

PRESENTACIÓN

*“El poder no está, por tanto, al margen del discurso.
El poder no es ni fuente ni origen del discurso.
El poder es algo que opera a través del discurso,
puesto que el discurso mismo es un elemento
en un dispositivo estratégico de relaciones de poder”.*

Michel Foucault

A la manera de Norberto Bobbio, el poder se presenta como aquél elemento que comparten tanto el derecho y la política. Abogados y politólogos, no obstante ocuparse en el fondo de la misma cosa, apenas se preocupan unos de otros en cuanto al conocimiento de las obras recíprocas. En los ordenamientos jurídicos y en la realidad, el derecho y la política mantienen contactos permanentes que imposibilitan una clara separación, por lo que la creación de un modelo de interrelación, que permita superar las fragmentaciones y aislamientos que dificultan ver lo que hay de uno en el otro y lo que va del uno al otro, resulta sumamente necesaria.¹

Durante 177 años de existencia, la Facultad, que ha llevado inveteradamente el nombre de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, dedicó toda su atención y su misión a la formación de abogados. Era un capítulo pendiente de nuestra larga historia hacer honor a este nombre institucional, que no sólo implicaba incluir un programa más dentro de su oferta académica, sino también el reto de generar los diálogos interdisciplinarios obvios de la formación jurídica, en donde la ciencia política cumple un papel preponderante, prácticamente necesario, en el escenario de las relaciones que el derecho tiene con las otras ciencias sociales y humanas y que hoy son ampliamente reconocidas.

La integración de un lenguaje científico, como el de la ciencia política, diferente al estrictamente jurídico, ha sido un reto para quienes convivimos y nos formamos en la Facultad. Ello porque, a pesar de su natural relación, derecho y política han mantenido históricamente, en esta latitud y en otras, una separación tajante y una incomunicación evidente, promovida por la autosuficiencia y autoreferencialidad que la ciencia jurídica ha defendido como parte de su autonomía en relación con otras ciencias sociales.

Y la academia y la organización de los estudios universitarios en estos campos han tenido un grado superlativo de responsabilidad al incentivar la enseñanza del derecho a partir de esquemas decimonónicos de corte formalista, aún no superados, que por una pretendida pureza del andamiaje jurídico, olvidó los referentes sociales que le dan sustento, en especial el de la ciencia política, que le genera un contexto en el que el derecho es posible.

Se nos ha olvidado que el derecho no es una herramienta meramente técnico-jurídica, neutral a los juegos del poder, sino que depende, precisamente, de la organización social y estatal, de las formas como se concibe la protección de

¹ BRAND Montoya, Mario Alberto. *Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación*. En: Estudios Políticos número 26. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín, 2005.

los derechos, la separación de los poderes, la democracia, la participación, entre otros aspectos, cuyos elementos explicativos son ofrecidos por la ciencia política.

Derecho y ciencia política son, como lo dijera Bobbio, “la cara y la cruz de la misma moneda”, esto es, como dos puntos de vista distintos aunque enlazados entre sí en relación con los hechos, las normas y los valores, que a la larga determinan las discusiones jurídicas sobre la eficacia, la validez y la justicia. Por eso había sido un reto histórico poner a estas dos disciplinas en un diálogo constante, en un escenario social y políticamente activo como el de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Ese diálogo se inició de manera decisiva hace cinco años, cuando empezó el desarrollo del programa de ciencia política, en asocio con el Instituto de Estudios Políticos, y que ha propiciado en la Facultad un dinamismo académico e investigativo que cada vez obtiene mayores alcances, pues ya en ella las actividades se desdoblán en diferentes escenarios, niveles de formación y programas académicos que le exigen nuevos medios y metodologías de comunicación.

Y es precisamente por ese propósito que, bajo el nombre de *Diálogos de Derecho y Política*, la revista electrónica que hoy presentamos a la comunidad científica se erige como un espacio abierto 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, en donde, profesores, investigadores, estudiantes y, en general, todos aquellos interesados en el estudio y análisis de estos temas habrán de encontrar un espacio para el debate y la difusión de estas reflexiones.

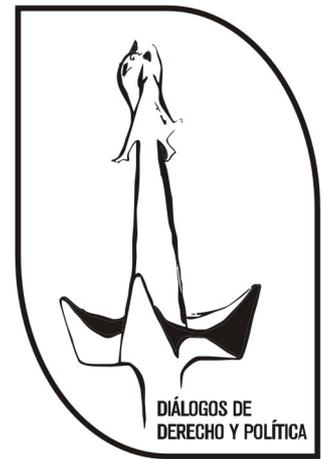
Esta revista –electrónica- es una de las estrategias que hemos concebido para colmar la aspiración de poner a dialogar el derecho y la política, o al menos, para facilitar que sus planteamientos específicos puedan ir de la mano, así como también para cumplir algunos de los objetivos misionales que la Universidad de Antioquia se ha planteado en su Estatuto General y en el Plan de Desarrollo 2006-2016, en relación con la consolidación de la divulgación de la producción investigativa y docente en el formato de revistas electrónicas.

Así, si bien esta publicación se presenta como un medio de difusión que pretende visibilizar lo que hacen los académicos en las áreas del derecho y la ciencia política, su objetivo es, más allá de servir de simple herramienta de divulgación, permanecer en el tiempo como un espacio que contribuya a la reflexión y al debate en dichos campos.

Medellín, agosto de 2009.

*Hernán Darío Vergara Mesa**

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.



¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?

Julio González Zapata

Profesor de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: juliogzapata@yahoo.com

¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?*

Resumen

Este artículo explora la posibilidad de hacer un uso más intenso y extenso de los instrumentos teóricos elaborados por el filósofo francés Michel Foucault en las facultades de Derecho nuestras. Para tal efecto se hace una categorización de la forma como los profesores de nuestras facultades asumen su tarea y se muestra que muchos de los obstáculos para una mirada foucaultiana del Derecho, tiene que ver con un obstáculo y con la no utilización de una posibilidad. El obstáculo es el pensamiento ontologista sobre el Derecho y por consiguiente la casi inexistente lectura del Derecho en términos estratégicos.

Palabras clave: Derecho, ontología, estrategia, dignidad humana.

* Versión escrita de la intervención del autor en el Coloquio *Usos y lecturas de Foucault*, organizado por el Instituto de Filosofía y el Grupo de Investigación Filosofías de la Alteridad del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Medellín, octubre 24 de 2008.

¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?

Foucault no combate los poderes establecidos en nombre de un poder más noble y más humano: los combate simplemente porque no son más legítimos que las fuerzas o resistencias que se oponen a ellos.

José-Guilhemme Merquior

Podría preguntarse si hay algo en la obra de Foucault que sea distinto a una continua incitación a leerla y a usarla. La obra de Foucault se lee con placer¹ y se usa por mil motivos. Él mismo invita a usarla a la manera de unos lentes que uno se pone cuando le permiten ver mejor y los bota cuando le obnubilan la mirada. A semejanza de El Quijote, sus obras se pueden utilizar para recorrer el mundo, pero a diferencia del hidalgo manchego su lectura no promete un mundo lleno de Dulcineas, ni yelmos de Mambrino, ni gigantes, ni castillos encantados, ni islas para gobernar; es una invitación al desencanto vigilante, al pesimismo activista. Como diría alguien, la obra de Foucault es el fruto de unas manos cuidadosas y precisas que tomaron el bisturí y el fino corte llegó hasta los huesos: la anestesia corre por cuenta del lector.

Foucault se puede usar y se ha usado en muchos campos y de muchas maneras. Lo usan los historiadores, los filósofos, los criminólogos, los pedagogos, los politólogos; es imprescindible en los estudios de género y en los interculturales; para la comprensión de las minorías de toda clase y hasta los neoliberales para justificar sus políticas.² Las agencias de publicidad para encantar ingenuos. Y hay que decir que también lo usan algunos abogados.

Se podría preguntar cuáles de esos usos son bien intencionados, cuáles desdeñosos o cuáles ignorantes. Pero el uso adecuado o inadecuado de Foucault no es ni el objeto del coloquio, y a él más que a nadie, poco le interesaría.

No vuelvan una y otra vez sobre cosas que ya he dicho. Ni bien las enuncio las olvido. Todo lo que he dicho en el pasado es algo absolutamente sin importancia. Escribimos algo tras haberlo usado intensamente en la cabeza. Pensamiento exangüe, he ahí lo que escribimos. No me interesa lo que he escrito. Es lo que podía escribir y hacer lo que me interesa.³

¹ No es gratuito que se le haya considerado uno de los mejores escritores franceses del siglo XX.

² Ver, entre otros: BOURDIEU, Pierre. *La filosofía, la ciencia, el compromiso*. págs. 253 y ss; ERIBON, Didier. *El arte de la insumisión*. Pág. 9 y ss. VEYNE, Paul. *Un arqueólogo escéptico*. En: *El infrecuente Michel Foucault. Renovación del pensamiento crítico*. Actas del Coloquio Centro George-Pompidou (junio 21-22 de 2000). Ediciones Letre Viva-EDELP. Buenos Aires, 2004.

³ FOUCAULT, Michel. En: VEYNE, Paul. *Un arqueólogo escéptico*. En: *El infrecuente Michel Foucault. Renovación del pensamiento crítico*. Op. cit. pág. 86

A veces, desde fuera del derecho es muy difícil hacer una distinción entre éste y la criminología y aún, entre derecho y política. Pero sus relaciones tan íntimas a veces, tan problemáticas siempre, no nos pueden llevar a confundirlos ni mucho menos a asimilarlos. Mi propósito no es señalar criterios para diferenciarlos, sino para delimitar mi tema en este coloquio. Desde *La historia de la locura en la época clásica* (1961) hasta *Vigilar y Castigar* (1975), el nombre y las ideas de Foucault no han cesado de mencionarse en la criminología crítica, el control social y la cárcel. La gubernamentalidad, la disciplina, la biopolítica, las sociedades de seguridad, se han convertido en referentes obligados en los estudios políticos. De alguna manera, entonces, sería redundante y un poco inútil insistir en los usos de Foucault en esos campos. Pero probablemente en el derecho, su uso ha sido muy limitado y pienso que esta es una buena oportunidad para intentar examinar de qué manera podría utilizarse en este campo, no en términos abstractos, sino lo más concreto que sea posible: hasta dónde se puede utilizar a Foucault en una facultad de derecho como las nuestras. Quisiera hablar, entonces, de algunos obstáculos e insinuar algunas posibilidades, para el uso de Foucault en las facultades de derecho.

No creo que el uso tan limitado y marginal que se ha hecho de Foucault en el derecho sea gratuito; pienso que hay, en la manera como concebimos los abogados el derecho y como lo practicamos, una serie de obstáculos que nos impiden hacer un uso más intensivo y extensivo de Foucault, porque sus obras, también en este campo, nos dan abundantes indicaciones que están a la espera de ser utilizadas.⁴

Por eso le he dado el título que tiene esta charla (*¿Puede ingresar Michel Foucault en una facultad de derecho?*). Y quiero que se tome como una pregunta juguetona y si fuera posible llevando la exageración hasta el límite, casi con la misma risa que a Foucault le produjo leer ese texto de Borges con el que introduce *Las palabras y las cosas*. Es una difícil interpelación a Foucault sobre nuestra situación, con toda la distancia temporal y cultural que nos separa. No estoy hablando, entonces, de una posibilidad real ni siquiera de una utopía, sino, a lo sumo, de una heterotopía, es decir, de un lugar que existe solo cuando nos atrevemos a trastocar el orden familiar en el que nos movemos y vivimos. El intento de traer a Foucault a nuestras facultades, hoy, tendría entonces el sentido provocador de desafiar algunas comodidades, de

⁴ Sin embargo, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia se han hecho algunos trabajos de grado y se han publicado algunos artículos en los que se utiliza a Foucault: Juan Diego Vélez Maya y Hugo Alberto Castaño Zapata. *Formación de la Verdad en el discurso Jurídico*. Facultad de Derecho y Ciencias Política, Universidad de Antioquia. Tesis de grado; Luis Javier Quiroz Bastida y Luis Ignacio Zapata Jaramillo. *Foucault y el discurso Jurídico: una aproximación*. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Política. Tesis de grado; Julián Andrés Muñoz Tejada. *Doctrina de la Seguridad Nacional. Relaciones entre saber y poder: discursos y prácticas*. En: *Estudios de Derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Volumen 63 N° 142. Medellín, diciembre de 2006; David Orrego Fernández. *Para una historia judicial del cuerpo: aproximaciones a Michel Foucault*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Tesis de grado. 2008. Julián Andrés Muñoz Tejada. *La dogmática como comentario de la ley*. *Jurídica*, 4(1), Manizales, 2007. Pero en este escrito pretendo señalar algunas posibilidades y algunos obstáculos que pueden encontrarse para la utilización de Foucault en los cursos y en otras actividades cotidianas en las facultades de derecho.

retar algunos órdenes perfectamente aceptados y sobre todo de formular algunas inquietudes que pongan en duda algunas coherencias tan supuestamente sólidas.

Estamos hablando después de veinticinco años de su muerte⁵ y creo que embarcarlo en una empresa como éstas probablemente le produciría un gran malestar, porque esta empresa supondría necesariamente coagular algunos de sus enunciados para hacerlos aparecer donde él ya no está para burlarse de nosotros:

¡Cómo! ¿Se imaginan ustedes que me tomaría tanto trabajo y tanto placer al escribir, y creen que me obstinaría, si no preparara - con mano un tanto febril - el laberinto por el que aventurarme, con mi propósito por delante, abriéndole subterráneos, sepultándolo lejos de sí mismo, buscándole desplomes que resuman y deformen su recorrido, laberinto donde perderme y aparecer finalmente a unos ojos que jamás volveré a encontrar? Más de uno, como yo sin duda, escribe para perder el rostro. No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable: es una moral de estado civil la que rige nuestra documentación. Que nos dejen en paz cuando se trata de escribir.⁶

Y además, como nunca dejó de advertir, si algún sentido tiene el trabajo intelectual, es precisamente la continua indagación que modifique lo que ya se ha hecho y, sobre todo, a nosotros mismos: “Cuando un trabajo no es al mismo tiempo una tentativa para modificar lo que uno piensa, e incluso lo que uno es, no es muy divertido.”⁷

Pero pasemos por alto esta dificultad y vamos a suponer que Foucault, ese rostro que podemos reconstruir a partir del manojito de hojas que dejó escritas, pudiera hoy en día ser candidato a profesor en una facultad de derecho. Tendríamos que dar por supuesto, adicionalmente, que reuniera los requisitos que se exigen para ingresar a ellas; unas exigencias que bajo el ropaje de una pretensa meritocracia, realmente parecen ideadas para ahuyentar o excluir a tantos que pudieran ser muy buenos profesores y para acercar a aquellos capaces de llenar hojas de vida con títulos, escritos y protocolos de toda clase.

Confidencialmente me ha pedido que le informe sobre lo que se hace en una facultad de derecho y qué cursos como docente o qué proyectos como investigador podría ofrecer. En primer lugar, que le cuente qué se enseña en una Facultad de Derecho y quiénes serían sus colegas.

Sobre la primera pregunta le he contestado que se enseña derecho. Quedó desconcertado. Supongo que eso le puede parecer mucho y nada. Acostumbrado como está a preguntarse por cosas muy puntuales, como por ejemplo, los efectos que ha tenido sobre el saber médico la apertura de cadáveres, o cómo “la mirada clínica tiene esa paradójica propiedad de

⁵ Ocurrida el 25 de junio de 1984; había nacido el 15 de octubre de 1926.

⁶ FOUCAULT, Michel. *La Arqueología del Saber*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, Editorial Siglo XXI, 21ª edición. México, 2003. pág. 29

⁷ FOUCAULT, Michel. *El cuidado de la verdad*. Entrevista con F. Ewald. En: FOUCAULT, Michel. *Estética, ética y hermenéutica. obras esenciales*. Vol. III. Trad. Ángel Gabilondo. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 369

entender un lenguaje en el momento en que se percibe un espectáculo”,⁸ cómo se ha instalado en nuestras sociedades la prisión a partir de dispositivos tan elementales como la vigilancia jerárquica, el examen y la sanción normalizadora⁹ o cómo se ha constituido la subjetividad a partir de tecnologías tan sencillas como el cuidado de sí mismo,¹⁰ una respuesta como la mía, tiene que producir un desconcierto obvio.

Para alguien como él, que hacía sus investigaciones y escribía sus libros para bregar a plantearse una pregunta, debe ser difícil pensar en un mundo tan pletórico de respuestas y tan pobre en preguntas, como el derecho. “En nuestros días, cuando tantos ‘pensadores’ se precian de dar respuestas a preguntas cuya enunciación y pertinencia no han justificado, no es frecuente encontrar un hombre que necesita más de trescientas páginas para exponer una pregunta, encarar ‘quizá la reiniciación del trabajo y confesar: es verdad que no sé responder estas preguntas (...) Ni siquiera puedo adivinar si alguna vez podré responder a ellas o si algún día tendré razones para determinarme’”.¹¹

Aún cuando todavía no le he advertido, supongo que le causará mucha incomodidad y me temo que hasta llegue a ofuscarlo, si le digo que los abogados solemos pensar nuestro mundo en términos de un continuo progreso; que somos capaces de coger instituciones romanas y traerlas hasta nuestros días, asegurando, sin rubor, que la hemos mejorado o en el mejor de los casos, es decir, cuando hay un asomo tímido de crítica, que la hemos echado a perder y entonces nos invade recurrentemente la nostalgia del paraíso perdido. Todavía no me he atrevido a decirle que muchos abogados todavía siguen creyendo que es posible *encontrar* la verdad y que consideran que su trabajo consiste, precisamente, en hacerla relucir, como una princesa finalmente liberada de la oscuridad que producen las fuerzas del mal: la irracionalidad de los hombres, el atraso de la cultura, la mezquindad de los intereses que mueven al mundo, etc.

Le pedí que tuviera un poco de paciencia y que seguramente cuando le explicara quiénes son los profesores y qué hacen, podría tener una pequeña luz para guiarse en este maremágnum.

Le expliqué, inicialmente, que el cuerpo profesoral de las facultades de derecho es bastante heterogéneo y que, provisionalmente, podríamos hacer esta tipología de cuatro categorías:

- a) Un grupo, generalmente pequeño, dedicados exclusivamente a la enseñanza del derecho. A éstos se les denomina “los teóricos”, no tanto porque formulen o trabajen en teorías, sino porque no ejercen la

⁸ FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. Trad. Francisca Perujo. Siglo XXI editores, 2ª edición. México, 1975. pág. 155

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI editores, 24ª edición. México, 1988.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Trad. Mercedes Allendesalazar. Paidós. Barcelona, 1990.

