el artículo 5º, expresa : “La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización”. Consultado en: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.

Estado, y la Corte Constitucional la ha destacado como un verdadero principio constitucional (Corte Constitucional , sentencia C-400, 1998).

Existen entonces referentes jurídicos adicionales a la Constitución y a las leyes que regulan el derecho de petición de acceso a la información pública, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de definir la norma aplicable a los casos concretos en los que se ejerce o se pretende ejercer dicho derecho. El mismo Consejo de Estado colombiano ha reconocido que los instrumentos internacionales mencionados son parte de la normatividad aplicable hoy a los asuntos sobre derecho de petición (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2015).

Con lo anterior sólo se ha planteado la necesidad de que la norma internacional sea tenida en cuenta en las discusiones dogmáticas acerca de las reglas que deben regir los casos concretos; aún no se dice nada respecto de la forma como lo hace y de qué modo ello podría variar las conclusiones que se desprenden de la aplicación de las disposiciones nacionales con base en los criterios tradicionales de aplicación del derecho.

Una consecuencia jurídica de la naturaleza de derecho humano del acceso a la información pública: el principio *pro homine*

La aplicación del derecho internacional en el derecho interno no es sólo un asunto de uso de ciertas normas producidas en el seno de una comunidad internacional, sino también de todo un sistema jurídico que tiene sus propios principios, reglas y criterios de aplicación, en razón de que entre las mismas normas de ese sistema, como entre éstas y las nacionales, pueden presentarse conflictos normativos que deben ser objeto de solución. Para la resolución de este tipo de problemas, el derecho internacional público se vale también de los criterios tradicionales de temporalidad, jerarquía y especialidad (Fernandez, 1996), a los cuales se suman otros de especial vigencia en ese ámbito, cuando se trata de ciertos asuntos considerados como valiosos, tal cual es el caso de los derechos humanos.

Para lo que concierne al tema de estudio, uno de los criterios de interpretación y aplicación que mayor trascendencia ha logrado en las últimas décadas en el ámbito de los derechos humanos es el llamado principio “*pro homine*”, que ha sido entendido por la doctrina especializada como “... *un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria ...*” (Pinto, 1997, pág. 163).

Este es un principio consagrado positivamente en los instrumentos internacionales que reconocen el derecho humano de acceso a la información pública. El Pacto lo hace en el

artículo 5 y la Convención Americana lo hace en el artículo 29. Ambos son coincidentes en el sentido de que debe apelarse a la norma internacional o nacional, independientemente de cuál sea su jerarquía, que mejor proteja el disfrute del derecho en cuestión, lo que se traduce en términos mucho más conocidos en una regla de favorabilidad tanto para la selección de la norma aplicable, como para su interpretación y aplicación. Así lo ha entendido la doctrina, cuando ha señalado que la utilización del principio *pro homine* se traduce en la utilización de tres reglas específicas: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable y la interpretación con sentido tutelar (Henderson, 2004, pág. 99 ss).

La misma jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizado de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado el sentido de este principio indicando que “...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (sic). Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce” (Corte interamericana de Derechos Humanos, 1985).

La actual concurrencia normativa en la regulación del derecho de acceso a la información pública en Colombia, en particular, sobre el mecanismo de impugnación de la denegación de la información

En la actualidad, el derecho de acceso a la información pública aparece regulado en diversas normas jurídicas, todas ellas vigentes y con vocación de ser aplicadas a los casos en que se controvierte este específico derecho. Por un lado, se encuentra la Ley Estatutaria 1712 de 2014 -LETDAIP-, que contiene una regulación especial e integral del derecho de petición de información y cuyo proyecto fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-274 de 2013; por el otro, la Ley Estatutaria 1755 de 2015, mediante la cual se reguló el derecho fundamental de petición y se sustituyó el título II del CPACA. El proyecto que dio lugar a esta ley fue objeto de control por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-951 de 2014.

Son al menos dos normativas que, en puntos críticos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, contienen regulaciones diferentes. Uno de los más llamativos – y sobre el que se hará el análisis- es el relativo a los mecanismos que los titulares del derecho tienen a disposición para impugnar las decisiones negativas de acceso a la información, sobre todo cuando la administración pública alega la condición de reservados de algunos documentos.

El artículo 23 del derogado Código de Contencioso Administrativo de 1984 preveía que las decisiones sobre derechos de petición de información estarían sujetos a los recursos y acciones previstas en dicho Código, lo que implicaba que la negativa a la información se controvertiría mediante la utilización de los recursos de reposición y apelación, cuando fuera caso, bajo las condiciones de agotamiento de la vía gubernativa de cualquier asunto corriente de la administración. En este punto concreto el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 produjo sustanciales cambios, en la medida en que no sólo dispuso el deber de la administración de motivar su decisión negativa de acceso a la información, sino que también creó un mecanismo extraordinario de impugnación de esa clase de decisiones, determinando que en los casos de insistencia del peticionario era la jurisdicción contencioso administrativa la competente para decidir sobre dicho asunto, mediante un procedimiento breve que tiene una duración de diez días hábiles.

El mecanismo de insistencia antes anotado también fue previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- (República de Colombia, Congreso de la República, 2011), sobre el que recayó la declaratoria de inexequibilidad ordenada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2011. Del mismo modo, y en términos sustancialmente equivalentes, el mecanismo aparece recogido en los artículos 25 y 26 de la LEDP No. 1755 de 2015.

En esta última normativa, la decisión negativa de acceso a la información pública no es susceptible de recursos de la vía gubernativa, sino del mecanismo extraordinario de la insistencia; ello supone que después de una decisión con un contenido tal, la competencia para decidir tanto sobre el carácter reservado de las información como del derecho de acceso por parte del peticionario, es del juez o tribunal administrativo que corresponda.

Los términos en los que se regula la impugnación de las decisiones negativas de acceso a la información pública en la LETDAIP No. 1712 de 2014 es visiblemente distinta a las anteriores, pues el artículo 27 de esta ley reedita la exigencia del recurso de reposición para toda clase de decisiones de este tipo, a la vez que establece para efectos del uso del mecanismo extraordinario de la insistencia una diferencia entre los distintos supuestos de reserva legal, para ordenar que en los casos de invocación de la reserva por motivos de seguridad y defensa nacional o de relaciones internacionales, se activará el mecanismo de la insistencia en los términos ya descritos, mientras que en los casos de invocación de otro tipo de reserva (como las relativas a la intimidad y a la infancia y la adolescencia, entre otras) será procedente la acción de tutela; en los dos eventos, cabe reiterar, previamente se exige el uso del recurso de reposición.

Las condiciones para el ejercicio del derecho fundamental de petición de información se muestran diferentes y relevantes en ambas regulaciones, las cuales se pueden definir en términos de mayor y menor protección, si se tiene en cuenta el impacto que la resolución del recurso de

reposición puede tener sobre la prontitud de la respuesta a las peticiones, que se ha considerado como parte de su núcleo esencial. El problema se puede describir del siguiente modo:

El peticionario de una información que reposa en la hoja de vida de un coronel del Ejército Nacional, recibe de parte de la dependencia competente de este organismo una respuesta indicando el carácter reservado que tiene dicha información y los documentos que la respaldan, por tener relación directa con la defensa y seguridad nacional, además por la posibilidad de causación de daños a la intimidad del oficial, todo ello de acuerdo con lo que disponen los artículos 18 y 19 de la LETDAIP No. 1712 de 2014.

De aplicarse la LEDP No. 1755 de 2015, el peticionario tiene la vía de insistir en la entrega de la información, caso en el cual la entidad gubernamental debe poner en manos de la jurisdicción contencioso administrativa el asunto para que defina lo relativo al derecho de acceder o no a la información pedida. El trámite, como ya se dijo antes, es breve y no debe demorar más de diez días hábiles, término que sólo se interrumpe en eventos puntuales, como cuando se requiere la remisión de copias para la decisión por parte del juez.

Ahora bien, de aplicarse la LETDAIP No. 1712 de 2014, la decisión negativa sobre la información comentada conlleva para el peticionario que tiene interés en ella la interposición de un recurso de reposición en los términos del CPACA (artículo 74), que implica una solicitud de reconsideración ante la misma autoridad que le ha negado la información para que la modifique, adicione o revoque, y cuya resolución puede extenderse por un plazo de dos meses, si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 86 del mismo Código sobre el silencio administrativo en materia de recursos.

Entiendo que el silencio administrativo, que en este caso es negativo, tiene como una de sus razones habilitar al peticionario para utilizar otros mecanismos de controversia de la decisión administrativa, tal como se desprende de los dispuesto en los artículos 74, 76, 86 y 164.1.d) del CPACA, sólo después de que transcurran los dos meses mencionados, puede presentar, según el motivo de la reserva invocada por la administración, el recurso de insistencia o la acción de tutela, los cuales sí tienen una resolución pronta, en tanto deben ser decididos por el juez en el término de diez días.