¹¹ CANGUILHEM, Georges. *¿Muerte del hombre o agotamiento del cogito?* En: *Análisis de Michel Foucault*. Trad. Berta Stolor. Editorial Tiempo Contemporáneo. Buenos Aires, 1970. pág. 126

profesión. Se mantienen en la universidad, leen muchos libros, pero terminan por no saber dónde quedan los juzgados, cómo se averigua el estado de un proceso y ni siquiera saben qué puede hacerse si a un familiar lo detiene la Policía o el banco les van a embargar la casa. Conocen a casi todos los autores que han escrito sobre su área, los pueden clasificar por épocas, por méritos, los inscriben en escuelas y pueden poner en evidencia sus aciertos y errores. Con el tiempo, algunos pueden llegar a convertirse en verdaderas enciclopedias andantes, son muy consultados por los estudiantes para trabajos de grado, pero son generalmente inútiles al plantearse problemas relacionados con el ejercicio de la profesión. Este profesor, en términos generales, reproduce la imagen de un viejo sabio desligado de los problemas del poder. Estos profesores entienden el derecho como un conjunto de reglas que nos indican cómo debe ser la conducta de los ciudadanos y las decisiones de los jueces. De hecho, muchas veces los medios de comunicación los entrevistan para que digan qué va a suceder cuando asesinan un niño o declaran la conmoción interior.

Admiten que raramente la conducta de las personas y las decisiones de los jueces se ajustan a lo que está previsto, pero no sienten invalidado su saber por este accidente. Ante la pregunta de por qué el derecho no opera, suelen encogerse de hombros y dicen que ya eso es harina de otro costal.¹² Esa respuesta, suponen, hay que pedírsela a la política, a la sociología, a la historia, porque la respuesta escapa a las posibilidades del derecho.

- b) Otro grupo de profesores está compuesto por magistrados, jueces y otros funcionarios que dictan clases en las facultades de derecho. Como es apenas obvio, su actividad docente es apenas una ocupación marginal. Tienen una relación más problemática entre el poder y el saber pero rara vez son conscientes de esa relación, pues asumen que su tarea se reduce a plasmar la verdad en sus decisiones y que su poder es apenas el de las instituciones y su función es de una obviedad encandilante: aplicar la ley. A veces, sienten vergüenza de sus decisiones, pues creen que han tenido que decidir de acuerdo con la ley (su verdadera tarea), pero saben que probablemente hay decisiones mejores, pero el temor al prevaricato los detiene. También saben que el derecho se aplica rara vez, pero el solo hecho de que se aplique en unos pocos casos demuestra que conserva todo su poder, su necesidad y su imprescindibilidad. Piensan que con un poco más de jueces y de funcionarios se puede ampliar su aplicación y con eso la sociedad mejoraría, porque sin las leyes y sin los jueces no puede pensarse una sociedad. Así se le encuentren reparos, las leyes son mejores en todo caso, que su ausencia. Suelen repetir que la ley es dura pero es la ley.

¹² "Reaccionar *contra la ley* y es fácil; basta tener el poder de derogarla y poner otra. Luchar *contra los hechos*, y vencer, eso es harina de otro costal". Sebastián Soler, citado por Julio González Zapata en: *Estudios de Derecho*, Nro. 95. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín, marzo de 1979, pág. 5

- c) Los profesores que son abogados litigantes. Estos conocen perfectamente las mieles del triunfo y las hieles de las derrotas judiciales. Eso les da una autoimagen de guerreros: saben que en cada proceso hay que enfrentar un combate y que muchas veces el resultado no es claro: trampas de la contraparte, jueces equivocados, jurisprudencias anacrónicas, leyes absurdas, impiden que la verdad no florezca en todos los casos y que el resultado del proceso sea una decisión inadecuada. Estos son los que piensan que tienen más clara las diferencias entre la teoría y la práctica y saben que nunca se dará una concordancia entre ellas. Que todo anda más o menos mal, pero que el problema de ellos no es arreglar el mundo sino tramitar adecuadamente sus procesos. Un día podrán estar de un lado y otro en el opuesto, pero esto no les plantea problemas políticos o éticos, porque entienden que su única obligación es defender adecuadamente sus clientes. Creen que en las facultades de derecho se “teoriza” demasiado y que convendría que a los estudiantes no se les hiciera perder tanto tiempo con discursos que tienen tanto de hermosos como de inútiles, y se les explicará, más bien, y de una vez por todas, cómo suceden realmente las cosas.
- d) Hoy en día y por un proceso que están viviendo las universidades colombianas y probablemente en todos los países periféricos, para modernizarse, internacionalizarse y globalizarse, existen los profesores investigadores. Estos serían los científicos, que crearían nuevas verdades y sobre todo, que tienen la tarea en nuestro caso, de sacar la universidad del estrecho mundo de las montañas del Valle de Aburrá. Sienten un gran desprecio por los otros profesores. Consideran que repiten inútilmente lo obvio y que no son capaces de ver problemas en lo que hacen. Si por nuestras estrecheces presupuestales y lo anémico de la comunidad académica hay que mantener a esos profesores que no son de la comunidad académica internacional, que por lo menos se dediquen sólo a los cursos de pregrado, donde supuestamente basta repetir lo que se sabe ya hasta la saciedad, porque la enseñanza de calidad no puede darse sino entre pares: magíster con magíster, doctor con doctores. Creen que los otros profesores representan un modelo de universidad obsoleto porque no han sido capaces de percibir los cambios que han ocurrido en el mundo. Estos profesores tienen una gran propensión a desligarse del estudio del derecho y mirarlo desde afuera: la sociología, la ciencia política, la historia, la economía. Están convencidos de que su contribución mayor se hará en el terreno de la interdisciplinariedad, que el futuro depende de ella y, con este objetivo, tienden a crear grupos de profesores de distintas facultades, pues difícilmente encuentran interlocutores en las propias. Sienten un gran desdén por las normas y piensan que si ellas tienen alguna importancia es en cuanto puedan inscribirse en fenómenos más amplios, pero su aplicación como tal les parece un ejercicio que no tiene más méritos que un trabajo artesanal, que a lo sumo se tomará en cuenta para construir un modelo teórico o para probar alguno de los existentes.

- e) Para seguir hablando burguesianamente, habría que mencionar una quinta categoría: los no incluidos en esta clasificación.

A pesar de que esta tipología es bastante intuitiva, empírica, precaria y necesariamente imprecisa, siento que le produjo una cierta curiosidad. Supongo que debe ser por el hecho de que se plantee algo, que vagamente, tiene que ver con las relaciones del saber y del poder. Pero en ese momento saca a relucir esa risa irónica tan característica y enmudeció. Y así como retaba a los marxistas a que descubrieran cuando estaba hablando de Marx, sin necesidad de la consabida nota elogiosa al pie de página y la revalidación religiosa de la militancia, y que no le impidió escribir que el marxismo había sido una tempestad en un vaso de agua en el pensamiento del siglo XIX¹³, pero que: “Es obvio, aunque se admita que Marx desaparecerá por el momento, que reaparecerá un día.”¹⁴ Entendí que si una facultad de derecho quiere tener a Foucault, es en ella donde debe hacerse el esfuerzo de encontrar qué puede haber de útil en lo que escribió y en lo que enseñó y lo estúpido que era pensar en traerlo; traer a Foucault a una facultad de derecho era seguir pensando en esos intelectuales Mesías, de los que tanto renegó:

El papel de un intelectual no consiste en decir a los demás qué han de hacer. ¿Con qué derecho lo haría? Acordémonos de todas las profecías, mandatos imperativos y programas que los intelectuales han podido formular en el curso de los dos últimos siglos cuyos efectos se han visto ahora. El trabajo del intelectual no es modelar la voluntad política de los otros; es, por los análisis que lleva a cabo en sus dominios, volver a interrogar las evidencias y los postulados, sacudir los hábitos, las maneras de actuar y de pensar, disipar las familiaridades admitidas, recobrar la medida de las reglas y de las instituciones y, a partir de esta reproblematicación (donde el intelectual desempeña su oficio específico), participar en la formación de una voluntad política (donde ha de desempeñar su papel de ciudadano).¹⁵

Además, no podría haber algo más insultante que someterlo al escrutinio de un concurso como los que ahora se estilan, que sólo revelaría nuestras carencias y nuestra ignorancia, pues como se había advertido en el siglo XIX:

Como aves de paso que jamás anidan en nuestro suelo, recorren los científicos el vasto territorio de Colombia, sin dejar más que leves rastros de su paso, i casi nunca semillas de saber. Es cierto que a ellos debemos los pocos conocimientos que tenemos en nuestra patria; pero ningún viajero ha dejado un discípulo que pueda seguir sus huellas. Nos dicen que hai (sic) un mundo científico, pero jamás nos muestran el camino para llegar a él.¹⁶

¹³ FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Trad. Elsa Cecilia Frost. Siglo XXI editores. 33ª edición. México, 2007. págs. 256-257

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *El yo minimalista y otras conversaciones*. Selección de Gregorio Kaminsky (Trad. Graciela Staps). La Mirada, Buenos Aires, 1996. pág. 131

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Estética, ética y hermenéutica. obras esenciales*, Vol. III. Trad. Ángel Gabilondo. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 378

¹⁶ MATIA, Francisco Javier. En: OBREGÓN Torres, Diana. *Sociedades científicas en Colombia. La invención de la tradición. 1859-1936*. Colección Bibliográfica. Banco de la República. Bogota, 2002. pág. 24

Esos concursos desdeñan el trabajo de aquellos que sin tantos títulos y tantos oropes, tienen mucho qué decir y qué hacer en nuestras universidades. Estamos creando con esos concursos un excesivo privilegio para el sujeto que habla como si ya fueran los títulos y los antecedentes los únicos que podrían validar la posibilidad de hablar. “Uno sabe que no tiene derecho a decirlo todo, que no puede hablar de todo en cualquier circunstancia, que cualquiera, en fin, no puede hablar de cualquier cosa. Tabú el objeto, ritual de las circunstancias, derecho exclusivo o privilegiado del sujeto que habla: he ahí el juego de tres tipos de prohibiciones que se cruzan, se refuerzan o se compensan, formando una compleja malla que no cesa de modificarse”¹⁷ y que los concursos no hacen sino perpetuar; la supuesta excelencia académica sirve ahora como el mejor filtro para controlar aquello que puede haber de azaroso e inesperado en el discurso. Parecería que nos estamos comportando, en estos concursos, como aquellos directivos de equipos de profesionales que creen que pueden llegar a ser campeones reuniendo los jugadores más cotizados del mercado.

La crítica

Para empezar a hablar en serio, entonces, hay que abandonar estos juegos heterotópicos y asumir nuestra responsabilidad. Si queremos que Foucault esté en nuestras facultades de derecho tenemos que aprender a utilizarlo y no seguir pensando en que alguien nos va a trazar el camino y lo primero que tenemos que hacer es recobrar el aliento de la crítica, es decir, entender que [...] la crítica se constituye como un arte de no ser gobernado; pretende desconfiar, recusar, limitar, encontrar la medida justa, buscar el punto de escape, desplazar las formas de ser gobernado.¹⁸

Entender, entonces, en primer lugar, que las relaciones del poder y la libertad no se constituyen bajo un modelo de todo o nada, que la libertad no se sitúa en un extremo y el poder en el otro, sino que su relación

[...] no es antagónica sino más bien agónica; de incitación mutua, de provocación y acicate más que de confrontación entre dos fuerzas heterogéneas. Si el ejercicio del poder, se dirá en los últimos escritos del filósofo, es una acción sobre las acciones de otros para gobernarlas, canalizarlas, disponer una dirección para las mismas, la práctica de la libertad consiste en desafiar esos límites, ponerlos en duda, experimentar nuevas posibilidades que obliguen, por parte de la acción de poder, a inventar nuevas formas de gobierno, nuevos cálculos en el curso de una partida infinita.¹⁹

Y de ahí poder afirmar, como presupuesto de esta empresa, que el principal objetivo es: “[...] cambiar el régimen político, económico, institucional de

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Trad. Alberto González Troyano. Tusquets. Barcelona, 1973. págs. 14-15

¹⁸ VÁSQUEZ García, Francisco. *Foucault. La historia crítica de la razón*. Montesinos. Barcelona, 1995. pág. 13

¹⁹ *Ibidem*. pág. 40

producción de la verdad.²⁰ Y no seguir pensando que estamos haciendo crítica cuando nos limitamos a señalar los posibles aciertos o los eventuales errores de una doctrina, una ley o una sentencia, suponiendo, casi siempre, que detrás de todas ellas hay una verdad que tendríamos que sacar a relucir y que la podemos poner en evidencia a través de un ejercicio meramente intertextual.

Sobre la enseñanza del Derecho

Una primera precaución que debemos tener, si queremos usar a Foucault en el derecho, es abandonar la idea de que el derecho lo podemos separar en tres estantes perfectamente delimitados: como una norma, como una ciencia y como una práctica. Foucault nos podría ayudar en la forma como él entendió la clínica:

La clínica no constituye ni una verdadera ciencia, ni una falsa ciencia, aún cuando en nombre de nuestros criterios contemporáneos podamos otorgarnos el derecho de reconocer como verdaderos algunos de sus enunciados, y otros como falsos. Es un conjunto enunciativo, a la vez teórico y práctico, descriptivo e institucional, analítico y reglamentario, compuesto tanto de inferencias como de decisiones, tanto de afirmaciones como de decretos.²¹

Talvez nos sería útil intentar hacer el ejercicio de “entender un lenguaje en el momento en que se percibe un espectáculo” y aceptar nuestras limitaciones; el mundo necesariamente se nos escapa cuando pretendemos atraparlo en el discurso: ni cuando supuestamente estamos haciendo teoría jurídica dejamos de prescribir; ni cuando se expide una ley abandonamos la confrontación de modelos sobre el mundo, el Estado, la sociedad y el hombre y cuando se hace una petición a un juez o éste toma una decisión, no es posible comportarnos como unos lógicos esforzados en hacer un silogismo perfecto. En todos estos casos ponemos las cartas; unas sobre la mesa y otras las guardamos en la manga de la camisa, porque siempre se tratará de un enfrentamiento, de una lucha y en algunas luchas no es muy estratégico mostrar, por lo menos desde el principio, todo el arsenal.

Lo que ya sí no parece posible es suponer, como lo venimos haciendo, que cada uno está en su sitio determinado (la norma, la ciencia o la práctica) y que sí éstos se comunican es por mera coincidencia. Todo lo contrario, están inexorablemente comunicados y sólo nuestra miopía o nuestra comodidad son las que nos autorizan a seguir hablando como si estuvieran separadas. Aquí su lección no puede ser más clara: “En este sentido la teoría no expresa, no traduce, no aplica una práctica: es una práctica”.²²

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Verdad y poder*. En: *Estrategias de Poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1999. pág. 55

²¹ FOUCAULT, Michel. *Respuesta al Círculo de Epistemología*. En: *Análisis de Foucault*. Op. Cit. pág. 257

²² FOUCAULT, Michel. *Los intelectuales y el poder*. En: *Estrategias de Poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1999. pág. 107

Concepción sobre el Derecho

En uno de sus escritos, Hans Kelsen ha dicho: “[...], Dios y el Estado existen sólo y en tanto que se cree en ellos, y todo su enorme poder, que llena la historia del mundo, se colapsa si el alma humana se libera de estas creencias”.²³ No sé cuántos juristas sigan hoy creyendo que el Estado es Dios, pero no creo que se haya abandonado la idea de un orden superior, de unos valores supremos (la paz, la justicia, la equidad, etc.) que el derecho en su miseria cotidiana estaría condenado a acercarse a ellas, pero siempre las estropearía, hasta casi su desaparición total.

Por eso los abogados no encontrarán nunca una buena constitución; cualquiera tendrá siempre un déficit en la realización de esos valores supremos, de ese orden superior. Y ese déficit no cesará de aumentar a medida que descendamos en la pirámide jurídica; las leyes traducirán muy pálidamente la constitución, las sentencias más que realizar ese orden, terminan por darle la victoria a uno de los adversarios y la Policía aplica la fuerza casi sin ningún sustento normativo.

Detrás de esta creencia en un orden superior o en unos valores supremos, subyace un esquema que Foucault ha denominado el de la soberanía y que opone al que nos invita a utilizar: el de la dominación: “el esquema contrato-opresión, que es el jurídico, y el esquema dominación-represión o guerra-represión, en el cual la oposición pertinente no es la de legítimo o ilegítimo, como en el esquema precedente, sino de lucha y sumisión.”²⁴

Y nos advierte:

Hablar de la teoría de la dominación más que de la teoría de la soberanía significa que, en lugar de partir del sujeto (o también de los sujetos) y proceder a partir de los elementos que serían preliminares con respecto a la relación, y localizables, se parte de la relación misma de poder, de la relación de dominación en lo que ella tiene de factual o de efectivo y que se ve cómo opera esta relación para determinar los elementos sobre los cuales se mueve.²⁵

Si cambiamos la perspectiva y dejamos de mirar en las leyes y en las constituciones, como coagulaciones (imperfectas) del orden, la justicia, la equidad, la paz y cosas por el estilo, seguramente nos encontraríamos que “Detrás del orden tranquilo de las subordinaciones, tras el Estado, tras los aparatos del Estado, tras las leyes, ¿no será posible advertir y redescubrir una especie de guerra primitiva y permanente?”²⁶

Advertencias que tienen un valor mayor en un país con más de cuarenta años de conflicto armado abierto. Seguir refiriéndonos a la constitución y a la ley

²³ KELSEN, Hans. *Dios y Estado*. En: KELSEN, Hans. *Sobre jurisprudencia y teología*. Distribuciones Fontanara, 1ª reimpresión. México, 2004. pág. 68

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibely. Las ediciones de la Piqueta. Madrid, 1992. pág. 31

²⁵ *Ibidem*. pág. 53

²⁶ *Ibidem*, pág. 55

como aquellos espacios tranquilos, consensuados, donde finalmente se realizan los valores y se difunde la justicia, no es más que un olvido (histórico) imperdonable y para decirlo con palabras de Foucault, colocarnos unos lentes que no producen sino distorsión. Aquí entre nosotros, la Maestra María Teresa Uribe, nos ha indicado el camino:

La ley en Colombia, más que un principio de orden abstracto y universal, es un arma, un recurso para favorecer a los amigos y atacar a los enemigos. Su uso transaccional se inscribe en los conflictos públicos y privados que atraviesan el país, es decir, que la ley no es un referente para solucionar conflictos sino un elemento de la disputa que es utilizado para favorecer alguno de los sectores enfrentados.²⁷

Ya lo había dicho Deleuze: “Foucault muestra que la ley no es ni un estado de paz ni el resultado de una guerra ganada: es la guerra, la estrategia de esa guerra en acto”.²⁸

Si tuviéramos esos nuevos ojos para mirar la ley o simplemente nos colocamos otros lentes para mirar a nuestro alrededor, seguramente abandonaríamos esa miope visión que ve en la negación de los ideales supremos un mero episodio de patología. En todo caso es necesario curarnos de aquella ilusión contra la que nos previene Paul Kahn: “El académico del derecho y el juez que disiente gritan que el cielo se está cayendo, pero nunca se cae”.²⁹

Un hecho reciente nos puede ilustrar estas formas diferentes de ver el mundo del derecho. Por una parte, la del Comandante del Batallón Antimotines que acomete contra los indígenas que bloquean la carretera panamericana. Él no ve allí más que una manera de garantizar los derechos de los colombianos que quieren usar esa vía; los indígenas entienden que es la continuación de un despojo que ya tiene más de quinientos años. ¡Y es a los indígenas a quienes se les exige que pidan perdón!

Tenemos en la obra de Foucault una buena herramienta para sacudirnos de ese olvido y recordar que: “La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen sus fechas y sus horroríficos héroes; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer”.³⁰

Abandonar la creencia de un orden superior, en unos valores supremos, no implica aceptar las cosas como son. Todo lo contrario; es entender que el derecho como fenómeno social y político requiere una vigilancia constante, colocarlo siempre en el campo de batalla y entender que su inteligibilidad no la podemos aprehender sólo en los umbrales de la sangre y del dolor, sino también

²⁷ URIBE de Hincapié, María Teresa. *Notas para la conceptualización del desplazamiento forzado en Colombia*. En: *Estudios Políticos*, nro. 17. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín, 2000. pág. 62

²⁸ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Trad. José Vásquez Pérez. Barcelona, 1987. pág. 56

²⁹ KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Daniel Bonilla. Ed. Gedisa. Barcelona, 2001. pág. 158

³⁰ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibely. Las ediciones de la Piqueta. Madrid, 1992. pág. 277

allí donde aparentemente es un ejercicio del bien sobre el mal, del orden sobre el desorden.

La dignidad humana

Un ejemplo recargado de esa imposibilidad de los abogados de ver el mundo sin una referencia al orden superior y a unos valores superiores, lo podemos apreciar en el manejo de la dignidad humana. Por paradójico que parezca, no hay ningún sector del ordenamiento jurídico en el cual se use con mayor frecuencia la expresión “dignidad humana” que en el derecho penal. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad, dice el artículo 1º del Código Penal vigente. Sabemos que el derecho penal se ocupa precisamente de regular aquellos hechos que justifican la imposición de una pena. Sólo un despiste mayúsculo o una mala fe monumental pueden dar lugar a este disparate. Ya lo decía el mismo Foucault: “Meter a alguien en la cárcel, encerrarlo, privarlo de comida, de calefacción, impedirle salir, hacer el amor (...) etc., ahí está la manifestación del poder más delirante que uno pueda imaginar.”³¹

Además, si miramos la Constitución, se nos dice: “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana (...)”³² No creo que sea necesario hacer muchos esfuerzos para entender el juego estratégico que animan estas disposiciones.

Cuando se asume la dignidad humana como una categoría a priori, bien sea para establecer un Código Penal o para formular una constitución, nos están invitando nuevamente al olvido:

[...]; los derechos humanos nacen como un principio crítico frente a lo que en esa época singular se revelaba como intolerable: el despotismo y sus aliados. Los derechos no nacieron a partir de la antropología; se trata de una emergencia histórica, un acontecimiento que brotó como respuesta crítica ante una experiencia, históricamente situada, de lo intolerable. Si el humanismo de tinte universalista o nacionalista es invocado hoy como norma por los Estados, si lo intolerable es este humanismo avasallador, coartada para una gestión técnica de nuestras vidas, los derechos del hombre no pueden comprenderse como la consecuencia moral de una naturaleza común a todos los seres humanos; hablan de un derecho a gobernar autónomamente la propia vida, un derecho a construir la propia diferencia.³³

Cuando se toma la dignidad humana como un *a priori*, no hacemos más que taparnos los oídos para no escuchar el fragor de las batallas que por siglos han resonado para que a la mitad del género humano se le considere sujeto de derechos y se planteara una igualdad entre hombres y mujeres; para que una parte importante de los hombres (en algunas sociedades hasta el 90%) no fueran considerados cosas que se podían vender, cambiar y matar como cualquier otro animal; para que frente a los niños se admitiera que tenían derechos y que no

³¹ FOUCAULT, Michel. *Los intelectuales y el poder*. En: *Estrategias de poder. Obras esenciales*. Vol. II. Paidós. Barcelona, 1999. pág. 109.

³² Artículo 1º Constitución Política de Colombia.

³³ VÁSQUEZ García, Francisco. *Op. cit.* págs. 42-43

eran sólo adultos más pequeños; o que a las personas del mismo sexo se le permitiera tener relaciones sexuales sin la amenaza de la muerte, la cárcel o el ostracismo social y jurídico, a título de enfermos, locos, criminales o diabólicos.

El ejercicio estratégico de considerar la dignidad humana como una derivación normativa, consiste en que ahora es el creador de la norma, tan generoso, el que le da fundamento a la dignidad humana y la defiende, echando al olvido precisamente la pregunta clave: ¿contra quién se obtuvieron los derechos?

Antropológicamente no podemos encontrar ninguna diferencia entre un hombre, una mujer, un esclavo, un niño o un homosexual, por ejemplo. Todo lo contrario, la masculinidad, la esclavitud, la niñez y la sexualidad son categorías sociales, cultural y políticamente construidas, mantenidas y manipuladas y por el mismo procedimiento extraemos otros conceptos: propiedad, libertad, seguridad, padre, hijo, trabajador, funcionario, hasta llegar a confundir el derecho como un dato ontológico, desprendido, sin ningún trauma, de la naturaleza, y olvidamos que no pasa de ser una *construcción* para separar a unos e incluir a otros; privilegiar aquí y discriminar allá, es decir, para dominar y controlar.

He citado algunos ejemplos en los cuales aparentemente se han logrado algunas conquistas: igualdad formal entre hombres y mujeres, prohibición de la esclavitud, derechos para los niños, no discriminación por razón de preferencias sexuales. Pero de ahí a que se hagan realidad, hay mucha distancia como lo saben perfectamente quienes hayan trabajado en alguno de esos campos, y sobre todo quienes todavía padecen el incumplimiento de esas promesas normativas; mucho menos podemos creer que esos logros son definitivos, pero, repito, por lo menos están casi positivizados.

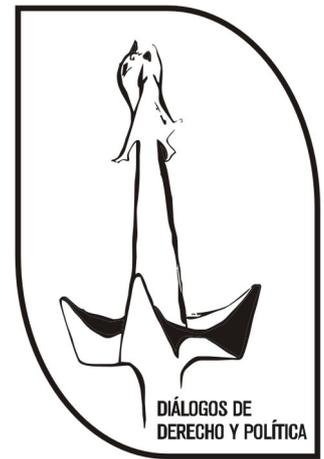
En un país como Colombia estamos muy lejos de poder pensar que el incumplimiento de estas promesas normativas sean las más graves, las más dolorosas y las más traumáticas. En un país como el nuestro, las desapariciones, los desplazamientos forzados, las ejecuciones extrajudiciales, los secuestros, las detenciones arbitrarias, las torturas, probablemente harán que otras cosas intolerables pasen a un segundo plano y que parezcan como triviales ante tanta barbaridad. Pero no debemos perder de vista que siguen existiendo otros horrores insoportables tan cotidianos, que aparentemente escapan al conflicto o a sus formas más insidiosas y lo que es más paradójico, es a muchas de esas instituciones intolerables a las que nos vemos obligados a acudir en busca de ayuda:

Los tribunales, las prisiones, los hospitales, los hospitales psiquiátricos, la medicina laboral, las universidades, los organismos de prensa y de información; a través de todas estas instituciones y con distintos disfraces, se expresa una opresión que es en su origen opresión política. Esta opresión, la clase trabajadora siempre ha sabido reconocerla; nunca ha dejado de oponerse a ella; pero aún así ha estado obligada a padecerla. Pues bien, ahora se está volviendo intolerable para nuevas capas de la sociedad -intelectuales, técnicos, hombres de leyes, médicos, periodistas, etc.-. Los que se encargan de impartir la justicia, la salud, el saber, la información, empiezan a sufrir, en su propia labor, la opresión de un poder político.

Este aparte que pertenece al primer opúsculo publicado por el GIP (Grupo de Investigaciones sobre la prisión), en 1971, editado por Editions du Champs Libre,³⁴ señala unos objetivos muy claros, perfectamente trasladables al ejercicio cotidiano en las facultades de derecho. Es un trabajo que no debe estar encaminado a: “[...] mejorar, suavizar, volver más soportables un sistema opresivo. Están previstas para atacarle allí donde se expresa bajo otro nombre -el de justicia, de la técnica, del saber, de la objetividad”.

Como puede verse, lo que hace Foucault es una invitación a que nos sacudamos de tantas evidencias; que no demos por establecido lo que el paso del tiempo ha cargado de familiaridad y comodidad, y que intentemos ver bajo el manto de tantos valores y tantos principios, hormigear unas estrategias tan mezquinas como anestésicas.

³⁴ Citado en: ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. Trad. Thomas Kaut. Editorial Anagrama. Barcelona, 1992. págs. 280-281.



El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia

Julián Andrés Muñoz Tejada

Abogado y docente de las cátedras de Política Criminal y Derecho Penal en la Universidad de Antioquia

Correo electrónico: julian@soportelegal.net

El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia

Resumen

En el presente artículo se intenta relacionar conceptos como política criminal, delito político y guerra, para entender cómo es que actividades que en principio son lícitas (como la abogacía) terminan siendo alcanzadas por las redes del sistema penal en un intento por derrotar nuevos enemigos convenientes. Concretamente, se dará cuenta de la manera como asumir la defensa técnica de una persona etiquetada como terrorista, supone la extensión de dicho estigma al abogado.

Palabras clave: Política criminal, guerra, delito político, criminalización, actividades lícitas, abogados.

Introducción

La política criminal y la guerra son, en principio, estrategias distintas para afrontar problemáticas también diversas. Así pues, si hablamos de política criminal podríamos referirnos a una forma de ejercer poder en relación con el fenómeno criminal, mientras que, si el lenguaje es el de la guerra, el interés supuestamente se trasladaría al combate de un enemigo (con una pretensión de exterminio si se presenta la oportunidad).

En la primera parte de este escrito se intentará una aproximación a estos dos conceptos (política criminal y guerra), y, en la segunda, se mostrarán algunos encuentros y desencuentros entre ambos para advertir que el lenguaje bélico termina por colonizar los terrenos de la política criminal, y que, por tanto, nuestra política criminal en sus condiciones de emergencia y desenvolvimiento está atravesada por una realidad bélica ineludible.

Política criminal en Colombia

La política criminal es entendida por autores como Hassemer como el conjunto de instrumentos y mecanismos dispuestos para el control del delito, más concretamente como un instrumento de control del delito referido a la política penal.¹ Es más, la pregunta sobre qué es la política criminal se remonta a autores como Kleinsrod y Henke en 1793 y 1823 respectivamente.² Por su parte, un autor como Heinz Zipf, en una labor un tanto enciclopédica enseña,

(...) Política-criminal (...) es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la política-criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental politicocriminal), su configuración y realización prácticas en virtud de la función, y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejora (realización de la concepción politicocriminal en particular). En este marco se impone especialmente a la política-criminal la tarea de revisar y, en caso dado, acotar de nuevo la zona penal, así como medir la forma operativa de las sanciones según la misión de la justicia criminal.

Con ello, la *política-criminal* puede definirse brevemente como *obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal*.³

Otro autor alemán como Roxin, concibe la política criminal en una íntima relación con la dogmática jurídico penal. Se aparta un poco de la idea de Liszt al entender que la política criminal no sólo debe estar encaminada a prevenir

¹ HASSEMER, Winfred; MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. págs. 27-35.

² LOZANO Tovar, Eduardo (2007). *Manual de política criminal y criminológica*. Editorial Porrúa, México, pág. 1.

³ ZIPF, Heinz (1979). *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaen, Edersa. pp. 3-4.

delitos, sino que sus contenidos deben tener como referente a la Constitución y a las normas rectoras de los códigos penales.⁴

Podría seguirse sugiriendo toda suerte de variantes al concepto de política criminal, y decir que ésta puede ser vista desde una perspectiva bifronte: como práctica, valga decir, en términos ontológicos, o como disciplina crítica, esto es en términos prescriptivos,⁵ o también decir desde un plano criminológico que la política criminal es un conjunto de estrategias de intervención sobre las cuestiones penales.⁶ Sin embargo, a efectos del mayor rendimiento explicativo del concepto frente a la convulsa realidad colombiana, se acoge el planteado por el profesor Grosso García, al entender la política criminal como la manera de ejercer “el poder en relación con el fenómeno criminal, actividad ésta que se realiza en un doble sentido: como definición y como respuesta”.⁷

Esta definición nos permite entender que la criminalidad no es un dato ontológico pendiente de verificación por parte de los hacedores de política criminal. Por el contrario, advierte la necesidad de elaborar definiciones, siendo a partir de éstas que se producen respuestas concretas para conjurar eso que previamente fue definido como problemático.

Ahora, ¿qué tiene que ver la política criminal con la guerra, el derecho penal y el delito político? Como veremos a continuación, la relación entre estos conceptos no podría ser más íntima en una realidad como la colombiana, donde, todavía, estamos disputando lo que debe ser el Estado-nación; donde un conflicto de larga duración atraviesa las prácticas punitivas desplegadas para hacer frente a la criminalidad; donde a partir de mistificaciones vulgares se despoja al delito político de sus notas características; donde ese delito político es utilizado como pretexto para criminalizar⁸ algunas formas de protesta o, incluso, de mera crítica desde los espacios académicos o del ejercicio de profesiones como el derecho.

Guerra, perturbación del orden público, conflicto de larga duración

La guerra puede entenderse desde una doble perspectiva. De un lado, vemos la guerra como acción, y, de otro, la guerra como estado. En la primera estaríamos frente a una “declaratoria” de guerra, como en los conflictos de alta y mediana intensidad donde es un Estado o un grupo de Estados el (los) que declara (n) la guerra a otro(s) Estado(s). Mientras tanto, la guerra como estado da cuenta de una fragilidad institucional, de una imposibilidad manifiesta por

⁴ ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, introducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch, Valencia. p. 58.

⁵ FERNÁNDEZ Carrasquilla, Juan (2002). *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. p. 225.

⁶ PÉREZ Toro, William Fredy (2009). *Notas de clase Especialización en Derecho Penal*. Escuela de Derecho, Universidad Eafit. Medellín, Semestre I-2009.

⁷ GROSSO García, Manuel Salvador (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen. Perspectiva político criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. p. 16.

⁸ Sobre los procesos de criminalización ver: SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Editorial Temis, Bogotá, pp, 17-20.

detentar el monopolio de la fuerza y sobre todo, por un Estado-nación en construcción. Así lo ha entendido la profesora María Teresa Uribe:

En el *estado de guerra*, la soberanía está en disputa y existe una tendencia al equilibrio de las fuerzas sobre la base de los desequilibrios. Según Hobbes, los (p, 13) débiles lo son sólo temporalmente pues pueden recurrir a la astucia, a la estratagema, a las sorpresas o a las alianzas para imponer su voluntad y hacer valer sus intereses (...)

Cuando prevalece *el estado de guerra*, cuando la soberanía está en vilo, todos tienen el poder que da la violencia. Ante este poder todos son iguales o como diría Hegel, cada uno es débil frente a los demás y por tanto cada uno es enemigo y competidor de los otros, de ahí la célebre frase *bellum omnium contra omnes*.⁹

Como vemos, para esta autora, el rasgo determinante de este tipo de confrontaciones es el conjunto de soberanías sobrepuestas y en pugna constante, soberanías en vilo que

mantienen por tiempo indefinido los estados de guerra, permitiendo que en varias regiones del territorio nacional se configuren *órdenes alternativos de facto* con pretensiones también soberanas. En estos espacios se definen formas particulares y no convencionales de hacer y representar la política, de usar los recursos colectivos y de fuerza; se trazan fronteras y se delimitan territorios exclusivos; se instalan autoridades y mandos alternativos; se establecen circuitos de poder a través de los cuales se mantiene, en los espacios controlados de esta manera, la capacidad para tomar decisiones soberanas: desplazar población no confiable y concitar obediencia y acato de quienes allí residen, bien sean éstos ciudadanos corrientes o representantes y administradores del poder público.¹⁰

Adicionalmente, en el proceso de construcción de un Estado-nación, vemos cómo el conflicto tiende a deteriorarse cuando éste se mantiene en un arco prolongado de tiempo.¹¹ Las dinámicas bélicas actuales responden a necesidades muchas veces distantes de las causas o razones que motivaron el ingreso en la guerra de un combatiente. Como sostiene el profesor Pérez Toro, "(...) una confrontación interna de larga duración, como la que vive Colombia, ofrece hoy imágenes y evidencia la superposición de circunstancias, causas, protagonistas y dinámicas tan disímiles que, para decirlo gráficamente, su desarrollo puede verse vía satélite al mismo tiempo que sus causas pueden remitir a una época de "imágenes en sepia (...)"¹²

Y es que en un estado de guerra (de larga duración), el control del delito adquiere unas características bastante particulares, sobre todo cuando se habla de librar una guerra contra formas concretas de criminalidad como el

⁹ URIBE de Hincapié, María Teresa (1998). *Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz*. En: Estudios Políticos N° 13 (julio-diciembre de 1998). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín. p, 14.

¹⁰ *Ibidem*. pág. 19.

¹¹ *Ibidem*. págs. 20-21.

¹² PÉREZ Toro, William Fredy (2000). *Guerra y delito en Colombia*. En: Estudios Políticos N° 16 (enero-junio de 2000). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín. p, 14.

comunismo, el narcotráfico o más recientemente el terrorismo. Es claro que para el discurso jurídico hablar de guerra contra el delito no podría ser más desafortunado, sin embargo, el papel que se confiere al derecho penal no es el de aquel instrumento de protección al ciudadano (carta magna en palabras de Von Liszt), sino de una simple herramienta de guerra que desde el comienzo está dispuesta para castigar sólo algunos tipos de desviación.