De esa manera, con respecto a una decisión administrativa que niega el acceso a una información, lo que de conformidad con una normativa –LEDP No. 1755 de 2015- debe ser resuelto en un término breve de diez días, en la otra - LETDAIP No. 1712 de 2014- se puede extender hasta dos meses y diez días hábiles más, todo por efectos del requisito previo del recurso de reposición, que en estos eventos deja de tener el carácter facultativo que normalmente se le reconoce. Esta comparación muestra que la primera normativa protege mejor el ejercicio del derecho que la segunda.

Los criterios tradicionales de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en materia de acceso a la información pública y la introducción del principio *pro homine*

Teniendo en cuenta lo anterior, se constituye en una necesidad dogmático-jurídica la definición de la regla aplicable a los asuntos que se relacionan con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues se pudo observar que en lo que respecta a los mecanismos que el peticionario puede utilizar para controvertir las decisiones negativas de los sujetos obligados a satisfacer ese derecho, tales reglas ofrecen soluciones diferentes.

Utilizando los criterios tradicionales para dirimir este tipo de problemas (que básicamente se refieren a la temporalidad, la especialidad y la jerarquía), aceptados generalmente por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina colombianas, la conclusión a la que se podría llegar es que este tipo de asuntos deben ser definidos de conformidad con la LETDAIP No. 1712 de 2014. Esta ley tiene el carácter de ley estatutaria, tal cual lo es la LEDP No. 1755 de 2015, pero posee el agregado de haber sido concebida especialmente para regular la modalidad del derecho fundamental de petición de acceso a la información pública, lo que la hace prevalente sobre la ley general del derecho de petición. Esta es una conclusión que se encontraría acorde con la lógica jurídica y con los cánones de aplicación usualmente aceptados en Colombia (República de Colombia, Ley 57, 1887, art. 5).

Sin embargo, ya antes se indicó que el derecho de acceso a la información pública no sólo aparece consagrado en las normas nacionales del país, sino también en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido suscritos debidamente por Colombia de conformidad el derecho internacional público. Esto hace que la fuente internacional, así como sus cánones de interpretación y aplicación, entren a formar parte del menú normativo a ser tenido en cuenta por los sujetos obligados y los jueces a la hora de resolver los asuntos que tengan relación con este derecho. En materia de derechos humanos uno de esos cánones es el principio *pro homine*, que se desenvuelve justamente en escenarios de concurrencia normativa y en tales casos ordena la utilización de las normas vigentes que mayor protección otorguen al derecho en cuestión.

Como ya se ha visto, la LETDAIP No. 1712 de 2014, que es la llamada por los cánones tradicionales a regular todo lo concerniente al derecho de petición de información pública, prevé la carga de interponer un recurso de reposición contra la decisión que niega el acceso a la información, que torna exageradamente tardía la satisfacción del derecho; ello si se la compara con lo que sobre el mismo punto prevén otras normas vigentes, que disponen la activación de mecanismos jurisdiccionales de pronta resolución. Entre las varias posibilidades que ofrece, el principio *pro homine* dispone que en tales casos se elija la disposición –no importa su naturaleza jurídica o su jerarquía- que genere la situación más favorable al ser humano o que mejor proteja el ejercicio del derecho, y ello claramente, en el

caso que se está tratando, supondría apelar a la normatividad general que se prevé en la LEDP No. 1755 de 2015.

Bajo esa premisa, las decisiones de los sujetos obligados que, en general, tengan un contenido negativo con respecto al acceso a la información solicitada, no requieren la utilización de mecanismo de impugnación diferente al jurisdiccional, expresado en el recurso de insistencia, o en la acción de tutela, según sea el caso. El asunto de si debe ser sólo el primero en todos los casos, o el uno y el otro de acuerdo con las diferencias que previó la LETDAIP No. 1712 de 2014 por el tipo de reserva invocada, es algo que excede los propósitos del presente estudio, dada las características que puede revestir en estos casos el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas jurídicas. Lo más importante que cabe resaltar a este respecto es que cualquiera de estos mecanismos supone la participación de los jueces en definición del derecho, con la prontitud que es exigida constitucionalmente para su satisfacción.

El principio de proporcionalidad como herramienta intrínseca a la operatividad de las restricciones al derecho de acceso a la información pública

Una de las novedades que trae la ley en materia de derecho de petición de información es la reiterada invocación del parámetro de la proporcionalidad para legitimar las restricciones al citado derecho fundamental (República de Colombia, LETDAIP 1712, 2014, arts. 3,4 y 28). En las decisiones de la Corte Constitucional mediante las cuales se hizo el control de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria que regulan este derecho, se advierte una tendencia similar a privilegiar el razonamiento con base en el principio de proporcionalidad, explicitando los pasos que debe surtirse para cumplir con los requisitos constitucionales exigidos para la limitación de derechos de tal importancia (Corte Constitucional de Colombia, 2013) (Corte Constitucional, sentencia C-951, 2014).

El principio de proporcionalidad no es ninguna novedad en el derecho colombiano. Si bien no tiene una consagración constitucional explícita en la Carta de 1991, sí la tiene como principio implícito sustentado en varias disposiciones constitucionales (artículos 1, 2, 5, 6 y 214) (Corte Constitucional, sentencia C-822 , 2005), así como en el modelo de organización política del Estado constitucional de derecho (Lopera & Arias, 2010, pág. 173).

En la actualidad, además del profuso reconocimiento jurisprudencial que ha tenido desde 1992 (Corte Constitucional, sentencia C-872, 2003), el citado principio ha logrado explicitud al nivel de ley estatutaria (República de Colombia, LETDAIP 1712, 2014, art. 28) (Corte Constitucional de Colombia, 2013), sumado a lo cual es una consecuencia de la vigencia de las normas internacionales sobre derechos humanos y de la jurisprudencia que los órganos de control en ese ámbito producen con base en dicha herramienta de interpretación y aplicación del derecho.

Sin entrar en el detalle de las múltiples discusiones que suscita el principio de proporcionalidad, ante todo con respecto a su uso y alcances en el derecho administrativo (Barnes, 1998, pág. 15 ss) (Sarmiento, 2007), se puede percibir que tratándose del derecho de acceso a la información pública, tanto la norma legal como la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha producido con relación a ella, se sintonizan plenamente con los desarrollos teóricos producidos en las últimas décadas en el continente europeo, especialmente en Alemania de la mano del profesor Robert Alexy, que ha mostrado todo el alcance y las bondades de esta metodología de aplicación del derecho en contextos en los que rige el modelo de Estado constitucional de derecho y la garantía de la protección de los derechos fundamentales (Alexy R. , 2008). La alusión que permanentemente se hace de las etapas que deben surtirse para aplicar debidamente esta herramienta teórica confirma este aserto (Corte Constitucional de Colombia, 2013) .

En efecto, en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, una de las distinciones conceptuales más importantes es la que se hace entre reglas y principios, categorías en las que se encuadra cualquier norma jurídica (Alexy R. , 2008, pág. 67). Mientras que las reglas contienen mandatos definitivos que deben cumplirse incondicionalmente, los principios contienen mandatos sólo *prima facie*, es decir, mandatos de optimización que “ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy R. , 2009, pág. 95), éstas últimas que vienen determinadas por los principios que juegan en sentido contrario, para lo cual es forzosa la utilización del principio de proporcionalidad (Alexy R. , 2008, pág. 91); de esa manera, autor descarta la posibilidad de que exista principio alguno con validez absoluta sobre los demás.

En dicha teoría, los derechos fundamentales tiene la estructura de los principios (Alexy R. , 2002, pág. 13), lo cual implica que la definición de su precedencia con respecto a otros principios y derechos debe pasar previamente por el filtro de los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad, esto es, los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy R. , 2009, pág. 101).

El contenido y alcance de cada uno de estos subprincipios ha sido objeto de múltiples reflexiones en los distintos ámbitos del derecho (Alexy, 2011, pág. 13 ss). En el caso del derecho administrativo, Sarmiento asigna al subprincipio de idoneidad (que denomina de “adecuación”) el sentido de que la medida administrativa debe ser un medio coherente para conseguir el fin perseguido (Sarmiento, 2007, pág. 170); en tanto que el subprincipio de necesidad hace referencia a que dicha medida debe ser la menos lesiva para los intereses particulares entre todos los que pudieron ser elegidos por la administración (Sarmiento, 2007, pág. 190). Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad hace alusión a un balance entre los medios y los fines, a partir del cual se valoran los beneficios que tendrá el interés

general perseguido por la administración con respecto a los sacrificios que va a tener el derecho en cuestión (Sarmiento, 2007, pág. 206).

El fundamento central del principio de proporcionalidad se sitúa en la idea de que los derechos individuales no pueden ser sacrificados por principios y bienes colectivos (como el interés general, las necesidades del servicio, la moralidad pública, entre otros) a partir de la consideración de éstos como valores que tienen prioridad absoluta sobre aquellos: “*los derechos deben ceder ante los bienes colectivos sólo cuando la precedencia de un bien colectivo ‘pueda fundamentarse a la luz de principios’*” (Alexy, 2009, pág. 133); y ese peso sólo puede determinarse definitivamente a partir de un análisis contextual basado en el principio de proporcionalidad, mediante el cual se logre precisar si la medida establecida por la administración destinada a satisfacer el interés general es lo suficientemente urgente y necesaria para legitimar el sacrificio de un derecho fundamental.

Visto de esa manera, el principio de proporcionalidad está concebido como una estructura analítica que permite constatar hasta dónde una restricción impuesta por la autoridad resulta tolerable en un modelo constitucional que apuesta por la protección de los derechos fundamentales (Lopera & Arias, 2010, pág. 103). Es, sin más, un esquema argumentativo orientado a establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales en todos aquellos casos en los que entran en tensión con otros valores constitucionales o bienes colectivos de imperiosa consecución por parte del Estado (Lopera & Arias, 2010, pág. 104).

Si se leen cuidadosamente los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana con respecto al principio de proporcionalidad, se puede advertir que el uso que regularmente da al mencionado principio es sustancialmente coincidente con el que ha sido desarrollado por la teoría especializada sobre el tema (Cepeda, 2008, pág. 133 ss), al menos desde su perspectiva alemana, que se condensa plenamente en los textos de Robert Alexy, como ya se anotó (Stone & Matthew, 2013, pág. 185 ss). Ello permite afirmar que dicho principio es asumido en la ley y en la jurisprudencia colombianas a la manera de una herramienta teórica para resolver los conflictos y las tensiones que se generan entre los derechos y principios constitucionales propios de una Carta pretendidamente democrática y pluralista, además de fundada en el respeto de los derechos fundamentales. Ante todo, parte del presupuesto de que los derechos y los principios, cualquiera sea su naturaleza, no pueden ser asumidos como valores absolutos.

Teniendo en cuenta lo anterior, cobran sentido las diferentes reglas de la LETDAIP No. 1712 de 2014, que disponen sobre el contenido del derecho de acceso a la información pública (art. 4) y sobre sus excepciones, ante todo las que aparecen en el Título III; las previsiones que se refieren a las condiciones de toda respuesta a los derechos de petición de información (art. 26); y, por supuesto, todas aquellas que hacen alusión a la proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones que se consideren indispensables al

mencionado derecho (arts. 3, 4 y 28). Estas reglas conforman un marco normativo que sustenta y además hace indispensable el uso del principio de proporcionalidad.

El artículo 4 de la LETDAIP No. 1712 de 2014 dispone que el acceso a la información sólo puede ser restringido excepcionalmente, de acuerdo con la ley y la Constitución y con los principios de una sociedad democrática; por su parte, el artículo 6 define que en los casos de la información pública clasificada y reservada, su acceso puede ser negado siempre que se trate de circunstancias legítimas y necesarias y bajo los requisitos que establecen los artículos 18 y 19 de la misma ley, los cuales determinan, coincidentemente, que toda denegación de la información exceptuada debe producirse mediante acto escrito motivado y justificado en las circunstancias que se enlistan taxativamente para cada caso en ambas disposiciones. En sintonía con los anteriores, el artículo 26 determina de un modo más preciso las condiciones que deben reunir los actos que resuelven derechos de petición, ordenando que sean escritos, motivados, oportunos, veraces y actualizados.

Por último, el artículo 28 cierra el cuadro de los elementos protectores del derecho de acceso a la información pública, estableciendo no sólo una carga probatoria a favor del derecho a la información, sino también los requisitos que deben cumplirse por los sujetos obligados para probar y justificar que las limitaciones a tal derecho son legítimas, necesarias y proporcionales. Si se nota bien, la misma disposición legal se ocupa de prescribir las fases que deben satisfacerse para considerar válida la restricción al derecho, que no son otras que las propias del principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional refuerza este punto, al señalar que:

Los límites al derecho de acceso a la información sólo serán constitucionalmente legítimos si tienen la finalidad de proteger derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos como (i) la seguridad nacional, (ii) el orden público, (iii) la salud pública y (iv) los derechos fundamentales y si además resultan idóneos (adecuados para proteger la finalidad constitucionalmente legítima) y necesarios para tal finalidad (principio de proporcionalidad en sentido estricto), es decir, **las medidas que establecen una excepción a la publicidad de la información pública deben ser objeto de un juicio de proporcionalidad** (Corte Constitucional de Colombia, 2013). (Negrillas fuera del texto).

¿Qué consecuencias se desprenden de la notoria apuesta legislativa y jurisprudencial por el principio de proporcionalidad, como metodología analítica para verificar la validez de las restricciones que se pueden imponer al derecho de acceso a la información pública?

Entre las múltiples consecuencias hay dos que se pueden relatar, porque además tienen un sentido práctico muy importante en el ámbito del derecho administrativo y en lo que respecta a la definición del derecho en cuestión, bien en la sede administrativa, bien en la jurisdiccional.

La primera es que la metodología que suministra el principio de proporcionalidad ha ganado valor de dispositivo reglado de toda decisión administrativa que produzca efectos restrictivos al derecho fundamental de acceso a la información pública. Esto significa que

dado que la misma ley prescribe concretamente los pasos y acciones que deben cumplirse para adoptar una decisión negativa sobre una solicitud de información (República de Colombia, LETDAIP 1712, 2014, art. 28), cada uno de esos pasos, que no son otros que los propios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), tienen carácter vinculante y ese carácter puede ser declarado por un juez o tribunal mediante la determinación de la sanción correspondiente.

Más específicamente, cabe observar que en este punto el principio de proporcionalidad se introduce como un dispositivo reglado, propiamente ubicable en los elementos formales de la decisión administrativa, que de no cumplirse podría acarrear su anulación por causales tradicionales del derecho administrativo colombiano como la infracción a la norma fundante y la expedición irregular, sin descartar la posibilidad de configurar una insuficiente motivación y la vulneración del derecho de defensa (República de Colombia, Ley 1437, 2011, art. 137)⁴.

Una segunda consecuencia, que se desprende lógicamente de la anterior, es que la motivación de los actos denegatorios de la información solicitada, no puede reducirse simplemente a la invocación de la norma constitucional o legal que establece el carácter reservado de la misma, tal como parece darlo a entender el artículo 25 de la LEDP No. 1755 de 2015, sino que tiene que profundizar además en los aspectos que permiten acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción, en al menos dos sentidos: el primero, referido a la subsunción del caso concreto en alguno de los supuestos o circunstancias tipificadas legalmente en los artículos 18 y 19 de la LETDAIP No. 1712 de 2014 (el derecho a la intimidad, la defensa y la seguridad nacional, la salud pública, etc.); el otro, en la justificación de la medida en términos de ofrecer los elementos argumentativos suficientes para reconocer que, en el caso concreto, la denegación de la información debe ceder ante un bien colectivo de mayor importancia, por ser idónea, necesaria y para cumplir objetivos de urgente consecución si se los compara con los beneficios que obtendría la satisfacción del derecho fundamental a la información.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-274 de 2013, destaca en ese mismo sentido el contenido de la motivación de los actos denegatorios del derecho de acceso a la información pública, indicando que:

A pesar de que el texto del artículo 19 no expresa tales criterios ni cualifica la motivación que debe presentar el sujeto obligado, la carga probatoria que debe cumplir éste, fue expresamente recogida en el artículo 29 de este proyecto. Por ello, el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo.

⁴ Para el derecho francés, se ha demostrado cómo las categorías tradicionales utilizadas para el control de los actos administrativos son finalmente aplicaciones del principio de proporcionalidad. (Philippe, 1998).

Además de la exigencia constitucional y legal verificada en este caso, la motivación cualificada cuando se trata de decisiones negativas al acceso a la información pública, es un efecto forzoso de la operación de normas jurídicas que, como la LETDAIP No. 1712 de 2014, estructuran las excepciones a tal derecho a partir de conceptos indeterminados (defensa y seguridad nacional, seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad macroeconómica y financiera del país, salud pública, intimidad, entre otros), cuya amplitud y vaguedad sólo puede salvarse a partir de la utilización de metodologías analíticas que permitan en los casos concretos, definir qué es lo prohibido, ordenado o permitido a la autoridad pública, cuando de lo que se trata es de limitar un derecho fundamental cuyo ejercicio es planteado como una regla general, tanto por la Carta Política (art. 74) como por la ley (arts. 2 y 28 de la LETDAIP).

En la sentencia C-274 de 2103, la Corte Constitucional advirtió incluso que una primera mirada del artículo 19 de la ley en referencia, que hace alusión a la información exceptuada por daño a intereses públicos, permite evidenciar la utilización de conceptos genéricos e indeterminados que pueden conllevar la vulneración del derecho de acceso a la información pública. Sólo a partir de una lectura sistemática de esta disposición con otras incluidas en la misma ley, le permitió a esa corporación deducir su constitucionalidad, bajo el entendido de que las circunstancias que permiten la excepción al derecho estén debidamente sustentadas y probadas por el sujeto obligado, en condiciones que sólo puede proveer un derrotero basado en el principio de proporcionalidad.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad juega en la operatividad del derecho de acceso a la información pública el papel de un presupuesto para: i) la definición administrativa del derecho y, ii) para el control judicial de la actuación administrativa.