Los verdaderos guerreros poco o nada tienen que temer al sistema penal. Si se incrementan las penas para generar contramotivaciones a delitos como el homicidio, por lo menos se debe tener en cuenta que a los actores armados poco o nada les importa una norma más. En efecto, "(l)as conductas atribuibles a guerrilleros o autodefensas que afectan a cualquiera de ellos mismos se encuentran tan distantes de su persecución y sanción, como la vigencia de derecho institucional en sus respectivos territorios o en los escenarios de su encuentro bélico. Se trata de una guerra, no de una relación regulada. *No derecho* es, otra vez, la palabra clave."¹³

Entonces, la guerra y el delito parecieran entrecruzar sus dominios. Las reformas y contrarreformas diseñadas para hacer la guerra a unos actores (que podríamos identificar con la insurgencia armada o guerrilla), parecieran producir efectos en escenarios distintos a los que aparentemente las motivaron. Del mismo modo, se niega la existencia del conflicto y con ello se intenta dar un tratamiento desde el derecho penal a la guerra.¹⁴ Frente a esto, es también sobrecogedora la manera como se ha venido tratando el delincuente político en Colombia.

El delito político puede dar cuenta o bien de un enemigo relativo, al que se considera un tratamiento privilegiado sobre la base de la simetría moral en sus relaciones con el Estado; o, también puede dar pie a concebir al delincuente político como un enemigo absoluto, en cuyo caso se admite su tratamiento discriminatorio por comportar una asimetría moral respecto del Estado.¹⁵ Esta posición schmittiana del delincuente político parece ser la que se acogió en Colombia.

Ahora, siendo muy peligrosa esta forma de tratar el delito político de cara a una eventual reconciliación, lo realmente preocupante es la forma como se usa el delito político para intervenir y desestimular algunas formas de protesta social, ejercicio de actividades lícitas (como la abogacía) o la mera crítica dentro en ámbitos universitarios.

Es particularmente llamativo el tratamiento que ha recibido el delito político en el contexto colombiano. Se supone que el delito político lo que pretende es en

¹³ *Ibidem*. pág. 34.

¹⁴ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. 2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O. (coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. BdeF-Edisofer, Montevideo-Buenos Aires-Madrid. pág. 87.

¹⁵ OROZCO Abad, Iván (1992). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia. Editorial Temis, Bogotá. Pág. 31.

primer lugar, reconocer un conflicto, dar cuenta de problemáticas no resueltas en el proceso de configuración del Estado-nación. Y, en segundo lugar, otorgar un tratamiento punitivo privilegiado a aquellos individuos que, en el marco del conflicto, cometan delitos conexos con el mismo.

Sin embargo, el uso del delito político a partir de la sentencia C-456 de 1997¹⁶, antes que dar cuenta de una realidad bélica innegable¹⁷, lo que hizo fue dar al traste con toda una tradición jurídica. Partiendo de argumentos falaces como por ejemplo que, así como en España, “un Estado con una indiscutible organización democrática”, dijo la Corte, no se permite ningún tipo de trato benigno a los actos cometidos en combate; ello por sí mismo, avalaría una realidad jurídica similar en el caso colombiano. Al referirse a dicha providencia, el profesor Pérez Toro, sostuvo:

(...) Que la tendencia en el mundo se encuentra acorde con la decisión de excluir del ordenamiento jurídico colombiano la conexidad –y por tanto el delito político- es un hecho cierto. Esa es la tendencia, y también lo es la reducción de la democracia al mercado y el empobrecimiento creciente de vastos sectores sociales, el desplazamiento interno y las migraciones internacionales (...) y tantos otros fenómenos. Otra vez, esa especie de falacia naturalista que, a lo sumo, podría legitimar a Yves Saint-Laurent: de que así sea la moda en París, se sigue así debe ser aquí.¹⁸

Pues bien, antes de proseguir debe realizarse un par de precisiones en torno a la forma como aparece efectivamente regulado el delito político en Colombia:

- En primer lugar, tanto el delito de rebelión como el de sedición exigen el uso de las armas para producir la supresión o modificación del régimen constitucional o legal, si hablamos de la rebelión, o, que se impida transitoriamente el funcionamiento de dicho régimen si nos referimos a la sedición.
- En segundo lugar, sólo aquellos individuos pertenecientes a grupos armados revolucionarios podrían ser sujetos activos de estos delitos, pues sólo éstos podrían intentar subvertir, suprimir o modificar el régimen constitucional o legal.

Así las cosas, un ejercicio de lógica elemental exigiría que sólo aquellas personas que porten armas idóneas para derrocar al régimen constitucional o legal, podrían ser autoras de delitos como rebelión o sedición. Sin embargo, se presentan situaciones como las siguientes:

¹⁶ Sentencia mediante la cual se suprimió la conexidad en los delitos políticos como dispositivo de eliminación de reproche penal de los actos cometidos en combate.

¹⁷ Y para no caer en ese molesto nominalismo de seguir disputando por si es una guerra, o una mera perturbación del orden público, lo cierto es que no hay un Estado debidamente consolidado, no hay una soberanía única y, lo más importante, existen órdenes alternos que detentan, detentaron y probablemente detentarán poder efectivo en los territorios donde hacen presencia.

¹⁸ PÉREZ Toro, William Fredy (1999). *Ahora sí, el poder jurisdiccional. A propósito de la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional*. En: Revista Nuevo Foro Penal, N° 60, Centro de Estudios Penales Universidad de Antioquia. Editorial Temis, Bogotá. págs 154-155.

En primer lugar, se ha producido una suerte de criminalización de la protesta social. O al menos así lo han denunciado múltiples organizaciones defensoras de los derechos humanos. En lo que respecta al primer año de gobierno del actual Presidente de la República, un informe de derechos humanos expuso lo siguiente:

Los regímenes políticos que hacen de la seguridad su núcleo, que convierten los estados de excepción en reglas permanentes, que confunden deliberadamente las amenazas a la seguridad interna y a los enemigos con los adversarios políticos, no dejarán de postular un ideal de seguridad que “legítima y legalmente” puede constreñir y limitar las libertades. No es ligero afirmar que, desde el marco internacional de los derechos humanos, los 7 allanamientos contra sedes o domicilios de dirigentes sindicales, las 26 detenciones de sindicalistas y los 16 casos de hostigamiento ocurridos entre enero y julio de 2003, constituyen no sólo actos violatorios de la libertad individual, sino que además evidencian la paradoja que enfrentan las organizaciones políticas y sociales cuando se vislumbran procesos de paz o se establecen estrategias definitivas de guerra contra los actores armados. El gobierno de Álvaro Uribe sigue la tradición de todos aquellos gobiernos que se han propuesto conseguir la paz o la seguridad: el discurso de paz o de guerra se acompaña de un progresivo endurecimiento con los actores del conflicto económico y social que se ubican por fuera de la acción armada. De esta manera, la política de seguridad del actual Gobierno representa un aumento escandaloso de la represión al derecho de asociación sindical, la declaratoria política permanente de calificar los paros como ilegales, los hostigamientos de la fuerza pública a todo movimiento de protesta y el aumento de las amenazas a trabajadores sindicalizados en momentos centrales de resolución de conflictos laborales.¹⁹

Un panorama similar al que tuvo lugar en vigencia del Estatuto de Seguridad en el que se apeló al derecho penal para reprimir diversas manifestaciones sociales de protesta en pleno auge de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN). Este período (décadas de los 60, 70 y parte de los 80) supuso el relevo del enemigo partidista de la época de la Violencia; ahora se trató del subversivo. Como sostiene el profesor Julio González Zapata, “discursivamente se hace el relevo entre una violencia fratricida, nacida de la confrontación liberal-conservadora, a una violencia que viene desde ahora, que está dirigida no contra un partido determinado, sino contra la democracia, la civilización occidental y la cultura cristiana”.²⁰

En consecuencia, se crea un nuevo enemigo: el subversivo. Y por ser tan amplio el término de subversión, se dio vía libre a la represión todo tipo de protesta, no sólo la armada. Así lo explica Sandoval Huertas,

¹⁹ Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (2003). *El embrujo autoritario. Primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá. pág. 155.

²⁰ GONZÁLEZ Zapata, Julio (2009). *La política criminal en Colombia o como se construye un enemigo*. En: CALLE Calderón, Armando Luis (Compilador). *El estado actual de las ciencias penales*. Universidad de Antioquia–Grupo Editorial Ibáñez, Medellín. pág. 150.

La subversión no es necesariamente armada, ya que se manifiesta en forma de movilizaciones, huelgas, *aplicación de ciencias sociales comprometidas*, infiltración en escuelas y universidades. Todos estos mecanismos se tornan cada vez más sutiles, y el peligro se cierne sobre nosotros y nuestros seres más queridos. Tenemos una grave responsabilidad sobre nuestros hombros, la de combatir contra un enemigo que no se puede reconocer ni saber cuándo dará su golpe. Por eso hay que estar prevenidos para contrastar sus acciones o tomar la ofensiva en caso necesario.²¹

La relación guerra, delito y política criminal está atravesada por las transformaciones que ha sufrido la noción de delito político. De ser una institución jurídica cuya finalidad era dignificar al combatiente rebelde (a partir de un tratamiento punitivo más benigno que el dispensado a los delincuentes comunes), deviene en una cláusula amplísima de intervención de derechos que históricamente han sido percibidos como un correlato no armado de la insurgencia.

Estamos hablando de derechos como la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho de reunión, de asociación, en fin, de aquellos derechos que desde el auge de la DSN, han sido vistos como manifestaciones civiles del enemigo interno que la fuerza pública combate.²² De esta manera, se criminalizan algunas manifestaciones sociales de protesta y se torna en enemigo al disidente, y prácticas como las que pasarán a describirse, cuentan con respaldo o por lo menos son vistas con indiferencia por algún sector de la opinión pública.

Lo más peligroso de la forma como se debilita el ya debilitado Estado de Derecho colombiano es el apoyo que suscita este tipo de prácticas. De nuevo el sentido común es el criterio rector de la racionalidad punitiva; con lo cual, “si lo siguen es por algo”, “si le inician un proceso penal es por algo”. Y complementando lo que el profesor Sotomayor indica sobre “el proceso como condena” o “la condena sin proceso”,²³ existe una situación aún más dramática y que sigue estando atravesada por la retorcida noción de delito político hoy vigente: las labores de inteligencia y seguimiento de personas.

En estos casos, ni siquiera inicia una investigación preliminar en contra del presunto infractor. Y, como sugiere el artículo 267 de la Ley 906, la persona

²¹ SANDOVAL Huertas, Emiro (1985). *Sistema Penal y Criminología Crítica*. Editorial Temis Librería, Bogotá. pág. 91

²² “En dicha lógica de poderes exorbitantes radicados en cabeza de las fuerzas militares, podría pensarse que los niveles de consenso no serían muy altos. Sin embargo, recordando los efectos de saber de la DSN (concretamente la difusión del discurso anticomunista en la población civil), podemos concluir que la población avalaba dichas prácticas con todo y lo cuestionables que podrían ser a la luz de la legalidad de los delitos y las penas en un Estado de derecho. Una aceptación producto de la polarización a la que acudió la sociedad tras la separación entre los malos (el comunista) y los buenos (quien no es comunista y lo combate)”. En: MUÑOZ Tejada, Julián Andrés (2006). *Doctrina de la seguridad nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas*. En: Estudios de Derecho Número 142 (año LXVI –segunda época-, diciembre de 2006). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. pág. 205.

²³ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Op. Cit.* págs. 97-102.

sólo tendría derecho a saber los motivos por los que es investigado si al menos ha dado inicio a la etapa de indagación. Pero, las labores de inteligencia militar no suelen realizarse en el marco de los procesos penales, y es por ese motivo que los seguimientos y “chuzadas” a ciudadanos señalados como “rebeldes” se hacen de una manera completamente desregulada.

Conclusión

Ya es de público conocimiento un comunicado en el que se denuncian señalamientos a algunos estudiantes y profesores de la Universidad de Antioquia y se los trata como rebeldes.²⁴

Lo preocupante de este tipo de prácticas es que si bien implican una efectiva intervención en la órbita de derechos de los encartados, al no realizarse en el marco del proceso penal, no tienen control judicial y las personas objeto de los seguimientos no tienen la posibilidad de saber por qué están siendo investigados. De nuevo, la finalidad del delito político es tergiversada y en vez de ser empleado para reconocer y abordar en una perspectiva más pluralista un conflicto interno, se utiliza para silenciar, acallar, coaccionar el disenso político, o simplemente para coartar la libertad de ejercer profesión u oficio.

Asistimos pues a un manejo maniqueo de las cuestiones penales. Se definen y combaten enemigos en escenarios en los que la caracterización de Christie sobre los enemigos convenientes no podría ser más afortunada: “(...) son odiados por la población, (...) lucen fuertes. Pero en realidad el enemigo debe ser más bien débil, de manera que no represente un peligro real para los que están en el poder. Los buenos enemigos no están claramente definidos. Eso permite mantener una guerra indefinidamente”²⁵.

Y es luchando contra enemigos convenientes que se define y reacciona frente a la cuestión criminal con el argumento de combatir delincuentes políticos. Pero éstos ya no son los combatientes rebeldes de antaño; ahora son, en cambio, en la mayoría de los casos, meros disidentes (subversivos en el lenguaje de la DSN) o simples personas que ejercen una profesión liberal como el derecho.

²⁴ La Agencia de Noticias del Instituto Popular de Capacitación (IPC) dio a conocer algunos detalles de un informe de inteligencia elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) de la Fiscalía General de la Nación y la IV Brigada del Ejército, en el que a partir de dos testigos que vienen “colaborando” de tiempo atrás con el ente investigador en procesos adelantados por delitos como rebelión, destaca lo siguiente: “Lo particular de la versión de ambos testigos en este proceso es que ratificaron los informes de inteligencia militar sobre las presuntas relaciones de las organizaciones no gubernamentales y estudiantiles con el PC3, sindicando a profesores de diversas facultades, en particular de Derecho, así como a investigadores del Instituto de Estudios Regionales (INER) y a las directivas universitarias, entre ellas al actual rector Alberto Uribe Correa y varios de sus vicerrectores. Ambos testigos dejaron constancia que varios de los líderes universitarios cuestionados por sus presuntos vínculos guerrilleros son beneficiados por la institución otorgándoles para su sostenimiento personal monitorías en varias dependencias académicas, puestos de ventas y ayudantías en los negocios de fotocopiadoras.”

²⁵ CHRISTIE, Nils (1998). *El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización*, En: XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal. Bogotá. págs. 53-54.

En consecuencia, se trastocan los papeles y al combatiente rebelde ahora se le denomina terrorista y al disidente político, rebelde.

Y es que el panorama es aún más desolador, pues no sólo se criminaliza la protesta social a partir del tipo penal de rebelión,²⁶ sino también la mera crítica²⁷ o el ejercicio de actividades lícitas (como la abogacía).²⁸ En este orden de ideas, asumir la defensa técnica de una persona sindicada de delitos como terrorismo o concierto para delinquir, traslada la etiqueta de delincuente del procesado al abogado que promueve su defensa.

El ejercicio del derecho es una profesión lícita, y no valdría mucho la pena explayarnos en ello.²⁹ No obstante, al identificar la persona del investigado con el abogado que lo representa, se da al traste con los mínimos de garantías que en el plano del derecho internacional se ha reconocido a los profesionales del derecho; siguiéndose con ello la criminalización del ejercicio de una actividad lícita como es la abogacía.

En efecto, comunicados como el destacado en un pie de página anterior, relatan una suerte de complicidad entre el presunto infractor de la ley penal y quien lo defiende, cuando un mínimo de racionalidad jurídica indicaría que no sólo el procesado tiene derecho a un abogado,³⁰ sino que el abogado tiene derecho a no ser identificado con la causa por la que actúa, al margen de que la investigación penal arroje como resultado la condena o la absolución del procesado.

Por lo tanto, el uso del delito político para criminalizar la actividad (en todo caso lícita) de los abogados que defienden personas sindicadas de cometer conductas punibles, además de injustificable a partir de un elemental

²⁶ Algunas de las formas usualmente conocidas de protesta social podrían verse en manifestaciones públicas de estudiantes o huelgas por parte de sindicatos.

²⁷ Ver: GONZÁLEZ Zapata, Julio. *Criminalización de la crítica*. Conferencia dictada el día 17 de junio de 2009 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

²⁸ Cabe destacar a este respecto el estigma creado sobre algunos profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas por el mero hecho de asumir la defensa técnica de quienes fueron investigados tras la muerte de dos estudiantes y algunos daños al interior de la Universidad de Antioquia, el día 11 de febrero de 2006.

²⁹ En el plano del derecho internacional podríamos considerar el Tratado de la Habana, por medio del cual se definen algunas garantías para el ejercicio de la profesión. Dicho tratado dispone en algunos de sus apartados que: "18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones. (...)23. Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión"²⁹. Como vemos, a partir de un instrumento de derecho internacional público, el Estado Colombiano se comprometió a garantizar unos mínimos de garantías para el ejercicio de la profesión de abogado. Sobre todo en materia penal, garantizar esos mínimos es un requisito indispensable para que hablar de debido proceso sea algo más que una mera reivindicación retórica.

³⁰ Derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política.

entendimiento de lo que implica un Estado de Derecho, da cuenta de un manejo maniqueo de las cuestiones penales, en virtud del cual, no basta con identificar –léase definir- una conducta y su posible autor como delito y delincuente respectivamente, sino que, además, los efectos de la criminalización se extienden a aquellos que despliegan una actividad lícita (tanto respecto de quien ejerce la profesión como del titular del derecho a la defensa).

En conclusión, separaciones tajantes entre buenos y malos, identificación del disenso político como criterio definitorio de delitos, criminalización de algunas manifestaciones de protesta social y asimilación entre actividad –presuntamente- delictiva con defensa respecto de la misma; éste es el panorama que atraviesa actualmente la realidad político criminal colombiana, donde el delito político es usado tan solo como instrumento de represión, que permite trasladar el lenguaje y los métodos de la guerra a escenarios que, por definición, nada tienen que ver con dichas dinámicas.

Este tratamiento bélico de la protesta, la crítica o el ejercicio de actividades lícitas, sólo tendría sentido si nos referimos a un conflicto de baja intensidad (o guerra sucia);³¹ entonces sí habría lugar a que se hablara de guerra contra el delito político en contextos de no confrontación armada. Y tendría sentido porque el enemigo ya aparece en cualquier escenario, sobre todo en aquellos que generan algún tipo de oposición; y ni siquiera oposición, basta tan solo que se dé cuenta de una realidad convulsa, que se discutan problemáticas o que se discrepe de la manera como se abordan las cuestiones públicas para afirmar que estamos frente a rebeldes o terroristas, como usualmente se les llama a todos aquellos que no se maravillan ante el fastuoso vestido del emperador.

³¹ URIBE de Hincapié, María Teresa (2001). *Nación, ciudadano y soberano*, Ed. Corporación REGIÓN, Medellín, pág. 40.

Referencias Bibliográficas

CHRISTIE, Nils (1998). *El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización*, En: XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal. Bogotá. págs. 53-54.

FERNÁNDEZ Carrasquilla, Juan (2002). *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

GONZÁLEZ Zapata, Julio (2009). *La política criminal en Colombia o como se construye un enemigo*. En: CALLE Calderón, Armando Luis (Compilador). *El estado actual de las ciencias penales*. Universidad de Antioquia–Grupo Editorial Ibáñez, Medellín. pág. 150.