En el primer caso, la administración pública, y en general cualquier sujeto obligado, tiene el deber de construir cuidadosamente su decisión a partir de registros que demuestren que en el diseño de la misma se tomaron todas las medidas para reducir el daño por la falta de efectividad del derecho, y que no fue más allá de lo que era estrictamente necesario para procurar una finalidad legítima, a sabiendas de que tal decisión será objeto de verificación judicial mediante el análisis de proporcionalidad.

En el segundo, porque el imperativo legal de la proporcionalidad se constituye en uno de los parámetros de control que debe utilizar el juez en estos casos, esto es, en una pieza clave dentro de la caja de herramientas a su disposición para enjuiciar la medida administrativa y, por consiguiente, en el instrumento por excelencia para motivar de su sentencia.

Todo lo anterior significa que las decisiones relacionadas con el derecho de acceso a la información pública se han tornado complejas en los ámbitos tanto administrativos como judiciales. *Ya no es suficiente una respuesta motivada con la simple indicación de la norma*

legal que avala la reserva; tampoco lo es una revisión judicial que no profundice sobre los alcances que tal decisión tiene con respecto al ejercicio del derecho en el caso concreto, sopesando los intereses que entran en colisión, la urgencia de los mismos y los beneficios que se persiguen comparados con los sacrificios exigidos al ciudadano.

Podría afirmarse que, para el ámbito del derecho administrativo y en consonancia con el modelo de Estado constitucional que aún impera en el derecho colombiano, el legislador ha implantado un marco jurídico para el acceso a la información pública menos deferente hacia los poderes públicos y más garantista de los derechos fundamentales allí comprometidos. La positivización expresa del principio de proporcionalidad así lo demuestra, dado que su operatividad plasma como punto de partida un profundo respeto por los derechos, si bien puede conducir a evidenciar la legitimidad de su limitación por otros valores y principio constitucionales.

El papel del principio de proporcionalidad en la motivación de las decisiones administrativas que restringen el derecho de acceso a la información

A propósito de lo esgrimido anteriormente, una de las más importantes características que se pueden advertir de la LETDAIP No. 1712 de 2014 es su apuesta por una regulación del derecho a la información como regla general y de la reserva como una excepción con un carácter cada vez más restringido. Esta idea, que parece de Perogrullo según la lectura del artículo 74 de la Carta Política, en realidad tiene un correlato novedoso en la nueva ley y en la jurisprudencia de la Corte producida a partir de la misma, en términos de que la reserva ya no se concibe como un fin en sí mismo sino como un medio que permite la protección de derechos y bienes constitucionales de valiosa consecución por el Estado.

No de otra manera se puede explicar que la reserva por la reserva sea insuficiente para legitimar la restricción al acceso a la información y que adicionalmente el sujeto obligado tenga la carga de probar otros aspectos contextuales de la reserva, para demostrar que su actuación es proporcional y razonable con respecto al ejercicio de este derecho humano y fundamental.

Apoyándose en el derecho internacional de los derechos humanos y en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha puesto de presente este punto, al señalar:

Las restricciones al derecho deben (i) estar fijadas por la ley. (ii) Perseguir un fin legítimo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (tales como los señalados en el artículo 13 de la CADH: [...] la seguridad nacional, [...]). Específicamente, en esta materia el Principio 8 de los Principios de Lima establece que las restricciones al derecho de acceso por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. (iii) La negativa del Estado de suministrar información que le es solicitada debe ser proporcional para la protección de ese fin legítimo protegido y debe ser necesaria en una

sociedad democrática. (iv) La negativa a suministrar información debe darse por escrito y ser motivada. (v) La limitación al derecho de acceso debe ser temporal y/o condicionada a la desaparición de su causal. (Corte Constitucional, sentencia C-540, 2012)

Estas subreglas jurisprudenciales permiten colegir que toda decisión que restrinja total o parcialmente el acceso a la información solicitada por una persona, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley para su presentación, debe satisfacer una serie de condiciones de índole tanto formal como sustancial, las cuales se pueden reconducir a elementos del acto administrativo, en la medida en que tal decisión reúne todos los rasgos de esta institución del derecho administrativo, es decir, ser una declaración unilateral de voluntad que produce efectos jurídicos, en este caso con contenido negativo, en consideración a lo cual puede ser impugnada gubernativa y jurisdiccionalmente mediante los procedimientos establecidos por la ley para dicho efecto.

Los elementos formales están referidos a la exigencia de que las decisiones desestimatorias de la información consten por escrito (no importa la denominación que se le dé al acto, bien sea mediante resolución o carta), y que dentro de los aspectos que allí se contenga exista uno que se ocupe de explicar los motivos de tal negativa. Se pueden considerar como simplemente formales, porque el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos puede viciar el acto, por lo menos, por expedición irregular.

Los elementos sustanciales se muestran en este punto mucho más complejos y exigentes, en razón de su conexión con el deber que tiene el sujeto obligado de proveer una motivación que muestre la causa y la finalidad que sustenta su decisión y que, a la larga, se ocupe de ofrecer y relacionar los elementos estructurales del principio de proporcionalidad.

En efecto, partiendo del presupuesto de que la reserva al acceso a la información es un medio para la protección de otros bienes constitucionales que debe estar previamente autorizado por ley, entonces el sujeto obligado debe en la motivación:

- i) Informar la norma de rango legal que le da el carácter reservado a la información solicitada. Esta norma puede considerarse como parte de los motivos o antecedentes jurídicos que sustentan la decisión.
- ii) Justificar por qué, para el caso concreto, la reserva legal aludida procura la protección efectiva de otro u otros derechos y/o bienes colectivos constitucionalmente valiosos. La particularidad que ofrece la LETDAIP No. 1712 de 2014 es que provee la lista de estos derechos y bienes colectivos, a la manera de circunstancias, en los artículos 18 y 19. La situación problemática que puede hallarse en este punto consiste en determinar si estos bienes o derechos constitucionales son los únicos que pueden justificar la restricción de acceso a la información.

De este modo, el sujeto obligado no puede fundamentar la efectividad de la reserva legal en cualquier bien o derecho constitucional, sino sólo en aquellos que han sido tasados por el legislador en estas disposiciones estatutarias; de hacerlo, se podría configurar la denominada desviación de poder, por cuanto estarían persiguiendo un objetivo contrario al establecido en la ley.

Si se observa, la justificación a la que apunta este caso tiene relación con el elemento teleológico del acto administrativo, en tanto muestra explícitamente el objetivo que persigue la decisión negativa a la información. A la vez, tal justificación se introduce en la satisfacción del primero de los juicios del principio de proporcionalidad, propiamente en el de idoneidad o adecuación, pues es un primer enlazamiento del medio con la finalidad constitucional que se procura proteger.

En las fases siguientes, el sujeto obligado tiene el deber de ofrecer un análisis de su decisión con base en los dos restantes pasos del principio de proporcionalidad, para demostrar la proporcionalidad y razonabilidad de la restricción al derecho que su decisión conlleva. Por eso, en tal evento el análisis llena de contenido el elemento causal y al mismo tiempo el elemento teleológico del acto administrativo.

iii) Explicar por qué la reserva legal es el medio necesario para lograr la protección de los bienes o derechos constitucionales, bien porque no existen otros medios, bien porque los que existen no son efectivos para lograr tales propósitos. En este sentido, tal como lo ha planteado la doctrina, debe hacerse un juicio comparativo, en el ámbito de lo fáctico, en el que se expliciten todos los medios que están al alcance del sujeto obligado, pues todo gira en torno a la existencia de una medida posible que resulta menos gravosa para el derecho de acceso a la información (Sarmiento, 2007, pág. 191).

iv) Por último, en aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, le corresponde mostrar la relación entre el grado de restricción del derecho de acceso a la información pública y el peso de las razones que la justifican, es decir, la prioridad que para el caso concreto deben tener otros bienes y derechos constitucionales. Alexy plantea en ese sentido que lo que se intenta en este momento del análisis es de ponderar los intereses en juego, pues “*cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*” (Alexy, 2009, pág. 66). Es un problema de fundamentación y de argumentación con respecto a las razones que el sujeto obligado pueda esgrimir a favor de los derechos o bienes constitucionales (vg: la seguridad nacional, la salud pública, el derecho a la intimidad, etc.) que juegan en el sentido contrario al del acceso a la información y que les daría prioridad en el caso concreto.

Conclusión

Las leyes estatutarias que actualmente regulan el derecho de acceso a la información pública en Colombia suponen cambios estructurales a la manera como tradicionalmente se operan las disposiciones que consagran tanto su ejercicio como derecho fundamental, como sus posibilidades de restricción por parte de las autoridades públicas.

Por lo pronto se vislumbran dos cambios esenciales: el primero, relativo a la necesidad de que se involucren criterios de interpretación y aplicación provenientes del sistema internacional de protección de los derechos humanos, en particular el principio *pro homine*, el cual introduce reglas de favorabilidad para resolver conflictos entre normas, así como también para definir la importancia material de los derechos y/o bienes colectivos que en los casos concretos pretenden prevalecer sobre el derecho acceso a la información pública.

El segundo, relacionado con la motivación de las decisiones que niegan el acceso a la información; esta motivación se torna especialmente exigente para las autoridades, al descartar su cumplimiento con el simple señalamiento de la norma legal que dispone su reserva y prescribir un modo de justificación basado en la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Referencias

- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 21-41.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *revista Española de Derecho Constitucional*, 13-64.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2 ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*(91), 11-29.
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, 15-49.
- Bobbio, N. (1981). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.

- Cepeda, M. (2008). La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. En E. Montealegre, *La ponderación en el derecho* (págs. 133-185). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. (28 de Enero de 2015). *Concepto*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia T-605*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia C-400*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-067*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-872*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-822*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-491*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-748*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-818*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-540*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-274*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-832A*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C-951*. Bogotá.
- Corte interamericana de Derechos Humanos. (1985). *Opinión consultiva OC-5/85*. San José de Costa Rica : 1985.
- Fernandez, C. (1996). *La interpretación de las normas internacionales*. Pamplona: Aranzadi.
- Ferrajoli , L. (2001). *los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derecho humano en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista del IIDH*(39), 71-99.
- Lopera, G., & Arias, D. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

Organización de las Naciones Unidas . (1966). *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*.

Philippe, X. (1998). El principio de proporcionalidad en derecho público francés. *Cuadernos de Derecho Público*(5), 255-272.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de herenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, Martín, Courtis, & Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS - Editorial Del Puerto* (págs. 163-172). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.

República de Colombia, Congreso de la República. (1887). *Ley 57*. Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (1968). *Ley 74* . Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (1985). *Ley 32*. Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (2011). *Ley 1437*. Bogotá.

República de Colombia, Congreso de la República. (2014). *LETDAIP 1712*. Bogotá.

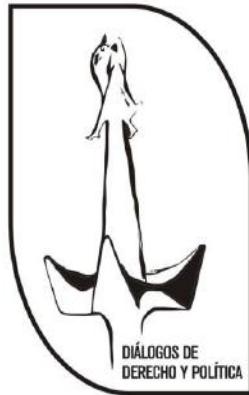
República de Colombia, Congreso de la República. (2015). *LEDP No. 1755*. Bogotá.

Rousseau, C. (1966). *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel.

Sarmiento, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Stone, A., & Matthew, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Verdross, A. (1976). *Derecho internacional público*. Madrid: Aguilar.



Completitud de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil

Juan Pablo Sánchez Trujillo¹

Resumen

El presente artículo pretende describir cuáles elementos de los contratos atípicos deben ser definidos para que la oferta realizada sobre estos pueda ser considerada existente en Colombia, a la luz de los requisitos de existencia del negocio jurídico; específicamente en lo relativo al objeto del mismo. Para ello, se realizará un análisis jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza del contrato atípico y su tipicidad social; la cual podría esbozar una posible solución a la determinación de sus elementos esenciales.

Lo anterior tiene sentido en tanto el artículo 845 del Código de Comercio Colombiano establece que la oferta o propuesta de contratar deberá contener los elementos esenciales del contrato ofrecido. Sin embargo, ha de señalarse que al momento de definir los elementos esenciales de los negocios jurídicos atípicos surge un obstáculo, pues por la naturaleza de atipicidad que tienen estos tipos de contrato, no es clara la aplicación de la regla general aportada por el Código civil para definir los elementos esenciales de un contrato. Siendo así que sólo serían aplicables las normas generales relativas a la existencia y validez del negocio jurídico, situación que da fundamento a la necesidad de plantear una solución teórica y práctica al problema jurídico.

Palabras clave: Negocio jurídico; atípico; oferta; elementos esenciales; existencia; tipicidad.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Privado de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juanpablosanchezt@hotmail.com

Artículo presentado para optar al título de especialista en Derecho Privado de la Universidad de Antioquia.

Citación de este artículo: Sánchez Trujillo, J. P. (2018). Completitud de la oferta del contrato atípico: elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil. *Diálogos de Derecho y Política*. (19). 103-118. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/331285/20787468>

Completitud de la oferta del contrato atípico: Elementos esenciales del contrato atípico como requisito de delimitación del objeto de la oferta mercantil

Introducción

A manera de preámbulo al problema jurídico que se propone, resulta necesario precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1501 del Código Civil "(...) Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)”, lo cual lleva a que surja un problema jurídico dentro del régimen de los contratos atípicos en Colombia, considerando que, por su naturaleza atípica, no es posible establecer que ante la ausencia de uno de sus elementos este devenga en otro tipo contractual, pues se estaría desconociendo la atipicidad del negocio jurídico si se lleva a un tipo contractual la voluntad negocial de las partes. Ello porque la atipicidad del contrato encajaría en el supuesto normativo de un contrato típico, dada su naturaleza atípica, salvo que se esté ante la oferta de un contrato con características típicas y mal denominado atípico, lo cual no es el supuesto que se pretende estudiar.

Por otro lado, tampoco resulta esclarecedor afirmar que los elementos esenciales de los contratos atípicos devengan de la estricta aplicación de la expresión “o no produzca efecto alguno”, puesto que de ser así, bastaría cumplir con los presupuestos generales de existencia y validez del contrato, por lo que los elementos esenciales serían tan genéricos que la oferta del contrato atípico no requeriría determinación precisa de su objeto.

En ese sentido se destaca que los contratos atípicos, por su naturaleza, son negocios jurídicos que tiene como fuente principal la autonomía privada de la voluntad, sin que exista un supuesto normativo específico que regule su contenido, haciendo así que la determinación de los elementos esenciales se dificulte y se deba acudir a su determinación para cada caso en concreto el régimen jurídico aplicable al contrato. Sobre este aspecto, tanto la jurisprudencia, como la doctrina, han diferenciado los contratos absolutamente atípicos de aquellos que, por su reiterado uso en la sociedad, han generado reglas consuetudinarias y sociales para su configuración, las cuales han dado sustento a predicar una tipicidad social que permita determinar mejor el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratación.

Se evidencia entonces la problemática que gira en torno a los elementos esenciales del contrato atípico y que afecta de manera directa la aplicación de lo preceptuado por el artículo 845 del Código de Comercio, el cual establece que “la oferta o propuesta (...) deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario”.

Así las cosas, el problema anteriormente plasmado sugiere un estudio preciso del régimen jurídico de los contratos atípicos, para determinar si a partir de las teorías de la absorción, la combinación, la analogía legis y de la costumbre y la jurisprudencia, existen elementos esenciales para los contratos atípicos, diferentes de aquellos propios de las normas generales de los contratos y las obligaciones (entendidas en el marco de las normas imperativas), los cuales podrían estar originados en la tipicidad social o de la aplicación de la normatividad propia de los contratos que regulan las prestaciones principales de ciertos contratos típicos. Por lo que, para esos casos, sea eventualmente posible que, respecto de un contrato atípico en específico, pueda atribuirse ciertos elementos como esenciales; los cuales deriven de su tipicidad social o de la interpretación jurisdiccional en la aplicación de la teoría de la combinación a un contrato en particular.

Elementos de existencia del acto jurídico

Antes de comenzar a exponer un análisis sobre los elementos de la existencia del acto jurídico en Colombia, es necesario que se precise que el acto jurídico se ha definido, de manera unívoca, “como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”². En ese sentido el profesor Cubides Camacho ha señalado que “el Código Civil contempla la manifestación unilateral de voluntad en los artículos 1994 y 2302 y siguientes, la llama «hecho voluntario de la persona que se obliga» y la condiciona a que el hecho sea lícito”³.

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontatos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (subrayas por fuera del texto original) (Código Civil, Artículo 1494).

Habiéndose precisado lo anterior, también debe señalarse, con anterioridad a un estudio de los elementos esenciales del acto jurídico, que estos elementos no fueron determinados de forma precisa por el Código Civil colombiano, dada la escasa regulación del acto jurídico como fuente voluntaria de obligaciones. Sin embargo, la doctrina ha entendido que, bajo el concepto de acto jurídico anteriormente señalado, los elementos para su existencia se traducen en “la voluntad exteriorizada, el objeto jurídico y la Solemnidad para aquellos actos que la requieren para ser eficaces” (Castro, 2009, pág. 543).

² Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá, Colombia: Temis. P. 17.

³ Cubides Camacho, J. (2005). *Obligaciones*. 5^a Edición ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. p. 280

A este punto se pone en evidencia que, no es el objeto del presente artículo hacer un estudio preciso de los elementos de existencia del acto jurídico, por lo que bastará con haberse precisado la necesidad de que exista concurrencia de los tres elementos señalados. Sin embargo, si es de importancia ahondar en el requisito relativo al objeto jurídico y específico del acto, pues este resulta ser el eje central sobre el que se dará movimiento al problema jurídico que ahora interesa.

En consecuencia de las consideraciones anteriores, debe entonces precisarse que el objeto jurídico, como elemento de existencia del acto jurídico, ha sido definido a partir de dos concepciones; una primera, denominada objeto jurídico general, consistente en la “voluntad abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales en el ejercicio de la facultad que para ello confiere (...) el postulado de la autonomía de la voluntad privada (...)” (Ospina y Ospina, 2000, pág. 237). Por otro lado, se ha entendido como objeto jurídico específico al “(...) contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes, o, en su defecto por las normas destinadas a complementar o a suplir la voluntad (...)” (Ospina y Ospina, 2000, pág. 237).