_____ (2009). *Criminalización de la crítica*. Conferencia dictada el día 17 de junio de 2009 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

GROSSO García, Manuel Salvador (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen. Perspectiva político criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá. p. 16.

HASSEMER, Winfred; MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

LOZANO Tovar, Eduardo (2007). *Manual de política criminal y criminológica*. Editorial Porrúa, México.

MUÑOZ Tejada, Julián Andrés (2006). *Doctrina de la seguridad nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas*. En: Estudios de Derecho Número 142 (año LXVI –segunda época-, diciembre de 2006). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. pág. 205.

OROZCO Abad, Iván (1992). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia. Editorial Temis, Bogotá.

PÉREZ Toro, William Fredy (1999). *Ahora sí, el poder jurisdiccional. A propósito de la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional*. En: Revista Nuevo Foro Penal, N° 60, Centro de Estudios Penales Universidad de Antioquia. Editorial Temis, Bogotá.

_____ (2000). *Guerra y delito en Colombia*. En: Estudios Políticos N° 16 (enero-junio de 2000). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín.

_____ (2009). *Notas de clase Especialización en Derecho Penal*. Escuela de Derecho, Universidad Eafit. Medellín, Semestre I-2009.

Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (2003). *El embrujo autoritario. Primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá. pág. 155.

ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, introducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo Blanch, Valencia.

SANDOVAL Huertas, Emiro (1985). *Sistema Penal y Criminología Crítica*. Editorial Temis Librería, Bogotá. pág. 91

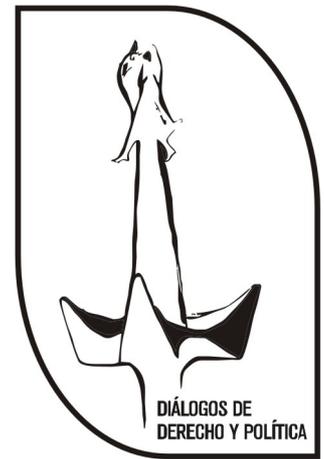
SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. 2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O. (coords.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. BdeF-Edisofer, Montevideo-Buenos Aires-Madrid.

_____ (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Editorial Temis, Bogotá, pp, 17-20.

URIBE de Hincapié, María Teresa (1998). *Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz*. En: Estudios Políticos N° 13 (julio–diciembre de 1998). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Medellín.

_____ (2001). *Nación, ciudadano y soberano*, Ed. Corporación REGIÓN, Medellín, pág. 40.

ZIPF, Heinz (1979). *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaen, Edersa.



Los movimientos sociales y la representación política. A propósito de la conmemoración de los 40 años de 1968

Luis Alfredo Atehortúa Castro
Profesor del Pregrado en Ciencia Política,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: alfac@mitra.udea.edu.co

Los movimientos sociales y la representación política. A propósito de la conmemoración de los 40 años de 1968*

Resumen

El texto es una conferencia presentada en el Teatro Camilo Torres Restrepo de la Universidad de Antioquia el 21 de mayo de 2008. Allí se plantean básicamente algunos aspectos con los que se dilucidan situaciones generales sobre las implicaciones globales del año de 1968, año de grandes convulsiones y cambios en los patrones e imaginarios que desde lo cultural, lo político, lo intelectual y lo social, develaron la crisis de los Estados, de la política tradicional y de los referentes tradicionales de autoridad. Así mismo se incorpora una mirada sobre el papel y protagonismo de los movimientos sociales -actores importantes que en el siglo XX dieron cuenta de un actor colectivo fundamental para las democracias-, así como de las restricciones, de las limitaciones e injusticias en que incurría “el mundo moderno”. En un desarrollo posterior se explicita el alcance y limitación de los movimientos sociales como actores fundamentales de la política en el siglo XXI, cuatro décadas después de que los sueños -las utopías- se colocaron en la cima de las expectativas de millones de personas en todo el mundo, tiempos en los que sigue vigente el reclamo por inclusión y justicia social.

Palabras Clave: 1968, Mayo de 1968, representación política, movimientos sociales.

* Conferencia dictada en el Foro: “1968: vueltas y revueltas, rupturas y movilización social”. Evento programado por los pregrados de sociología y de ciencia política. En el marco de los 20 años del Instituto de Estudios Políticos y de los 40 años del Departamento de Sociología. Realizado el 21 de mayo de 2008 en el teatro Camilo Torres, Universidad de Antioquia.

Los movimientos sociales y la representación política. A propósito de la conmemoración de los 40 años de 1968

"La razón histórica que la filosofía hoy se dispone a desplegar será despertar del sueño utópico, del ensueño de la razón, mas al ponernos ante la razón, insiste en la historia el mandato de aquella voz antigua con que Heráclito llamaba a despertar a los hombres de su tiempo; a despertar viéndonos en nuestro sueño;
a despertar sin dejar de soñarnos"
María Zambrano

1.

A la hora de pensar y de mirar acontecimientos de gran trascendencia en términos de posibilidades políticas y culturales para el cambio social o el mejoramiento de situaciones vividas -en el caso de los distintos eventos de 1968 y la lectura que sobre los movimientos sociales podría hacerse-, interesa aclarar que la conmemoración se convierte en un evento que intenta recuperar la memoria, lo que queda en los recuerdos, en la conciencia, en las valoraciones. Un espectro de estos tiempos es precisamente lo contrario, ya no pensamos ni actuamos con la memoria sino con el afán instintivo, visceral y pragmático de la competitividad y de lo "políticamente correcto".

La realidad social es puro movimiento y transformación, pero también es estática y obtusa en distintos escenarios, para pensar la realidad social es necesario afinar el pensamiento y la mirada, sí, porque como diría Balzac "miramos con la memoria; le imponemos a la escena, al fenómeno, un matiz intempestivo que proviene de otras miradas, miradas muertas, resguardadas por el tiempo que reaparecen y condicionan las miradas del presente".

Hoy comparto con ustedes una mirada, enriquecida, nutrida y configurada por la mirada de otros, como el caleidoscopio que permite a través del movimiento distintas escenas del acontecimiento observado. Yo no estuve, no presencié el año de 1968, pero sí he podido asomarme a la ventana inteligente de la escritura, de los estudios realizados, de los recuerdos y vivencias de mis amigos y colegas. Además, sólo haré referencia tangencialmente a aquel período, ya que estas palabras apuntan a los intrínsecos de los movimientos sociales como expresión de la acción colectiva que pulula en este nuestro tiempo para redefinir la política y los contornos de la democracia, como resultado de lo que se vivió en aquel entonces, pero también como evolución de la forma en que los pueblos, los actores sociales y políticos marginados, con rostro, con expresión, con palabras y acciones aparecieron desde mucho antes, pidiendo y exigiendo inclusión y reconocimiento; y que en pleno siglo XXI continúan develando claves de desciframiento acerca de la realidad social y de los ideales en un mundo turbulento y en construcción permanente.

El siglo XX fue para muchos intelectuales, científicos y humanistas, una combinación de situaciones extremas; por un lado fue el siglo de los adelantos científicos y técnicos más sorprendentes, del desarrollo de la medicina, la electrónica, las comunicaciones, entre otros importantes eventos; pero también,

fue el siglo de las grandes guerras, de las inminentes catástrofes y de la ampliación de la brecha entre ricos y pobres.¹

Políticamente, es el siglo de los acoplamientos de la instauración mundial de la democracia, de los estados de derecho, de la materialización de los derechos de segunda y tercera generación; es el siglo de las grandes hazañas de los actores sociales y políticos emergentes desde el seno de las comunidades campesinas, de obreros y de estudiantes a nivel mundial.

Y en ese siglo, 1968 es una coyuntura, es un momento histórico que deja rastros imborrables para las posteriores generaciones en el sentido intelectual, político y cultural.

El año de 1968 constituye para la segunda mitad del siglo XX una coyuntura espectacular con relación a sus efectos políticos, culturales e intelectuales para el mundo occidental y en especial para Europa, Estados Unidos y América Latina. Fue el año de las revueltas en las universidades norteamericanas, de la contestación de los estudiantes en las universidades de la España franquista, de la lucha por los derechos civiles de los negros en Estados Unidos, del nacimiento del movimiento feminista, del principio del fin de la Unión Soviética, de la primavera de Praga, de los asesinatos de Martin Luther King y de Robert Kennedy, de la matanza de estudiantes en Tlatelolco en la Ciudad de México, de la ofensiva del Tet en la guerra de Vietnam, del sexo, las drogas y el rock and roll y del mayo francés, entre muchos otros eventos.²

Como dice la canción, 1968, “ese año que duró 12 meses (...) la poesía salió a la calle, reconocimos nuestros rostros, supimos que todo es posible en 1968. Jean Paul Sartre y Dylan cantaban a dúo, jugaban al corro Lenin y Rimbaud, los relojes marcaban 40 de fiebre, se hablaba de sexo en la empresa Renault, dos y dos ya nunca más sumaron 4 (...) en medio de Praga crecían amapolas como un reto rojo al gris hormigón, la poesía salió a la calle, reconocimos nuestros rostros, supimos que todo es posible en 1968”. (Joaquín Sabina)

2.

Si partimos de este contexto, a la hora de hablar de la representación política, tendríamos que hablar del arte, de los graffitis, de las consignas. Una revolución expresada en las calles, en los paredones y en los recintos “sagrados” del pensamiento. Tales como “prohibido prohibir”, “la imaginación al poder”, “seamos realistas, exijamos lo imposible”. Pero resulta que esta representación es la respuesta a la crisis de la representación tradicional del poder político mundial y nacional, expresado en las decisiones de los partidos, de los gobiernos y de las ideas liberales heredadas paradójicamente de la Revolución Francesa.

Un nuevo orden mundial se erigía desde el fin de la guerra 1945. La bipolaridad, la guerra fría, y las permanentes arremetidas con misiones económicas, con recursos para la periferia y tanques y fusiles cuando así fuere

¹ HOBBSAWM, Eric (1998). *Historia del siglo XX*. Crítica, España.

² KURLANSKY, Mark (2004). *1968: El año que conmocionó el mundo*. Destino, Barcelona.

necesario, de modo que tanto en el Este como en Oeste, las intenciones expansionistas y la doblegación de la soberanía de los pueblos era un imperativo. Al interior de las naciones, y particularmente en América Latina, los influjos de la revolución y la contrarrevolución fueron pan de cada día luego de 1959, la revolución cubana permeó los imaginarios, la invención de la utopía. Factor estructural para toda la región en términos de ingerencia en imaginarios y acciones en estos países, pero obviamente habían situaciones endógenas a las naciones; el caso colombiano se definía simple y llanamente como la estructuración de un sistema de alternación sin alternativa, el Frente Nacional desde 1958 creó condiciones restrictivas para la democracia, así se haya afirmado que fue la solución a La Violencia, pero a qué precio.

El Frente Nacional fue un acuerdo del bipartidismo, el cual permitió la recuperación del poder institucional, pues se había ido de las manos, cuando Rojas Pinilla quiso perpetuarse en el poder y peligraba en quedarse por fuera del alcance de quienes disputaran los privilegios del control del Estado desde hacía más de un siglo. Es así como se gesta una recuperación de la convencionalidad que maquilla la estabilidad política, es decir, que siempre en la historia política colombiana, estabilidad política ha significado bipartidismo en el poder a través de sus acuerdos y mutaciones y la exclusión de otras fuerzas.

En la historia de las sociedades, las crisis han aparecido a través de diversas manifestaciones. En Colombia, el proceso de conformación del orden institucional ha sido forzado por los monopolizadores del control político desde tiempo atrás. El Frente Nacional fue una manifestación más de esa crisis, la cual ha sido inherente a las relaciones antagónicas de los grupos sociales y económicos, propia de los países colonizados y de capitalismo dependiente. De modo que la expresión de la representación política en el marco de los años sesenta y particularmente en el año 68, devela una situación excluyente que fue responsable en parte de la inconformidad creciente entre campesinos, obreros, estudiantes, pero también de otros actores que fueron articulando lo que posteriormente se conocerían como los nuevos movimientos sociales, tales como es el caso del ecologismo y el feminismo.

Los debates y los problemas ligados a la representación han sido interpretados predominantemente por actores institucionales como desajustes “fácilmente” superables. No se ha asumido que los problemas de la representación están relacionados con el hecho, por ejemplo, de que ganar elecciones no constituye de entrada una garantía para gobernar, se ha evadido también el hecho de que la identidad ha venido reclamando nuevos sujetos, nuevas formas de expresión política más allá de las tradicionales articulaciones a los sistemas tradicionales de los partidos.³

Cuando se habla de la representación política, se alude a un mecanismo medieval adoptado por la democracia moderna, como respuesta a la imposibilidad física de reunir a todos los miembros de una comunidad para tomar decisiones, que es lo que se conoce como democracia directa y que fue

³ MONEDERO, Juan Carlos (2007). *En dónde está el peligro...La crisis de la representación y la construcción de alternativas para América Latina*. Cuadernos del CENDES N° 64, enero-abril de 2007. Caracas. pág. 28

implementada por los antiguos griegos. En el proceso de conformación del Estado moderno a través de las revoluciones burguesas, la representación quedó articulada a la democracia y a las expresiones de gobierno, a las estructuras de los sistemas políticos de corte parlamentario o presidencial. Siendo así entonces que la representación constituye uno de los fenómenos más importantes y controvertidos de la vida política moderna.⁴

Es un lugar común entender la representación política y sus crisis como la crisis y el malestar con la política en sí misma. Ese escenario, mundo y término batallado desde la antigüedad como algo noble y perverso, adscrito ineludiblemente a la condición humana. Desde Aristóteles a Hannah Arendt, desde Thomas Hobbes a Carl Schmitt. Intentos por definir qué es la política han terminado por dejar abierta su condición polisémica como una constante del inframundo de las decisiones de la vida pública y privada. Cada generación, cada sociedad, ha tenido una idea diferente de la política, pero siempre ha estado ahí para ser cuestionada, para atacarla o para defenderla. Y en ese tire y afloje se recuerda una idea de Hannah Arendt quien sostenía que lo político está por encima de lo técnico o lo económico. Ningún modelo económico por sofisticado que sea, podrá generar justicia, coerción u orden, que es lo estrictamente relacionado con la política.

3.

En este orden de ideas, los movimientos sociales se configuran como uno de los actores colectivos y políticos más importantes, como resultado de la incapacidad de los partidos y de los gobiernos para responder a las necesidades o representar los intereses de grupos poblacionales que por afinidad a su condición étnica, territorial, laboral, vivencial o existencial se vieron en la necesidad de movilizarse para expresar, exigir y resolver sus problemas.

Pero la discusión sobre la dimensión y el papel político de los movimientos sociales, ha estado en la cima de las controversias más interesantes. Resulta que en los años ochenta, los gurúes de los movimientos sociales sostenían que éstos no eran políticos porque no aspiraban al poder, en los noventa muchos de estos mismos autores cambiaron de idea y terminaron por aceptar que los Nuevos Movimientos Sociales sí eran políticos, porque para esta época ya se entendía mejor que lo político y la política no se agotaba ni en el gobierno, ni en el Estado, ni en los partidos; y que la política tenía que ver además, con las transformaciones de la ciudadanía en términos de derechos ya no sólo individuales, sino sobre todo, colectivos.

Un proceso que podría afirmarse tiene relaciones muy directas con los reclamos de los años sesenta y con las expresiones de 1968, específicamente en lo que tiene que ver con la necesaria politización en términos de derechos, de la sexualidad, la planificación, el aborto, entre otras reivindicaciones que posteriormente serían incluidas en las constituciones y que sólo hasta nuestros

⁴ BEJARANO, Ana María (1997). *Tensiones y dilemas de la representación política*. Controversia N°235. CINEP, Bogotá. pág. 11-28.

días se propaga en las convicciones, en la racionalidad y sentimiento de las nuevas generaciones.

A los movimientos sociales se les ha abordado desde diversas perspectivas teóricas y contextuales, teóricas entendidas como los referentes paradigmáticos que le han asignado una definición y un papel protagónico determinado en la configuración de los actores, los órdenes sociales, políticos y contextuales en la medida en que se han delimitado experiencias en regiones determinadas que han develado dimensiones y características también concretas, los zapatistas en México, los sin tierra en Brasil o los piqueteros en Argentina.

Así mismo, existe una especie de esquizofrenia al nombrar, pensar e imaginar a los movimientos sociales como algo compacto, homogéneo o paradigmático. Versiones muchas de estas alimentadas por un profundo desconocimiento y a veces simplificada y ligera lectura de uno de tantos actores colectivos que existen en la dinámica de la organización social y política.

Desde la teoría del comportamiento colectivo, los movimientos sociales son grupos que actúan con relativa continuidad con el propósito de promover o resistir un cambio en la sociedad o entorno al que pertenecen. Desde la teoría de la construcción social son agencias de significación con determinada capacidad para generar referentes utilizados para la interpretación y comprensión de los problemas sociales, pero desde la teoría del proceso político los movimientos sociales son "formas de comportamiento organizado y racional que no se diferencian substancialmente de las actividades políticas institucionalizadas y han generado algunas de la transformaciones más importantes en las sociedades contemporáneas."⁵

En el contexto de la globalización y de las grandes transformaciones contemporáneas, la experiencia de los actores sociales constituye un referente y un escenario esencial para comprender fenomenológica y prospectivamente las relaciones y las jerarquías en las que se establecen las tensiones y conflictos entre el Estado y el mercado, el orden político y el orden social, lo público y lo privado, la ciudadanía y los nuevos derechos, la multiculturalidad y las pretensiones de igualación ante la ley.

En América Latina se expresa la vindicación de una lectura de las acciones de los movimientos sociales como expresión de las transformaciones de la democracia a partir de los procesos de transición y de la recuperación del Estado de Derecho en escenarios postdictatoriales, pero también en escenarios donde a pesar de la vigencia formal de la democracia, esta no alcanza a responder a las demandas de la ciudadanía por parte de los gobernantes o de los representantes del poder político.

Es en este escenario donde estos actores colectivos han develado una incidencia directa al convertir agendas organizativas y políticas de acción no institucional en políticas públicas, propiciando un replanteamiento de las

⁵ GINER, et al editores (2002). *Diccionario de Sociología*. Alianza, Madrid. pág. 511

nociones y fronteras de lo que se entiende y asume por ciudadanía, representación y participación política.⁶

Partir de este presupuesto o punto de referencia es importante para comprender la vitalidad para los procesos de organización social y política desde lo no institucional y también la incomodidad que generan estos actores, para el Estado en sus diversas instancias, las cuales hacen una lectura despectiva y subvaloradora de la importancia de estos actores para la vigencia y fortalecimiento de la democracia.