Ahora bien, debe precisarse que no toda manifestación de voluntad, dirigida a producir efectos jurídicos, está llamada a originar los efectos que se pretenden, pues para ello, es necesario que el ordenamiento jurídico dé efectos a la manifestación de los sujetos jurídicos. En sustento de ello se trae a colación lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, el cual dispuso lo siguiente: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. También se puede verificar lo inmediatamente afirmado en el artículo 1535 del mismo código, ya no a título de permisión, como en el caso anterior, sino a título de prohibición, cuando este señala que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (Código Civil, Artículo 1535).

Bajo ese panorama, podría concluirse que para que el objeto de un acto jurídico permita la existencia de dicho acto, es necesario que la finalidad perseguida se encuentre en un marco de no contrariedad con las normas imperativas aplicables a los efectos jurídicos que pretende crear. Es por ello que, en aplicación dicha adecuación al ordenamiento, el objeto de un acto jurídico debe existir o ser posible y estar determinado o ser determinable, en congruencia con el artículo 1518 del Código Civil Colombiano, el cual dispuso lo siguiente:

No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

En razón de la normativa citada, cabe resaltar que el marco de la posibilidad al que se refiere el objeto, ha de ser entendido en un plano físico y jurídico, por lo que será imposible tanto aquel objeto que pretenda una finalidad contraria a las leyes de la naturaleza, como al ordenamiento jurídico. Ahora bien, el presente estudio ha de prestar más atención a lo relativo al requisito de determinación del objeto jurídico, pues este, en el caso de la oferta mercantil, trae consigo un requisito adicional, al exigir que el acto jurídico de oferta mercantil contenga por lo menos los elementos esenciales del negocio ofrecido.

En este punto, resulta necesario que, antes de abordar la determinación de la oferta mercantil, se precise que esta categoría jurídica ha sido definida como el “proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra” (Código de Comercio. Artículo 845). En ese orden de ideas, se enmarca la oferta mercantil dentro de lo que se ha denominado como negocio jurídico unipersonal (Ospina y Ospina, 2005, pág. 155), siendo así que el efecto jurídico que de ella se produce, es la atribución de responsabilidad civil respecto de los daños causados por el retracto deliberado de la oferta sometida a plazo para su aceptación.

Aclarada de manera rápida la naturaleza del acto jurídico de oferta mercantil, puede continuarse el análisis sobre los elementos de determinación del objeto de esta, por lo que se trae a colación que la jurisprudencia colombiana ha decantado el asunto relativo a los requisitos que la oferta mercantil debe reunir, habiéndose determinado por parte de la Corte Suprema de Justicia que la propuesta debe ser firme, precisa, debe constituir un acto voluntario del ofertante, estar dirigida al destinatario, ser conocida por este, ser inequívoca y completa (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4473, 1995).

De los requisitos inmediatamente planteados, denotan un interés especial para el estudio que ahora se realiza, aquel relativo a hacer de la oferta un acto completo, queriendo significar esto que la oferta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 845 del Código de Comercio, “(...) deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario (...)”.

A este punto del artículo, se procederá a reservar para luego, lo relativo a los elementos esenciales de los contratos, para hacer énfasis en la naturaleza de los contratos atípicos y así poder luego desarrollar en forma más dúctil el planteamiento del problema propuesto.

Fuentes y naturaleza del contrato atípico en Colombia

Dentro de las tantas clasificaciones que se han sugerido por parte de la jurisprudencia y la doctrina, para clasificar los contratos y facilitar la comprensión de su naturaleza y efectos, se ha utilizado aquella relativa a diferenciar los contratos que cuentan con una regulación especial aplicable, de aquellos que no cuentan con dicha característica. Es así como se ha clasificado a los contratos en típicos o atípicos, siendo los primeros aquellos a los que, el ordenamiento jurídico ha dispuesto una regulación expresa para definir sus características y reglas de aplicación; a diferencia de los segundos, que no poseen una regulación exclusiva para ellos.

Para efectos de comprender mejor la clasificación señalada, es necesario precisar que la tipicidad contractual ha sido definida a partir de un esquema fijado por las leyes para cada una de las figuras negociales. En ese sentido, “los negocios que pueden acomodarse a tales modelos serán llamados típicos, mientras que los que no encajen en ninguno de ellos son los atípicos” (De Castro, 1985, pág. 202).

Respecto de dicha definición, la doctrina ha sugerido una clasificación de la tipicidad, la cual se define a partir de dos clases que distinguen el tipo contractual general del tipo contractual diferenciador de cada contrato específico. En ese sentido, ha de entenderse que la tipicidad de primera clase, se traduce en el contrato como categoría jurídica a la que la ley le dio efectos de fuente de obligaciones, es decir, el contrato *in genere* o “contrato base”, mientras que la segunda clase de tipicidad se define a partir de aquella regulación dirigida a especificar ciertos elementos al tipo base, estableciendo así nuevas figuras contractuales. En ese sentido se ha pronunciado Gete Alonso cuando precisó lo siguiente:

En efecto, si la tipicidad opera sobre una determinada realidad social que se toma como base, y a la que de tipo social se eleva a la categoría de tipo jurídico; cabe decir que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el Contrato considerado *in genere*: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. (...) Posteriormente, de la conducta base o tipo jurídico ya creado, se procederá a una nueva reordenación o reorganización: del contrato *in genere* se diversificará a distintos contratos a los que se llamará, precisamente, tipos contractuales. En este orden de cosas puede hablarse, entonces, de una tipicidad de primer orden o grado -el contrato- frente a otra de segundo orden o grado -los contratos- (Gete Alonso, 1979, pág. 18).

Habiéndose abordado lo relativo a la clasificación contractual del contrato atípico, es el momento de señalar que este tipo de negocio jurídico tiene sustento a partir del principio de autonomía privada de la voluntad y de la atribución de fuerza obligatoria que a dicha voluntad ha atribuido el ordenamiento jurídico. En sustento de ello, se trae a colación el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, la cual dispone que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”; a lo que se le suma la disposición del artículo 1602 que, como se precisó anteriormente, atribuye fuerza de ley para los contratantes, respecto de las obligaciones contratadas.

A este punto resulta útil señalar que la autonomía privada de la que gozan los particulares ha sido entendida por algunos autores como un poder de creación normativa; entendiendo así que éstos crean normas vinculantes en el ordenamiento jurídico, atendiendo al margen delineado por la norma imperativa. En ese sentido señala Luigi Ferri que si se examina “la norma superior en la que está regulada la creación de normas negociales, podemos darnos cuenta de que esta norma contiene en primer lugar (...) una atribución a los particulares del poder de crear normas jurídicas.” (Ferri, 2001, pág. 38).

Así las cosas, el contrato atípico tiene origen en la libre posibilidad que tienen las personas de celebrar contratos que, aun sin regulación específica aplicable, den origen a vínculos obligacionales, derivados de prestaciones extrañas al ordenamiento jurídico o la costumbre mercantil; siempre y cuando dicho contrato vaya de acuerdo a los lineamientos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para catalogarlo como válido.

En ese entendido, se ha distinguido a los contratos atípicos bajo una clasificación caracterizada por la concepción tradicional de los contratos típicos y atípicos; bajo dicha corriente se concibe que los contratos serán atípicos cuando “(...) sus estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados” (Ospina y Ospina, 1980, pág. 52). Se le critica a dicha explicación que no ha tenido en cuenta la posibilidad de tipificación que surge de las fuentes de derecho diferentes a la ley, como la costumbre mercantil, la cual goza de fuerza de ley en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando no la contrarie. En consecuencia, de lo anterior se siguen tipos contractuales que, aunque no cuenten con una tipicidad de segundo grado, pueden considerarse típicos a la luz de haberse convertido en una costumbre mercantil; situación que resulta usual en la cotidianidad de la dinámica de la contratación. Así, por ejemplo, puede traerse a colación los contratos de leasing o factoring los cuales, en razón a la dinámica que ha tomado el mercado y la negociación, se han tornado en contratos con características y finalidades ya conocidas y estudiadas en el medio académico y jurisprudencial.

En razón de lo anterior, se ha predicado que la costumbre mercantil ha generado una clase de tipicidad denominada tipicidad social, la cual tiene efectos de catalogar como típico el contrato que no cuenta con una regulación legal precisa. Debe señalarse a este punto, que la anterior concepción de la tipicidad social es de suma importancia para el problema jurídico que ahora se estudia, pues a partir de la concepción de tipicidad que se asuma podrán determinarse ciertos elementos que en su momento puedan clasificarse como esenciales.