En Colombia la dinámica y el interés académico y político por los movimientos sociales se articula en un sentido amplio y polivalente debido a la situación permanente de exclusión, de conflicto y de guerra que afronta la sociedad colombiana, además de las permanentes luchas por la inclusión y el reconocimiento que en distintos períodos de nuestra historia reciente y particularmente a partir de las grandes movilizaciones de organizaciones sociales que en los años sesenta y setenta sortearon los campesinos agrupados en la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), los obreros y el papel desempeñado por la centrales obreras, los estudiantes en las distintas organizaciones y el papel y protagonismo desempeñado en cada región y movimiento.

Pero también es importantísimo mencionar los logros y reconocimientos obtenidos con la Constitución de 1991, en el sentido y la aceptación del país pluriétnico y multicultural, con lo que se le daría cabida a la diversidad como patrón fundamental de reconocimiento y de inclusión a vastos sectores poblacionales, lo que establecería un vínculo de lo cultural en las relaciones Estado versus sociedad civil. Permitiéndose a grupos considerables de población manifestarse, se han develado acciones colectivas como detonante de una nueva forma de entender, hacer y vivir la política.

Preguntarnos qué son, cómo aparecen y qué lugar ocupan los movimientos sociales frente a la llamada crisis de la representación política nos lleva inevitablemente a ubicarnos en dos campos teóricos que sustentan en principio su aparición.

En un primer momento retomamos la tesis según la cual el análisis de los movimientos sociales, está relacionada en las teorías globales del desarrollo histórico donde éstos aparecen como los nuevos actores del cambio social en un contexto poscapitalista y posindustrial. El otro enfoque es aquél que plantea que los movimientos sociales son el resultado de desajustes micro estructurales y de recomposiciones sociales y políticas.⁷ Dos ejes de interpretación que amplía y que hace compleja la tarea de comprender de qué manera los movimientos sociales se articulan a un proceso que ha llevado al

⁶ ESCOBAR, Arturo et al editores (2001). *Política cultural & Cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Taurus. pág. 18

⁷ RAMOS Rollón, María Luisa (1997). *La dimensión política de los movimientos sociales: algunos problemas conceptuales*. En: Revista española de investigaciones sociológicas N° 79 Jul-Set de 1997. Madrid. pág. 250

agotamiento para unos y a la ampliación para otros de los espacios y de las formas tradicionales de la representación política.

Los movimientos sociales son entendidos como formas de acción social colectiva más o menos permanente orientadas a enfrentar injusticias, desigualdades o exclusiones, es decir, que denotan conflicto y que tienden a ser propositivos. Un actor social pero también político en la medida en que incide en los espacios de decisión política.⁸

Si partimos del reconocimiento de que el papel de los movimientos sociales ante la crisis de la representación se entiende si aceptamos la teoría que los define como el resultado de desajustes micro estructurales, debemos hacer entonces énfasis en la dimensión política de éstos.

Comúnmente lo social al interior de los movimientos sociales se entiende desde la concepción weberiana que destaca la conducta humana en la que los sujetos entrecruzan un sentido subjetivo; por su lado la dimensión política se configura a partir de tres categorías: una vinculada al efecto que la estructura de oportunidad política tiene en el surgimiento y desarrollo de los movimientos sociales, otra relacionada a la susceptibilidad de los movimientos sociales para representar demandas sociales y por último su capacidad para influir en las decisiones políticas.⁹

El malestar con la política, con los partidos o con las formas tradicionales de representación ha llevado a que aparezcan organizaciones sociales y movimientos que han intentado una representación a las demandas a las que los partidos no han respondido, de ahí que se pregunte si los movimientos sociales están destinados a reemplazar a los partidos o si por el contrario terminarán siendo un complemento de éstos.

El surgimiento de los movimientos sociales en Colombia responde a un agotamiento y a una restricción de espacios políticos que desde el período de La Violencia y especialmente a partir de la instauración del Frente Nacional, llevaron a la organización de bases sociales que reivindicaban inclusión a través de la protesta social. Este proceso fue simultáneo a la aparición de las guerrillas, actores que en lugar de pedir inclusión pretendían sustituir el orden establecido a través de la guerra.

Durante el Frente Nacional, período que fue nombrado como sistema político de partidos de alternación sin alternativa, se configura una estructura de oportunidades políticas que excluye toda fuerza social y política organizada por fuera del bipartidismo. De todas maneras hay que recordar que los movimientos sociales aparecen en las primeras décadas del siglo XX relacionado con los procesos de desarrollo y crecimiento económico, pero paradójicamente marginando a vastos sectores de la sociedad, los que tuvieron

⁸ ARCHILA, Mauricio (1995). *Tendencias recientes e los movimientos sociales*. En: *En busca de la estabilidad perdida*. Tercer Mundo, Bogotá. pág. 254

⁹ RAMOS Rollón, María Luisa (1997). *Op Cit.* pág. 253

que movilizarse para reivindicar intereses desde lo agrario, lo sindical, lo urbano y lo político.¹⁰

Volviendo a la dimensión política de los movimientos sociales, es importante señalar que su protagonismo se ha visto diezmado o limitado en muchas ocasiones dado su asentamiento en los tipos de representación social más que en la representación política, así mismo como por su defectuosa preparación para apostarle a la representación política desde la participación electoral. Parece que las dos opciones llevarán a extremos desfavorables, debido a la falta de autonomía o por el contrario la exclusión.

La estructura del sistema de partidos ha configurado unas condiciones en las que las formas clientelares son las que dinamizan la representación política y definitivamente ese ha sido uno de los elementos que ha entrado a desacreditar y deslegitimar las formas tradicionales de hacer política, así sean muy funcionales.

¿Acaso los movimientos sociales se han encerrado en un laberinto del que sólo hay dos salidas, optar por la participación política y entrar en las cuestionadas formas tradicionales de representación o seguir marginadas de importantes espacios de decisión y jugárselas toda desde la movilización?

No hay que olvidar que la movilización y la protesta tuvieron momentos estelares en los años sesenta y setenta y en los ochenta con los movimientos cívicos, pero hoy en día, y hay que decirlo, sus ecos y sus formas organizativas son débiles, por un lado debido a la falta de organización social y el involucramiento de la violencia, lo que ha deslegitimado muchas de las formas de protesta, y por el otro, por el proceso antidemocrático de criminalizar la protesta por parte de los organismos de gobierno, para el caso colombiano.

Pero la debilidad de los movimientos sociales es una muestra no de la debilidad de la acción colectiva no partidista, es la expresión de una fracturación de la política en general, el descrédito de los partidos, las dificultades de los gobiernos, de los mandatarios locales, del Congreso en pleno, que no han sido suficientes, al menos en Colombia, para suscitar grandes cambios. Pese a ello, los partidos políticos tradicionales, expresados en sus recientes mutaciones siguen ahí controlando los destinos de los colombianos, definiendo políticas, acuerdos y visiones telúricas de futuro.¹¹

Desde esta perspectiva se pretende mostrar una realidad que desborda todas las miradas que atónitas tienen que reconocer que si queremos reivindicar otro sujeto para la democracia, hay que empezar a construirlo.

Últimamente se sigue insistiendo que el sujeto de la democracia es el ciudadano, siempre y cuando sea capaz de participar políticamente, lo que sustenta de manera alguna la importancia de que estos sujetos organizados

¹⁰ BETANCUR, Mauricio (1993). *Movimientos Sociales y Estado*. En: CÁRDENAS, Eduardo (coord.). *Modernidad y sociedad política en Colombia*. FESCOL, Bogotá.

¹¹ ARCHILA, Mauricio (2003). *Idas y Venidas vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia. 1958-1990*. CINEP, Bogotá.

social y políticamente, pese a que no son una garantía, siguen siendo la opción de un actor importante aunque no con el optimismo de otros tiempos. “La novedad de los Nuevos Movimientos Sociales no reside en el rechazo de la política sino, al contrario, en la ampliación de la política hasta más allá del marco liberal de la distinción entre Estado y sociedad civil.”¹²

Parece como si diéramos la vuelta y en lugar de representación en crisis con partidos políticos encontráramos entonces una representación también en crisis pero con otro actor a bordo, ¿curando la enfermedad por la herida?, o quizá debamos saltar fuera del círculo y plantear que el problema no es sólo de actores y señalar que la crisis es muy general y que no afecta sólo al sistema político y a los partidos, sino también a los propios movimientos sociales y a la sociedad en general.

4.

Finalmente, la inevitable relación entre representación política y representación social, y los abismos encontrados a la hora de medir y evaluar lo legítimo y lo justo de la representación en un escenario caracterizado en los últimos años de malestar con la política y con todo aquello tradicional que enquistó en los procedimientos y en el imaginario social a través de la corrupción y el clientelismo, permite que recordemos elementos de orden histórico que desde la perspectiva de las teorías sociales y políticas dan cuenta de la representación como algo agrietado, pero necesario para el ámbito de las decisiones públicas acordes al interés general. Los movimientos sociales son el legado de la crisis de la representación liberal, pero ellos requieren de la representación democrática que es el producto del complemento de lo político y lo social.

Así como en los años sesenta se vivió un cambio en la transformación de los paradigmas para comprender el mundo y una crisis de los principios de autoridad, en este siglo que apenas comienza también se vive la necesidad de exigir transformaciones estructurales para fortalecer lo que siendo débil sea necesario para el mejoramiento de la democracia y crear aquello que no tenemos y hace falta para la construcción de nuevos sujetos políticos.

Recordar el 68 es, como se dijo en un principio, retomar la memoria, no para vivir en el pasado, sino para construir un presente con sentido, articulado a las verdaderas exclusas del pensamiento y de las acciones, de lo que podemos hacer y soñar, pero también se trata de tener la capacidad para construir escenarios de interpretación que permitan ponderar los triunfos y los fracasos de lo que es la condición humana en cada uno de sus episodios. 1968 significó para muchos una revolución, expresada particularmente en los eventos del Mayo francés, para otros fue una revuelta romántica e ingenua que fracasó sólo unos días después, pero como se ha advertido, mayo fue uno de los tantos acontecimientos importantes de aquel año, un año que definitivamente sí incidió en grandes cambios, aunque el mundo siguiera siendo el mismo.

¹² DE SOUSA Santos, Boaventura (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Siglo del Hombre, Bogotá. pág. 321

Referencias Bibliográficas

ARCHILA, Mauricio (1995). *Tendencias recientes e los movimientos sociales*. En: *En busca de la estabilidad perdida*. Tercer Mundo, Bogotá. pág. 254

_____ (2003). *Idas y Venidas vueltas y revueltas. Protestas sociales en Colombia. 1958-1990*. CINEP, Bogotá.

BEJARANO, Ana María (1997). *Tensiones y dilemas de la representación política*. Controversia N°235. CINEP, Bogotá. pág. 11-28.

BETANCUR, Mauricio (1993). *Movimientos Sociales y Estado*. En: CÁRDENAS, Eduardo (coord.). *Modernidad y sociedad política en Colombia*. FESCOL, Bogotá.

DE SOUSA Santos, Boaventura (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Siglo del Hombre, Bogotá. pág. 321

ESCOBAR, Arturo et al editores (2001). *Política cultural & Cultura política. Una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Taurus. pág. 18

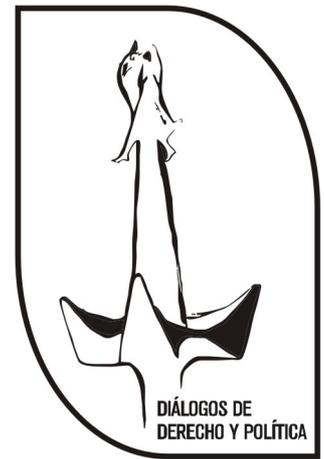
GINER, et al editores (2002). *Diccionario de Sociología*. Alianza, Madrid. pág. 511

HOBBSAWM, Eric (1998). *Historia del siglo XX*. Crítica, España.

KURLANSKY, Mark (2004). *1968: El año que conmocionó el mundo*. Destino, Barcelona.

MONEDERO, Juan Carlos (2007). *En dónde está el peligro...La crisis de la representación y la construcción de alternativas para América Latina*. Cuadernos del CENDES N°64, enero-abril de 2007. Ca racas. pág. 28

RAMOS Rollón, María Luisa (1997). *La dimensión política de los movimientos sociales: algunos problemas conceptuales*. En: *Revista española de investigaciones sociológicas* N°79 Jul–Set de 1997. Madrid. pág. 250



Los orígenes de la contestación universitaria en Medellín entre 1957 y 1968

Juan Carlos Celis Ospina

Profesor del Departamento de Sociología y del
Pregrado de Ciencia Política de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: jcelisospina@yahoo.com.mx

Los orígenes de la contestación universitaria en Medellín entre 1957 y 1968

Resumen

En los años sesenta del siglo pasado, las universidades se encontraban inmersas en procesos de masificación de la enseñanza, con una relativa democratización y una ampliación de la población de estudiantes en espacios como las ciudades universitarias, auténticas ciudades dentro de las ciudades. En la Universidad de Antioquia, el período entre 1957 y 1968, más que contestación universitaria, es de incapacidad de perfilamiento de un proyecto universitario dada la circunscripción de la academia a la acción ideológica. Sin embargo, sí se profundizó y masificó la profesionalización académica y se constituyó una comunidad de estudiantes, configurando una contestación universitaria sin proyecto, que está a la base de la crisis permanente en que se encuentra el actual proyecto de Universidad, como investigativa, profesionalizante y articulada a la dinámica empresarial, estatal y societal.

Examinar los orígenes de esa contestación universitaria sin proyecto, en momentos en que no se ve claro el futuro del proyecto universitario, significa cuestionar un pasado por algunos idealizado y por otros anatemizado, poco estudiado. En este artículo se reseña el período comprendido entre las manifestaciones estudiantiles de 1957, que contribuyeron a derrocar a Rojas Pinilla, y la apertura de la ciudad universitaria en 1968.

Palabras clave: contestación universitaria, movimiento estudiantil, comunidad de estudiantes, intelectuales, procesos culturales, cambio social, profesionalización académica.

Los orígenes de la contestación universitaria en Medellín entre 1957 y 1968

Entendemos por contestación universitaria el fenómeno cultural que se presentó en universidades estadounidenses y de Europa occidental como un cuestionamiento a la forma de utilización del conocimiento científico por las distintas instancias que ejercían poder en la sociedad, ya fuera para el uso de la Psiquiatría, la Sociología o el Trabajo Social para controlar y apaciguar los comportamientos desviados; la proyección de la Física, la Química y distintas ingenierías hacia la guerra; la orientación de la Antropología como herramienta del colonialismo, fueron algunas de las denuncias que trascendieron el campo del mero rechazo, y se convirtieron en programas de investigación y reelaboración de teorías, buscando autonomía para el desarrollo de las actividades universitarias, redefiniendo campos enteros del conocimiento.¹

Como parte de la contestación universitaria en los países industrialmente avanzados, fue la rebelión de la comunidad de los estudiantes contra la guerra de Vietnam, contra la represión de los instintos vitales, contra el consumo masivo, contra la comercialización de las relaciones humanas, del sentimiento, de la sexualidad, contra la ética laboral y el proyecto de vida proletarizado que se había producido de los profesionales universitarios tras la Segunda Guerra Mundial, en lo que Joseph Schumpeter denominaba la “sobreproducción de intelectuales”.

En los años sesenta del siglo pasado, las universidades se encontraban inmersas en procesos de masificación de la enseñanza, con una relativa democratización y una ampliación de la población de estudiantes, en espacios como las ciudades universitarias, auténticas ciudades dentro de las ciudades. Comunidad de estudiantes significa que los estudiantes se constituyen como ciudadanos foráneos en su ciudad dentro de la ciudad,² constituyendo una identidad transitoria -en tanto el período dedicado al estudio de una determinada ciencia o disciplina-, sustentada en la condición de esta categoría social de estar por fuera del circuito de la producción, en medio de la libre actividad investigativa y la reflexión crítica. Pero dicha identidad sólo es activable por procesos culturales de tipo ideológico o ético-cultural o político-moral o de proyecto intelectual.

La definición de contestación universitaria antes expuesta dista bastante del panorama que se presentaba en la universidad colombiana de los años sesenta, marcado por el proyecto político de la universidad al servicio del cambio social, y que Rafael Aubad ha nombrado como el período de la Universidad contestataria, que debelo como en aquel entonces, “ni los estamentos básicos, ni las directivas, ni los gobiernos nacional y departamental, ni los grupos de izquierda tenían proyecto alguno para la

¹ ROSZAK, Theodore (Editor) (1987). *La contestación universitaria: universidad y política en Estados Unidos*. Ed. Península, Barcelona.

² GOODMAN, Paul (1970). *La comunidad de los estudiantes*. Ed. Proyección, Buenos Aires.

Universidad de Antioquia".³ Al sazón de estas notas el centro de atención de nuestra reflexión por tratarse de la universidad pública por excelencia de la ciudad y la región.

Efectivamente, la Universidad de Antioquia en aquel período más que contestación universitaria a lo europea o norteamericana, es de incapacidad de perfilamiento de un proyecto universitario dada la "circunscripción de la academia a la acción ideológica",⁴ como ha caracterizado María Teresa Uribe ese período del Alma Mater. Sin embargo sí se profundizó y masificó la profesionalización académica⁵ y se constituyó una comunidad de estudiantes, configurando una contestación universitaria sin proyecto, que está a la base de la crisis permanente en que se encuentra el actual proyecto de Universidad, como investigativa, profesionalizante y articulada a la dinámica empresarial, estatal y societal.

Examinar los orígenes de esa contestación universitaria sin proyecto en momentos en que no se ve claro el futuro del proyecto universitario, significa cuestionar un pasado por algunos idealizado y por otros anatemizado, poco estudiado, reseñando brevemente el período comprendido entre las manifestaciones estudiantiles de 1957 que contribuyeron a derrocar a Rojas Pinilla, y la apertura de la ciudad universitaria en 1968, año que hoy estamos conmemorando como hito de rebelión estudiantil, emergencia de nuevos movimientos sociales y cambios profundos en la cultura y vida intelectual de occidente.

En Medellín, el 10 de mayo de 1957, día del paro cívico contra Rojas Pinilla, acontecimiento fundacional del movimiento estudiantil revolucionario, es secundado por estudiantes de universidades como la de Antioquia y la Pontificia Bolivariana. Como germen de las ideas y el prototipo de intelectual de la contestación universitaria paisa es de destacar la célula del Partido Comunista Colombiano que tras los acontecimientos del 10 de mayo de 1957 empieza a publicar el periódico quincenal *Crisis*, con un público de obreros y estudiantes y dirigido por un trío de intelectuales autodidactas conformado por Estanislao Zuleta, Mario Arrubla y Delimiro Moreno, quienes hasta 1960 van a liderar a los comunistas antioqueños bajo la mirada recelosa desde Bogotá del Comité Ejecutivo Central, generándose un conflicto entre el estalinismo-maoísta (previo a la ruptura chino-soviética de 1962) y la corriente de intelectuales que leía a Hegel, Lenin, Husserl, Sartre, Merleau-Ponty, Lefebvre, Lukács, Levi-Strauss, Dostoievski, Kafka, Thomas Mann, Fernando González, el Tuerto López y la lectura de Marx sin la guía de los manuales soviéticos, que tenía como escenario predilecto de vida intelectual y política, los cafés, los bares, el quincenario *Crisis* y la oficina de la Agencia France Press, dirigida por Alberto Aguirre.

³ AUBAD López, Rafael (1998). *La Universidad contestaría: años de frustraciones y desesperanzas*. En: URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín. p. 628.

⁴ URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín.

⁵ URICOECHEA, Fernando (1999). *La profesionalización académica en Colombia. Historia, estructura y procesos*. Tercer Mundo Editores, Bogotá.

El protagonista de la escena era Estanislao Zuleta, quien tenía como cuartel general el bar Miami y compartía con otros cenáculos intelectuales escenario en el café La Bastilla, en Junín contiguo al Parque de Bolívar. Estudiantes de universidades privadas y de la Universidad de Antioquia se sentaban a la mesa de Zuleta a discutir con él sobre filosofía, literatura e historia, contrastando la formación universitaria con la del autodidacta que había desertado en cuarto de bachillerato del Liceo Antioqueño junto con Delimiro Moreno, habiéndose entregado a la autoformación en la biblioteca paterna.⁶ Y esta actitud frente a la institución educativa no cambiará incluso hasta comienzos de los años ochenta, después de haber sido profesor en las universidades de Antioquia y del Valle, cuando afirma que “la universidad es una fábrica de burócratas, me parece que es una definición de Mao Tse Tung, pero que personalmente la considero correcta. Una fábrica de burócratas porque es la preparación para una demanda muy especial”.⁷ Actitud de crítica a la universidad que no denota la construcción de una alternativa de universidad, y que acompañaba con una autoafirmación en el diletantismo al decir: “Yo soy enemigo de la especialización, yo soy partidario del diletantismo. La única condición de un filósofo es la de tratar los problemas que le plantea la vida: social, sexual, amorosa. Los problemas que le plantea la academia son problemas para ganar exámenes. Sólo los problemas que le plantea su vida son problemas en los que puede trabajar productivamente un hombre, un filósofo o arquitecto o músico o lo que sea”.⁸

La redacción del quincenario *Crisis* se hacía entre el trío de autodidactas antes mencionado y la colaboración de jóvenes estudiantes de la época como Virgilio Vargas (estudiante de la Facultad de Medicina de la de Antioquia) y Rómulo Jaramillo (estudiante de la Facultad de Derecho de la misma universidad), y se distribuía en las fábricas, colegios de bachillerato y universidades. Su primera edición se remonta al 1 de junio de 1957, sólo 20 días después del paro nacional contra Rojas, cuando los comunistas empiezan a reaparecer públicamente. Paralelamente, Zuleta, Arrubla y Moreno, trabajaban en la Agencia France Press, con oficina en el Edificio San Fernando, en Junín cerca de La Playa, y también congregaba a Gonzalo Arango, Pedro León Arboleda, Carlos Castro Saavedra, Jaime Isaza Cadavid, Jaime Sierra García, quienes además de traducir las noticias del francés para la prensa local, convirtieron esa oficina en un lugar de encuentro entre generaciones.

La vida partidaria del trío en mención se desarrolló incluso en torno al entrismo en el Movimiento Revolucionario Liberal, liderado por Alfonso López Michelsen a nivel nacional. Entrismo para el momento de inicio del Frente Nacional apenas comprensible, dada la hegemonía asfixiante en la ciudad del clero y el Partido Conservador, así como de la alternancia política de los dos partidos tradicionales. En Antioquia el MRL, en 1958, tiene como diputado a Virgilio

⁶ Entrevista a Delimiro Moreno, 12 de mayo de 2003. En este sentido, ver: OROZCO Botero, Darío (1991). *Estanislao y Gonzalo*. En: Revista Susurros N° 1, julio de 1991. Medellín n. págs. 4-7

⁷ ZULETA, Estanislao (1983). *Estanislao Zuleta habla sobre su experiencia personal*. En: El Mundo Semanal, septiembre 3 de 1983. Medellín. págs. 3-4

⁸ *Ibidem*. pág. 4.

Vargas, comunista que fungía como dirigente de esta fracción desprendida del Partido Liberal.⁹

Zuleta, Arrubla y Moreno que para 1958 contaban entre 23 y 25 años, entran en contacto con otra generación de recién egresados de colegios católicos y del Liceo Antioqueño, a través de la conformación de grupos de estudio, en los cuales participarán jóvenes que luego se destacarán en el mundo académico como Álvaro Tirado Mejía y Jorge Orlando Melo, que producían artículos para el quincenario.¹⁰

En 1959, en una conferencia regional del Partido, se da el enfrentamiento entre el Comité Ejecutivo Central, que ya desde 1957 había enviado a vivir a Medellín a Álvaro Delgado a reconducir al Partido,¹¹ y que ahora a la conferencia designaba a Filiberto Barreto para retomar el control en Antioquia ante las consideraciones que tenía la dirección del Partido -ejercida por Moreno y Arrubla-, que se negaba a la conformación de la Juventud Comunista, por considerar que los jóvenes estaban llamados a participar en igualdad de condiciones a cualquier otro militante en las decisiones del Partido, y señalada de desviaciones ideológicas por leer y difundir a Sartre, crítico para entonces del Partido Comunista Francés. La conferencia fue ganada por el trío, quedando reelegido como secretario político Delimiro Moreno y secretario de educación Mario Arrubla, con votaciones a favor de 95 y 90% respectivamente, y que ratificaba la importante influencia del núcleo de *Crisis* sobre los sindicatos y estudiantes del Partido, bastiones de éste en la ciudad.

La imposibilidad del Comité Ejecutivo Central de apoderarse de la dirección por los procedimientos deliberativos, condujo a ésta a la expulsión en 1960 de Moreno, Arrubla y Zuleta, quienes con sus influencias sindicales y estudiantiles conformaron ese mismo año el Frente Obrero Estudiantil, con un desprendimiento del comunismo en Medellín que correspondía al 70% de éste, luego se articularon en 1961 en una organización de tipo nacional llamada Acción Revolucionaria Colombiana (ARCO), dirigida desde Bogotá por Zuleta y Arrubla, quienes se trasladaron a la capital para huir de la atmósfera pacata de Medellín y ante los pocos de empleo para el desarrollo intelectual independiente, que podría decirse que se reducía a la oficina de French Press. Delimiro Moreno continuó en Medellín hasta 1963, y se siguió sacando el quincenario *Crisis* hasta entonces.¹²

En 1962, de la fusión de ARCO y el Movimiento Popular Revolucionario (organización de intelectuales de Bogotá, Cali y Cartago), surge el Partido de la Revolución Socialista, con su periódico *Agitación* y la revista *Estrategia*, revista de la cual hacían parte de su comité editorial además de Zuleta y Arrubla,

⁹ Entrevista a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).

¹⁰ Entrevistas a Álvaro Tirado Mejía y a Luis Antonio Restrepo, 1994.

¹¹ DELGADO, Álvaro (2007). *Todo tiempo pasado fue peor*. Entrevista hecha al autor por Juan Carlos Celis Ospina. La Carreta, Medellín.

¹² LÓPEZ Valencia, Fanny del Socorro (2002). *Ideología y prácticas cotidianas de la izquierda en Medellín durante el Frente Nacional 1958-1974*. Tesis para optar al título de historiadora. Universidad de Antioquia, Medellín. En el mismo sentido, ver: Entrevista a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).

Jaime Mejía Duque, Armando Llano y Jorge Orlando Melo.¹³ En su segundo número (de los tres que sacó), en el año 1965, *Estrategia* delineaba el proyecto de aquel grupo, sosteniendo que “la característica más importante de la situación política colombiana es el enorme retraso de la conciencia de las masas en relación con el avance de la crisis objetiva del sistema”, en relación a lo cual la tarea principal era “la formación de cuadros marxistas altamente desarrollados y su vinculación con la clase obrera”.

Pero la historia del Partido de la Revolución Socialista fue efímera, experiencia clausura tras la vinculación de los núcleos de éste en Cartago y Medellín al Partido Comunista de Colombia (Marxista-Leninista) fundado en 1965 por Pedro Vásquez Rendón y Pedro León Arboleda, quienes también habían sido expulsados del Partido Comunista Colombiano, tras la ruptura chino-soviética, y abrazado el maoísmo como doctrina guía, con una vocación hacia la lucha armada, la guerra popular prolongada y la revolución cultural que buscaba superar la distancia entre el trabajo manual e intelectual.¹⁴ Los jóvenes de clase media socializados en colegios católicos se vieron atraídos por este grupo, toda vez que además Pedro León Arboleda había tejido lazos de amistad y militancia de tiempo atrás, en aquellos años de estudiante en Medellín antes de partir en 1957 hacia Bogotá, en la French Press. La seducción del maoísmo en Medellín se explica, tal vez, por su mística revolucionaria, el extremismo y vocación de ortodoxia de su discurso, tan cercano al de los rituales y dogmatismo católico en que se había socializado buena parte de las juventudes de clase media de aquellos años. Esta explicación nos permite también comprender por qué el guevarismo no prendió en los sesenta, sino hasta años después cuando la alianza de esta corriente con la teología de la liberación se consolidó.

La revolución cubana y el guevarismo han representado en distintos lugares de Colombia, América Latina y el mundo, el abandono del “marxismo victoriano” que representaba tanto el stalinismo como el maoísmo, aunque en los sesenta se presentó muchas confusiones entre el guevarismo y el maoísmo. La revolución cubana aparecía ante los ojos de las generaciones jóvenes como una revolución hecha por jóvenes estudiantes, y por tanto una revolución que daba posibilidad al disconformismo. Pero si bien esta imagen circuló entre los jóvenes universitarios medellinenses en los sesenta, no se concretó en una organización política de este corte en la ciudad.

En Medellín, entre 1965 y 1967, a contracorriente de la cautivación de los jóvenes por el maoísmo, un grupo de intelectuales publicó cuatro números de la revista *Tesis*, que mantenía contacto con el grupo de la revista *Estrategia*, y que ante el aventurerismo guerrillero de varios de sus dirigentes regionales, ya habían decidido clausurar la experiencia partidaria, dedicándose a la labor meramente intelectual.¹⁵ Del comité editorial de *Tesis* hacían parte Antonio

¹³ RESTREPO, Luis Antonio (1989). *Literatura y pensamiento 1958-1985*. En: TIRADO Mejía, Álvaro (Editor). *Nueva historia de Colombia*, Tomo VI. Ed. Planeta. Bogotá. págs. 89-108

¹⁴ VILLARAGA, Álvaro; PLAZAS, Nelson (1994). *Para reconstruir los sueños. Una historia del EPL*. Ed. Progresar, Bogotá. En igual sentido, ver: Entrevistas a Luis Antonio Restrepo (1994) y a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).

¹⁵ Entrevistas a Luis Antonio Restrepo (1994) y a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).

Restrepo y Álvaro Tirado Mejía (que sacaban la revista con seudónimos), quienes sin haber sido militantes ni del Partido Comunista Colombiano ni del PCC-ml, sí se encontraban en relación de amistad y debate con los militantes de estas organizaciones, siempre cuestionantes del aventurerismo y la falta de un estudio de la historia nacional como sustento de la estrategia.

Los años que vendrán serán en el EPL y el ELN años de ajusticiamientos internos, que les hacían recordar a estos intelectuales a *Los endemoniados* de Dostoievski, con su alta dosis de misticismo, sectarismo y paranoia,¹⁶ además de inexperiencia política y negligencia militar. En *Tesis* se podía leer a Levi-Straus, Ernest Mandel, Roger Garaudy, así como artículos teóricos de Camilo Torres. *Tesis* también dio inicio a la profesionalización del intelectual de las Ciencias Sociales, pues a diferencia de Zuleta y Arrubla, éstos terminaron carreras universitarias y algunos se doctoraron en el exterior. Zuleta y Arrubla también trabajarán en los sesenta en universidades como la Libre en el caso de Zuleta¹⁷ y la Nacional en el de Arrubla,¹⁸ pero su vocación había sido marcada por la militancia y el diletantismo.

Entre tanto, la Universidad de Antioquia en 1958 era una pequeña universidad que albergaba a unos 1000 estudiantes, y tenía su sede principal en una casa de bareque con la cal descarcalada en las paredes, a sólo unos pasos del Paraninfo, donde hoy se levantan las Torres de Bomboná, y más abajo la calle San Félix, cuando aún la Avenida Oriental construida a principios de los setenta no había roto con la cuadrícula de zona residencial y comercial en pleno centro de la ciudad, de angostas callejuelas, donde el ritmo del pueblo grande aún se sentía en los sesenta, pues se podía caminar, no sólo pasar como ahora. Además, los estudiantes de la de Antioquia se pasaban las horas estudiando en las panaderías, cafeterías y tiendas de aquella calle que desapareció con el desarrollo urbanístico de la ciudad. Allí se fue formando una comunidad de estudiantes, pues alrededor de un tinto con pan, y sin que nadie los acosara, se sentaban los estudiantes después de salir de una obra de teatro o una película, a comentarlas o a discutir sobre un libro.¹⁹

Para 1966 la Universidad de Antioquia contaba con 2100 estudiantes matriculados, y aunque desde 1958 había duplicado su población estudiantil, aún era una universidad pequeña, y que no contemporanizaba con el movimiento estudiantil que se agitaba en otras universidades públicas del país como la Universidad Nacional sede Bogotá, la Universidad Industrial de Santander y la Universidad del Valle.²⁰ Hasta 1968, en la Universidad de

¹⁶ Entrevista a Luis Antonio Restrepo (1994).

¹⁷ ZULETA Velásquez, Estanislao (1991). *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Ed. Altamir, Bogotá.

¹⁸ Entrevista a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).

¹⁹ Entrevista a Jairo Morales (1992).

²⁰ GARCÍA, Carlos Arturo (1986). *El movimiento estudiantil en Colombia en la década de los sesenta*. En: Revista Argumentos N° 14/15/16/17, octubre de 1986. Universidad y Sociedad, Bogotá. págs. 187-199. En el mismo sentido, ver: CORTÉS Cortés, María Eugenia; OSORIO Castañeda, John Jairo (1989). *Las ideas políticas implementadas en los movimientos estudiantiles: una visión a la época de 1960-1980, de estudiantes egresados y titulados en la Universidad de Antioquia. ¿Logran mantenerse esas ideas luego del egreso estudiantil?* Tesis

Antioquia se realizaban desfiles conmemorativos con carrozas alegóricas,²¹ expresión simbólica del tradicionalismo folclórico y católico que hegemonizaba a la Universidad, tan sólo roto por las protestas estudiantiles de 1965 contra la apertura que desde 1964 se había hecho del Instituto de Estudios Generales, consistente en un paso previo de dos años de estudios antes de definirse el estudiante por alguna de las diferentes carreras, lo cual fue percibido por la comunidad de estudiantes como una maniobra de las directivas para adecuar los cupos de las facultades a la demanda creciente de ingreso a la Universidad, en una ciudad que había duplicado su población desde 1957 de 400.000 habitantes a 800.000 en 1965.

También en 1965 -en la Universidad de Antioquia- se sintió el repudio a la invasión norteamericana a República Dominicana, y los estudiantes protagonizaron pedreas con la Policía en el centro de la ciudad, que al fin y al cabo era el espacio donde circulaban los estudiantes antes de 1968. Y por primera vez la universidad es allanada por la Policía el 7 de mayo de 1965, y se concita la solidaridad de los estudiantes de la Universidad de Medellín, la Nacional sede Medellín y el Liceo Antioqueño, así como de la Federación Universitaria Nacional, organización líder del movimiento estudiantil colombiano desde 1963, y que tras la muerte de un estudiante de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en refriegas con la fuerza pública en ese mismo mes de mayo de 1965, el Gobierno decreta el Estado de sitio el 29 de mayo.²²

Según María Teresa Uribe, en esos acontecimientos se formaron los mitos centrales de la alteridad del período de contestación universitaria entre finales de los sesenta y comienzos de los setenta. De parte de la élite antioqueña y las directivas universitarias el mito de los estudiantes incitados por una conjura comunista internacional, y entre la izquierda universitaria, el de las fundaciones norteamericanas de apoyo a la investigación y formación docente, como encargadas de propiciar en el ámbito universitario el sometimiento del país.²³ Se trataba de una élite conservadora incapaz de atraer hacia sí a las clases medias e intelectualidad descontenta, lo que en la región, pero también en el país, significa que ante la inexistencia de un polo democrático de las clases de los propietarios y los políticos, los estudiantes tenderán a radicalizarse más, en una ciudad que para los sesenta era una simbiosis de cuartel y convento, pero donde la presión demográfica y las nuevas sensibilidades que se formaban entre la juventud, auguraba nuevos conflictos.

En 1968 se crean el Instituto de Fomento de la Educación Superior (ICFES), el Instituto de Investigaciones Científicas Francisco José de Caldas (Colciencias) y el Instituto Colombiano de Cultura (Colcultura), generando las bases para la modernización de la institución universitaria, la investigación científica y tecnológica, y el fomento de diferentes expresiones culturales en el país, con una visión desarrollista que a su vez necesitaba una masificación de la enseñanza, y en especial de la superior, así también coincide en ese año la

para optar al título de Magíster en Educación: Sociología de la Educación. Universidad de Antioquia, Medellín.

²¹ URIBE de Hincapié, María Teresa (1998). *Op. Cit.* pág. 519

²² *Ibidem.* pág. 520

²³ *Ibidem.* pág. 522

apertura de la ciudad universitaria, que no se había acabado de construir para entonces, pero que abre un nuevo período en la de Antioquia, conllevando a que se llegara a una población estudiantil de 10.500 estudiantes, y la apertura de nuevos programas académicos en todas las áreas de conocimiento, especialmente en las Ciencias Sociales y en las Ciencias Básicas.

Con esta masificación de la universidad, el movimiento estudiantil que se venía incubado en el disconformismo de la época anterior, adquiere connotaciones igualmente masivas y se radicaliza ante la actitud represiva y conservadora de la élite regional y las directivas, pero también sustentado en subjetividades estudiantiles intolerantes, producto de una secularización de las imágenes católicas del mundo, que se produjo de forma traumática y acelerada, sin mediar la tradición de un pensamiento crítico asentado en la tradición académica.²⁴ Jóvenes estudiantes ansiosos de transformaciones sociales de rupturas salvíficas, que no lograban ver en la universidad un fin en sí mismo, caracterizado por el progreso científico, la reflexión sobre la legislación, el esclarecimiento teórico de la condición humana, de la libertad, la igualdad y la solidaridad, así como de la generación de propuestas de desarrollo y democracia.