A propósito de los contratos objeto de costumbre mercantil y por tanto de la tipicidad social, Arrubla señala que:

“siendo la costumbre fuente de derecho, que en materia mercantil ocupa el mismo lugar de la ley, esta categoría de contratos, con tipología social, es típica. Para aquellos existe tipicidad de primer orden y la tipicidad social” (Arrubla, 2013, pág. 20). En concordancia con lo anterior, es importante precisar que la afirmación de que la costumbre mercantil cuente con fuerza de ley, deviene de lo regulado en el artículo tercero del Código de Comercio Colombiano, el cual dispuso que “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella” (Código de Comercio, Artículo 3).

En consecuencia de lo planteado, debe concluirse que los contratos atípicos en Colombia, serán aquellos definidos como atípicos puros (Arrubla, 2013, pág. 45), en razón a su ajenidad de los tipos regulados por el ordenamiento jurídico y que solamente cuenten con una tipicidad general de primer grado, ante la ausencia de norma específica que regule la figura contractual.

Elementos esenciales de los contratos en Colombia

El artículo 1501 del Código Civil ha definido a los elementos esenciales de los contratos como “(...) aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente (...)” (Código Civil, Artículo 1501). Bajo esa definición se ha entendido que, en la regulación expresa de los contratos típicos existen ciertos elementos que se han determinado como normas imperativas, es decir que sin ellos esos contratos no pueden producir efectos jurídicos, o en su defecto, producen los efectos de una figura contractual que permita su configuración con la manifestación de voluntad convenida entre las partes⁴.

⁴ Por ejemplo, el Código Civil consagró que el contrato de compraventa se reputa perfecto con que las partes hayan pactado la cosa y el precio; evidenciándose así la fácil determinación de los elementos esenciales de un contrato típico.

Ahora bien, el reto teórico que resulta surge cuando se busca determinar los elementos esenciales de los contratos atípicos, entendiendo estos bajo la concepción tradicional, considerando como atípicos incluso a aquellos que pudieren entenderse típicos bajo una tipicidad social definida por la costumbre.

En ese orden de ideas, la dificultad aparece cuando se aplica la definición que reza el artículo 1501 del Código Civil: “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales (...) no produce efecto alguno”. De ese supuesto normativo, debe señalarse que la ausencia de efectos respecto del negocio jurídico parte del incumplimiento de los presupuestos de existencia que el ordenamiento ha exigido para estas categorías jurídicas. En razón de ello se ha definido que para la existencia de los contratos es necesario que exista una manifestación de la voluntad, una causa, un objeto jurídico y una formalidad cuando es del caso (Ospina y Ospina, 2005, pág. 155).

Aquí se entiende que la manifestación de la voluntad corresponde a una expresión que supera el fuero interno de la persona y se exterioriza en forma clara e inteligible. Debe señalarse que tradicionalmente se ha incluido la causa dentro de los requisitos de existencia del negocio jurídico, por lo que, acogiendo dicha posición, se entenderá que la causa resulta ser claramente parte de la composición de una manifestación de voluntad, dado que la ausencia de esta le restaría motivación al acto y por ende resultaría ser un mero hecho. En ese sentido se ha pronunciado el profesor Guillermo Ospina Fernández, cuando señaló lo siguiente:

Para terminar, vale la pena advertir desde ahora a este propósito que si el acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, la causa, identificada con los móviles o motivos determinantes que inducen a buscar una finalidad práctica mediante la operación jurídica, no es un elemento distinto en tal clase de actos, que se pueda aislar dentro del proceso intelectivo y volitivo, sino que, por el contrario, forma parte integrante e inseparable de este. En efecto, desde el momento mismo en que se habla de voluntad directa reflexiva, se indica que esta está determinada por móviles o motivos ponderados por la razón. De manera que si tales móviles o motivos faltan, no existe ni acto jurídico ni acto humano, sino, como ya se dijo, un reflejo involuntario o una actuación irracional legalmente tratada con procedimientos específicos, como los que se emplean para la valoración de los actos de los dementes (Ospina y Ospina, 2005, pág.35).

A este punto debe traerse a colación que los elementos esenciales requeridos para los contratos, constituyen un requisito de existencia para estos. En ese sentido, por ejemplo, el artículo 1865 del Código Civil señala en materia de compraventa que “Podrá así mismo dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes, en caso de no convenirse, no habrá venta” (Código Civil, Artículo 1865).

En ese mismo sentido, se ha pronunciado también el profesor Ospina Fernández cuando precisó que además de los requisitos de existencia ya mencionados anteriormente, debe considerarse que cada acto jurídico debe reunir los elementos esenciales dispuestos para este, so pena de entenderse que dicho acto no existió o degeneró en otro.

(...) al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, también advertimos que, además de los precitados (manifestación de voluntad, objeto jurídico y formalidad cuando esta es requerida ad solemnitatem), cada acto en particular debe reunir otros elementos igualmente esenciales respecto de él, puesto que de ellos depende su formación específica, y sin los cuales el acto tampoco existe o degenera en otro acto diferente. (Ospina y Ospina, 2005, pág. 431).

Bajo este orden de ideas, debe analizarse la determinación de los elementos esenciales de los contratos atípicos pues en lo relativo a los elementos de existencia y validez del acto no existen requisitos especiales regulados para estos negocios. En ese sentido, el panorama jurídico lleva a sugerir que para la existencia de un contrato atípico basta con que se cumpla con los requisitos generales de existencia señalados y los requisitos de validez de los actos, consagrados en el artículo 1502 del Código Civil⁵.

Para continuar con el análisis, es necesario diferenciar aquellos contratos que en un principio hemos denominado de tipicidad social, de aquellos que se han entendido como contratos atípicos puros, para así mismo determinar cuáles son los elementos esenciales de unos y otros.

Así las cosas, aquellos contratos que, por la habitualidad de su uso, han sido objeto de costumbre mercantil, deben entenderse como figuras que han sido tipificadas dada la fuerza de ley de la costumbre mercantil en Colombia; en ese entendido, estos se han catalogado como contratos típicos sociales y por tanto estas figuras contractuales cuentan con elementos que le dan una determinada naturaleza y distinción jurídica. En todo caso, si bien existen elementos de definición de la figura contractual a partir de la costumbre mercantil, no puede decirse con asertividad que dichas figuras cuenten con normas imperativas que impongan ciertos requisitos esenciales para la existencia del contrato; salvo, claramente, aquellos requisitos generales relativos al régimen general de los contratos y las obligaciones.

En ese sentido, debe acudirse a la expresión “o degeneran en otro contrato diferente” del artículo 1501 del Código Civil. Si bien los requisitos esenciales de los contratos de tipicidad social no se encuentran claramente determinados por normas jurídicas, si pueden

⁵ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita”.

ser determinados a partir de la desnaturalización del contrato por la ausencia de un elemento que lo distinga de las demás figuras contractuales típicas del ordenamiento. De ahí que dichos elementos característicos de la figura contractual puedan ser entendidos como sus elementos esenciales.

Diferente es el caso de los contratos puramente atípicos, pues en estos no es admisible un juicio de comparación con las figuras típicas del ordenamiento, en virtud de la indeterminación inherente antes de su perfeccionamiento, pues como ya se explicó, este es fruto de la mera autonomía privada de las partes, la cual da vida a una figura absolutamente extraña a los tipos contractuales establecidos por las normas jurídicas del ordenamiento jurídico y por la costumbre. En este tipo de negocios jurídicos, antes de su perfeccionamiento no existe una figura contractual respecto de la cual pueda hacerse un juicio de adecuación específico, aunque es palpable que en todo caso sí debe cumplir con los requisitos de existencia y validez determinados para los contratos en Colombia.

Bajo ese panorama, el régimen aplicable a los contratos atípicos ha sido estudiado mediante múltiples teorías doctrinales, particularmente, cuando las estipulaciones contractuales resultan insuficientes para la regulación del contrato. Para ello se crearon las teorías de absorción, combinación y de fin dominante, que si bien fueron valiosas para la comprensión de estas figuras contractuales, no dieron solución al interrogante jurídico que se pretendía resolver.

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, aportando una posible solución para esclarecer el régimen jurídico de los contratos atípicos, al haberse indicado que a estos le es aplicable por analogía la regulación del tipo contractual que se considerare más afín, sin que con ello se afecte la autonomía de la voluntad de las partes:

las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por lo principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos, ya título complementario por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial T. XLVII, 1938. pág. 570).⁶

⁶ En ese mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Gaceta Judicial 2179, 1956, pág. 320: “En síntesis: Si uno de los documentos a que se refiere la motivación anterior, ha sufrido todo el proceso reglamentario de su creación, expedición, autorización por la autoridad competente para circular en el público, por el vehículo del expendio, y sometido al correspondiente sorteo salió favorecido con el respectivo premio; y, si esta última circunstancia le imprime definitivamente la naturaleza singular de un título al portador, jurídicamente han de aplicársele, en virtud del principio de analogía que impera en la interpretación e integración de los contratos innominados mixtos, las normas de derecho positivo que tutelan esa clase de títulos, o a falta de aquéllas, los usos secundum legem y praeter legem.

En razón de los planteamientos presentados, se apunta a que los contratos atípicos tengan un régimen aplicable caracterizado, en primer lugar, por las normas imperativas y generales que rigen a todos los contratos (requisitos de existencia y validez) y en segundo lugar, por las disposiciones contractuales de las partes, entendiéndose que a los negocios atípicos no le son aplicables las normas supletivas consagradas en la ley, precisamente por la ausencia de regulación específica para aquellos.

Como demás fuentes de regulación de los contratos atípicos pueden señalarse la costumbre mercantil, los tratados convencionales internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial y la analogía general en materia civil⁷, del artículo 8 de la ley 153 de 1887 (Arrubla, 1992, pág. 32). También ha entenderse que la analogía del tipo contractual más afín es el régimen aplicable a los contratos atípicos mixtos.

Oferta del contrato atípico en Colombia

En este orden de ideas, respecto a los elementos esenciales de los contratos puramente atípicos es dado concluir que únicamente es aplicable un juicio de conformidad con los requisitos generales de existencia y validez del régimen general de los contratos y las obligaciones en Colombia, las prestaciones ofrecidas por el proponente, los tratados convencionales internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial y la analogía general en materia civil; pues pretender un juicio diferente a este desnaturalizaría la atipicidad de la figura contractual, al pretender acudir a la regulación de algún tipo contractual diferente, desconociendo la voluntad de las partes de crear una figura contractual atípica pura; máxime cuando para el objeto de estudio de este artículo, se encuentra en el momento en que la figura contractual atípica no ha sido siquiera perfeccionada y se encuentra en una mera etapa precontractual de oferta.

En ese entendido, si bien la oferta resulta ser un acto jurídico precontractual, se encuentra sujeta a contener los elementos de existencia y validez, dentro de los cuales ya se ha detallado lo relativo a la determinación del objeto jurídico de la misma, la cual resulta depender directamente del objeto jurídico del contrato que se espera proponer. En concordancia con lo anterior, se señalaba que la oferta deberá contener siquiera los

⁷ Cfr. Código de Comercio Colombiano. Artículo 7. “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 30., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

elementos esenciales del contrato ofrecido, por lo que, si bien el contrato todavía no existe en la vía jurídica, desde el momento precontractual ya se le exige que se determine su naturaleza y elementos.

En concordancia con lo anterior, habrá de entenderse que, para los contratos típicos resulta ser necesario que la oferta contenga una propuesta de negocio que se enmarque en el marco legal regulado para el contrato que se pretende ofrecer; además de respetar los requisitos de existencia y validez del régimen general del negocio jurídico.

Ahora bien, no será idéntica la labor de ofertar un contrato atípico, pues para estos es necesario que se determinen elementos que el ordenamiento jurídico no ha definido con precisión, y aunque exista un derrotero normativo consuetudinario, este no resulta ser más que el resultado de una usanza repetida en el tiempo al margen de los requisitos exigidos para que aquella pueda ser considerada costumbre⁸.

Bajo el planteamiento recién expuesto, resulta necesario abordar separadamente la oferta de los contratos puramente atípicos y la de los contratos atípicos con tipicidad social, pues como ya se ha explicado, para los primeros es necesario realizar una labor interpretativa mayor a efectos de determinar qué deberá ser considerado como elemento esencial de estos.

Así que, en primer lugar, ha de señalarse que para los contratos de tipicidad social, ha de estudiarse la figura contractual tipificada en la costumbre, evidenciando en ella los elementos que la caracterizan y diferencian de las demás figuras contractuales del ordenamiento jurídico. Con ello se permite que se logre una identidad única del contrato ofrecido, a efectos de que este, además de cumplir con los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, goce de elementos propios que derivan de la tipicidad social.

Ahora bien, a diferencia de los contratos de tipicidad social, aquellos de atipicidad pura no pueden estudiarse a la luz de un juicio de completitud de los elementos que caracterizan la figura contractual, sino que más bien debe realizarse un juicio de ausencia de afinidad con alguna figura contractual típica; incluso de aquella social. Lo anterior tiene sentido si se contempla que el contrato atípico puro obtiene su naturaleza precisamente de la característica de contener prestaciones completamente extrañas al ordenamiento jurídico, lo cual genera una importante dificultad interpretativa al momento de aplicar la disposición

⁸ Parra Benítez, J. (1990) *Manual de derecho civil*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Temis. p 16. Cfr. con la definición de Costumbre jurídica del profesor Jorge Parra Benítez “Es el uso reiterado por un grupo o colectividad, que lo considera jurídicamente obligatorio. Dicho uso (factor externo) es costumbre jurídica cuando quienes lo practican lo tienen por obligatorio (factor interno) y es reconocido por el poder Estatal.

relativa a la completitud de la oferta mercantil, cuando se expresa que esta deberá contener siquiera los elementos esenciales del contrato ofrecido.

En ese orden de ideas, la completitud de la oferta del contrato atípico puro, podría estudiarse interpretando los elementos esenciales del contrato ofrecido bajo un juicio de diferenciación de las prestaciones contractuales atípicas respecto de aquellas que la ley y las normas jurídicas ya hayan tipificado bajo alguna figura contractual. En efecto, si el contrato ofrecido contiene una prestación extraña al ordenamiento y cumple con los requisitos de existencia y validez exigidos para todo negocio jurídico, este no podrá convertirse en una figura contractual diferente a la que, en ejercicio de la autonomía privada, las partes decidan celebrar. Bajo esa óptica, no serán los elementos esenciales definidos en la Ley o en la tipicidad social los que le otorguen su existencia, sino los que emanan precisamente de la autonomía de la voluntad del oferente siempre y cuando cumpla con los requisitos generales de existencia de los actos jurídicos.

Conclusiones

En virtud de los argumentos expuestos, se propone interpretar los elementos esenciales del contrato atípico puro bajo un juicio de diferenciación respecto de las demás figuras contractuales del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la oferta del contrato atípico puro podría considerarse completa cuando las prestaciones del contrato ofrecido puedan efectivamente catalogarse como extrañas a las que el ordenamiento jurídico ha clasificado bajo una tipicidad legal o social y que emanan solamente de la autonomía de la voluntad del oferente; siendo así que los elementos esenciales del contrato atípico ofrecido, no puedan estudiarse sino una vez la oferta se hubiere realizado⁹.

Ahora bien, es necesario señalar que el objeto de la oferta del contrato atípico puro deberá cumplir con el requisito relativo a la determinación efectiva del mismo. Por lo que no podrá ofertarse un negocio jurídico sin determinar la prestación que se ofrece. Además los elementos generales del contrato atípico se verán cumplidos al determinarse que las prestaciones cumplen con la norma imperativa dispuesta para ello.

Así mismo, los contratos atípicos puros, deberán contener siquiera los elementos que permitan diferenciar el negocio jurídico ofrecido de aquellos que se encuentran tipificados por el ordenamiento y cuyas prestaciones son extrañas y emanan solamente de la autonomía

⁹ Pues al estarse efectuando un juicio para verificar si las prestaciones resultan ser extrañas a las tipificadas por el ordenamiento jurídico, no puede predicarse elemento alguno del negocio jurídico, hasta tanto este se proponga; pues antes no resulta ser objeto de calificación jurídica, pues el ordenamiento jurídico no lo contempla más que como una mera posibilidad.

de la voluntad del oferente, entendiendo que de lo contrario, la figura negocial se vería inmersa en una conversión hacia alguna figura típica del ordenamiento jurídico, por considerarse que esta no resulta extraña, caso en el cual, habrá de verificarse si aquel negocio ofrecido cuenta con los elementos esenciales que se han exigido para aquél.

Por último, para los contratos atípicos de tipicidad social, deberá especificarse los elementos que, a la luz de la figura contractual tipificada por la costumbre, distingan y caractericen la figura contractual, de acuerdo a las características que determinan su finalidad.

Referencias

- Arrubla Paucar, J. A. (1992). *Contratos mercantiles*. Segunda edición. Medellín, Colombia: DIKE.
- Arrubla Paucar, J. A. (2013). *Contratos mercantiles*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Legis.
- Camacho López, M. E. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revist@e-Mercatoria, volumen 4 (1)*. <http://dataoteca.unad.edu.co/contenidos/102805/contratosAtipicos.pdf>. ISSN:1692-3960.
- Castro De Cifuentes, M (2009). Derecho de las Obligaciones: Tomo I. Bogotá, Colombia: Temis.
- República de Colombia. Código Civil.
- República de Colombia. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971.
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial T. XLVII de mayo 31 de 1938. P. 570.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 4473 del 8 marzo de 1995, M.P. Pedro Lafront Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 6462
- Cubides Camacho, J. (2005). *Obligaciones*. 5^a Edición ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

De Castro, F. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid, España: Civitas.

Ferri, L (2001). *La autonomía privada*. España: Comares.

Gete, A. & Calera, M. (1979). *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona, España: Bosch.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Dr. Pablo Emilio Manotas, diciembre 5 de 1956. Gaceta Judicial 2179. Página 320.

Masnatta (1960). *El Contrato Atípico*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot

Gastaldi J. M. (1995). *Contratos*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Enneccerus (1950). *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosch.

Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Sexta edición. Bogotá, Colombia: Temis.

Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2005) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Temis.

Parra Benítez, J. (1990) *Manual de derecho civil*. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Temis.