Esa redefinición de la Universidad que inicia hacia 1968 y que va a conocer en los años posteriores los excesos del cogobierno de estudiantes y profesores, en pleno proceso de expansión,²⁵ también se va a entremezclar con otros patrones culturales de la sociedad tradicional, como el clientelismo, al cual no escapó la izquierda universitaria, pues en la elección de buena parte del nuevo profesorado que ingresó a la universidad primó en muchos casos la afinidad partidaria sobre la excelencia académica. Aunque efectivamente desde 1968 se busca consolidar a la universidad como el escenario de la vida intelectual por excelencia, y algunos profesores efectivamente buscan normalizar científicamente a la región con parámetros internacionales, sus esfuerzos van a ser eclipsados en los setenta por la figura del intelectual militante, y con éste el intelectual autodidacta y diletante también toma asiento en la universidad. Zuleta es profesor de Economía entre 1970 y 1974, y el libro de Mario Arrubla, *Estudios sobre el subdesarrollo colombiano* de 1963, se convierte en un bestseller de los setenta.

Frente al desprecio de la élite hacia la Universidad contestataria, ni el proyecto tecnocrático del Gobierno nacional, ni los esfuerzos aislados de algunos profesores por la construcción de un proyecto universitario investigativo y crítico serán aplazados, con consecuencias que se extienden hasta hoy cuando la Universidad naufraga en el intento de realizar un relevo generacional de su estamento profesoral y de volcarse hacia la sociedad, a través de la investigación, la articulación con las empresas y las entidades gubernamentales y la ampliación de su base estudiantil y de carreras. Todo

²⁴ GÓMEZ García, Juan Guillermo (2005). *Cultura intelectual de resistencia. Contribución a la historia del "libro de izquierda" en Medellín en los años sesenta*. Ediciones Desde abajo, Bogotá.

²⁵ Ver RUIZ Restrepo, Jaime. *Mis vivencias como estudiante* y ACOSTA, Amilkar. *Entre consignas y pancartas*. En: URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín.

esto en un contexto de bajos presupuestos para el desarrollo científico y tecnológico por parte del Estado, serios problemas en la conformación de una planta docente, que tiene como una de sus aristas más visible su pérdida de status en la sociedad, evidenciado en el hecho de que un profesor hoy gana cinco veces menos que el profesor que ingresaba a principios de los setenta; donde algunas facultades de gran tradición de excelencia académica han sido desmanteladas por los ofrecimientos de mejores salarios en universidades privadas, y la articulación con las empresas se ve obstaculizada por la competencia con universidades en las que las empresas tienen sus acciones.

De otra parte, en el caso nuestro, el movimiento estudiantil de finales de los sesenta y principios de los setenta, aunque contribuyó a erosionar una cultura conservadora y represiva, y ganar espacios de libertad para la expresión de la diversidad subjetiva y cultural, la relación de los estudiantes e intelectuales con los campesinos, los obreros y las guerrillas, fue una vía para buscar una diferenciación social que afirmara la autonomía personal, y permitirá acceder al poder, dado la cerrazón que el régimen político impuso en su momento a las clases medias, universitarios y profesionales para acceder al poder y generarse formas propias de vida.²⁶

Por eso en nuestro medio la conmemoración de 1968 nos invita a la reflexión sobre el ethos universitario, la formación de un proyecto sostenible de relacionamiento fluido con la sociedad, pero sin perder la independencia y la posibilidad de la crítica, pero esclareciendo que la fundamentación de ésta es el desarrollo académico y no su rechazo o reproche, que a su vez está sujeto a la misma crítica como garante de la perdurabilidad y fortalecimiento de la institución.

²⁶ LEAL Buitrago, Francisco (1981). *La frustración de una generación: la universidad colombiana y la formación de un movimiento estudiantil (1958-1967)*. En: *La sociología en Colombia, balance y perspectiva: Memorias del III Congreso Nacional de Sociología*. Colciencias, Bogotá. págs. 259-286. En igual sentido, ver: MÚNERA, Leopoldo (1994). *Se acabó la Colombia de los grandes proyectos revolucionarios, entrevista con Sergio Otálora Montenegro*. En: *El Espectador*, 13 de febrero de 1994. Bogotá. pág. 3C

Referencias Bibliográficas

ACOSTA, Amilkar (1998). *Entre consignas y pancartas*. En: URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín. págs. 588-589

AUBAD López, Rafael (1998). *La Universidad contestaría: años de frustraciones y desesperanzas*. En: URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín. p. 628.

CAICEDO, Jaime (1971). *Movimiento juvenil, movimiento estudiantil y unidad popular*. En: Revista Documentos políticos N° 91, enero-febrero de 1971. Bogotá. págs. 7-29

CELIS Ospina, Juan Carlos (1995). *Hipótesis para el estudio de los escenarios de la vida intelectual en Medellín 1957-1979*. En: Revista Babel N° 2, enero-marzo de 1995. Medellín. págs. 22-28.

CORTÉS Cortés, María Eugenia; OSORIO Castañeda, John Jairo (1989). *Las ideas políticas implementadas en los movimientos estudiantiles: una visión a la época de 1960-1980, de estudiantes egresados y titulados en la Universidad de Antioquia. ¿Logran mantenerse esas ideas luego del egreso estudiantil?* Tesis para optar al título de Magíster en Educación: Sociología de la Educación. Universidad de Antioquia, Medellín.

COSER, Lewis (1968). *Hombres de ideas: el punto de vista sociológico*. Fondo de Cultura Económica, México.

DELGADO, Álvaro (2007). *Todo tiempo pasado fue peor*. Entrevista hecha al autor por Juan Carlos Celis Ospina. La Carreta, Medellín.

GARCÍA, Carlos Arturo (1986). *El movimiento estudiantil en Colombia en la década de los sesenta*. En: Revista Argumentos N° 14/15/16/17, octubre de 1986. Universidad y Sociedad, Bogotá. págs. 187-199

GÓMEZ García, Juan Guillermo (2005). *Cultura intelectual de resistencia. Contribución a la historia del "libro de izquierda" en Medellín en los años sesenta*. Ediciones Desde abajo, Bogotá.

GOODMAN, Paul (1970). *La comunidad de los estudiantes*. Ed. Proyección, Buenos Aires.

_____ (1971). *Problemas de la juventud en la sociedad organizada*. Ed. Península, Barcelona.

LEAL Buitrago, Francisco (1981). *La frustración de una generación: la universidad colombiana y la formación de un movimiento estudiantil (1958-1967)*. En: *La sociología en Colombia, balance y perspectiva: Memorias del III Congreso Nacional de Sociología*. Colciencias, Bogotá. págs. 259-286

LIÉVANO R., Germán (1972). *Desarrollo del movimiento estudiantil en Colombia*. En: Revista Aleph N°4, septiembre de 1972. Manizales.

LÓPEZ Valencia, Fanny del Socorro (2002). *Ideología y prácticas cotidianas de la izquierda en Medellín durante el Frente Nacional 1958-1974*. Tesis para optar al título de historiadora. Universidad de Antioquia, Medellín.

LOWY, Michael (1978). *Para una sociología de los intelectuales revolucionarios: la evolución política de Lukács 1909-1929*. Siglo XXI Editores, México.

MEJÍA Duque, Jaime (1991). *Estanislao Zuleta (1935-1990)*. En: Revista Susurros N°1, julio de 1991. Medellín. págs. 8-9.

MORENO, Delimiro (1995). *Textos antipáticos*. Ed. Gente Nueva, Bogotá.

MÚNERA, Leopoldo (1994). *Se acabó la Colombia de los grandes proyectos revolucionarios, entrevista con Sergio Otálora Montenegro*. En: El Espectador, 13 de febrero de 1994. Bogotá. pág. 3C

OROZCO Botero, Darío (1991). *Estanislao y Gonzalo*. En: Revista Susurros N° 1, julio de 1991. Medellín. págs. 4-7

RESTREPO, Luis Antonio (1989). *Literatura y pensamiento 1958-1985*. En: TIRADO Mejía, Álvaro (Editor). *Nueva historia de Colombia*, Tomo VI. Ed. Planeta. Bogotá. págs. 89-108

ROSZAK, Theodore (Editor) (1987). *La contestación universitaria: universidad y política en Estados Unidos*. Ed. Península, Barcelona.

ZULETA, Estanislao (1983). *Estanislao Zuleta habla sobre su experiencia personal*. En: El Mundo Semanal, septiembre 3 de 1983. Medellín. págs. 3-4

RUIZ Restrepo, Jaime (1998). *Mis vivencias como estudiante*. En: URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. págs. 584-588

RUIZ, Jorge Eliécer (1968). *Sobre los movimientos estudiantiles*. En: Revista Eco N°97, mayo de 1968. Bogotá.

URIBE de Hincapié, María Teresa (Coord.) (1998). *Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín.

URICOECHEA, Fernando (1999). *La profesionalización académica en Colombia. Historia, estructura y procesos*. Tercer Mundo Editores, Bogotá.

VILLARAGA, Álvaro; PLAZAS, Nelson (1994). *Para reconstruir los sueños. Una historia del EPL*. Ed. Progresar, Bogotá.

ZULETA Velásquez, Estanislao (1991). *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Ed. Altamir, Bogotá.

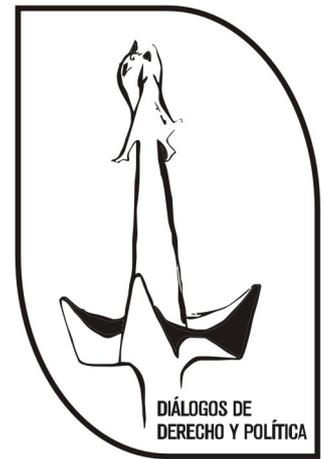
Entrevistas

Entrevista a Jairo Morales (1992).

Entrevista a Luis Antonio Restrepo (1994).

Entrevista a Álvaro Tirado Mejía (1994).

Entrevista a Delimiro Moreno (12 de mayo de 2003).



Análisis sistémico de la economía y de la sociedad desde la juridicidad: el nuevo Derecho Económico

José Domingo Ramírez Gómez

Profesor Área de Derecho Económico, Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: josedomi@derecho.udea.edu.co

Análisis sistémico de la economía y de la sociedad desde la juridicidad: el nuevo Derecho Económico

Resumen

Derecho Económico es un concepto que aparece por primera vez después de la Primera Guerra Mundial en Europa para significar la intervención del Estado en la Economía. En los años 50's y 60's del siglo pasado, ante las fallas del Estado, se plantea que éste sólo debe circunscribir su papel a facilitar la acción de los mecanismos del libre mercado, enfoque denominado análisis económico del Derecho. Ante las fallas visibles, y ya estudiadas, del libre mercado, se propone el análisis sistémico de la economía desde la juridicidad como un enfoque metodológico útil y necesario para contextualizar las normas jurídicas; éstas son un medio, junto con instituciones como la democracia, el mercado y el Estado, para alcanzar un objetivo: inclusión social, equidad económica, y, en general, el desarrollo socio-económico.

Palabras clave: Derecho Económico; Análisis Económico del Derecho; intervención del Estado en la economía; libre mercado; fallas del Estado; fallas del mercado.

Análisis sistémico de la economía y de la sociedad desde la juridicidad: El nuevo Derecho Económico.

“Las ideas aquí desarrolladas tan laboriosamente son en extremo sencillas y deberían ser obvias. La dificultad reside no en las ideas nuevas, sino en rehuir las viejas que entran rondando hasta el último pliegue del entendimiento de quienes se han educado en ellas, como la mayoría de nosotros”.

J.M. Keynes.

Introducción

Nunca antes la humanidad se había encontrado en una encrucijada de cambios tan grandes y tan profundos como los que ahora se suceden. Estos cambios presentan grandes paradojas, tal y como son la clonación de seres vivos como punto máximo del desarrollo biológico del mapa genético, acompañado de personas que mueren sin conocer la visita a un médico o sin tener acceso a una droga que mejore su salud; podemos y queremos poner colonias humanas en la Luna y en Marte, pero no podemos proveer de vivienda digna a más de la mitad de la humanidad; hay riqueza para producir las armas de destrucción masiva más sofisticadas, pero millones de personas se acuestan con hambre. Infortunadamente la palabra crisis se repite por todas partes, sin encontrar solución aparente a esta situación.

El objetivo de este artículo es proponer un nuevo concepto de Derecho Económico, entendido éste no como una nueva rama del Derecho si no como una metodología para ponerlo en el contexto económico, político y social que lo debe y puede producir. El concepto de “análisis sistémico”, utilizado en la propuesta, significa entender que la realidad social es una sola y tiene las características de ser compleja, dialéctica, multicausal y estructural; no basta con fraccionarla o reducirla a fenómenos aislados para estudiarla, enfoque analítico heredado del enfoque europeo del siglo XVIII. Para una efectiva respuesta a los retos que nos impone el nuevo entorno socioeconómico, que produce fenómenos como los arriba mencionados, se debe comprender la necesidad de la interdisciplinariedad, el diálogo entre las distintas ramas de estudio y el trabajo conjunto entre los académicos.

Desde la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Antioquia se presenta a la comunidad académica una propuesta de nueva concepción del Derecho Económico que nos permita romper la unilateralidad que las concepciones tradicionales presentan.

1. Etapas del concepto de Derecho Económico

En Europa, desde el final de la Primera Guerra Mundial, se acuña el concepto de Derecho Económico para designar con él la necesidad de regular una economía devastada por los daños ocasionados en este primer conflicto de carácter mundial. Dentro de este concepto se discute y se crea la justificación política para la intervención del Estado en la economía y se construyen los

mecanismos jurídicos que permitan la acción de los distintos órganos públicos en forma rápida y oportuna.

Aquí el Derecho Económico es la intervención del Estado por medio de normas jurídicas en la economía, con el fin de regularla y así alcanzar elementos de promoción del desarrollo. El centro es el Estado, se crea el denominado intervencionismo del Estado en la economía. Podemos decir que aquí se presenta un **enfoque político** en la relación Derecho-Economía, con lo cual se pretende ordenar la sociedad y la economía con el poder de imperio o de soberanía del Estado. Posteriormente se demostraría que este poder para ordenar la sociedad es limitado y de pocos alcances efectivos.

Siguiendo esta misma línea,¹ en el año de 1960, Ronald Coase, abogado estudioso de la relación entre Derecho y Economía, se avocaría a analizar el problema de las fallas del Estado al pretender regular excesivamente la actuación de los agentes económicos. En este mismo año, Coase publicaría su obra *“El problema del costo social”*, donde demuestra que los denominados costos de transacción tienden a paralizar la actividad económica, por lo que lo mejor es que el Estado actúe facilitando el libre mercado. En esta misma fecha se da inicio en Estados Unidos de Norteamérica a una serie de escuelas económicas que buscarán comprender los mecanismos del mercado y las actividades que el Estado debe desplegar para optimizarlos.

En este caso, el Derecho Económico es el análisis del impacto económico de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales, examinándose, particularmente, si las normas jurídicas promueven el emprendimiento y empresarismo dentro de la lógica racional e individualista de la economía del siglo XIX, la cual es retomada por los teóricos norteamericanos para este propósito. Esta vertiente es conocida como Análisis Económico del Derecho, donde el centro es el Mercado y se crea una escuela desreguladora y de un Estado abstencionista. Se presenta un **enfoque económico**, entendiendo la economía como la libertad racional de la elección individual, es decir, el libre mercado es el fin primordial del Derecho Económico en este caso.

1.1 ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?

Es un enfoque o método para estudiar las consecuencias económicas, y particularmente en lo referido al crecimiento económico, de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales. Para ello se parte de la inexorabilidad de las leyes de la economía.

1.2 Características básicas del Análisis Económico del Derecho

Las características básicas que sustentan el enfoque denominado Análisis Económico del Derecho son las siguientes:

- Se parte del agente económico individualmente considerado.
- Toma al ser humano como un individuo perfectamente racional.

¹ La del Derecho Económico como intervención del Estado en la economía.

- La Economía como ciencia técnica.
- Enfoque analítico, es decir, reduccionista.
- Énfasis en la lógica formal.
- Enfoque ahistórico.

Es muy importante recabar que el Análisis Económico del Derecho privilegia la eficiencia económica, por ello utiliza categorías centrales como el libre mercado, las ventajas comparativas, el “óptimo eficiente” (Wilfredo Pareto), el equilibrio general en la economía (León Walras), la relación costo-beneficio (teorema Kaldor-Hicks) y el problema del costo social (Ronald Coase).

Un ejemplo de aplicación de la escuela del Análisis Económico del Derecho en Colombia lo encontramos en el artículo 7, inciso primero, de la Ley 819 de 2003, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, el cual reza de la siguiente manera:

“Artículo 7. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el marco fiscal de mediano plazo”.²

2. Propuesta: un nuevo concepto de Derecho Económico

El Derecho Económico debe ser una disciplina de estudio o enfoque académico que nos dote de herramientas metodológicas y científicas de mayor fuerza explicativa y mayor capacidad predictiva a ser aplicadas en la comprensión de los fenómenos de desigualdad y exclusión a los que asistimos hoy en día en el mundo y, por consiguiente, en la búsqueda de respuestas efectivas a tales problemas.

El Derecho Económico es un enfoque de estudio del Derecho donde se busca que éste ayude a diseñar un conjunto de normas y de instituciones para que sea posible “construir la paz social” antes que mantenerla. De esta manera, la sociedad se toma como centro donde se deben crear unas Instituciones o formas políticas que asuman un rol activo, privilegiando el pluralismo social.

Aquí se presenta un **enfoque jurídico e institucional**, pero bajo el entendido de que el Derecho y las instituciones son creaciones sociales, no del Estado. Es decir, debemos estudiar sistémica y dialécticamente cómo han hecho y cómo deben hacer las sociedades para crear modelos sociales más incluyentes y más equitativos.

Existe otra forma de enfocar el estudio del Derecho en relación con la Economía, en la que no sólo es estudiar el impacto económico de las normas y las decisiones judiciales (Análisis Económico del Derecho) sino promover el desarrollo económico y social de nuestro país y de América Latina a través de

² Congreso de la República de Colombia. *Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”*. En: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley_0819_2003.html

la juridicidad, de la institucionalidad o desde lo deóntico (desde el "deber ser"). Recuérdese que no se trata de que el Derecho sea el portador de un papel reactivo para "mantener la paz social" (tarea que se le endosa tradicionalmente a la juridicidad), sino que el Derecho debe jugar un rol proactivo y propositivo para ayudar a construir una sociedad próspera para todos.

2.1 ¿Qué es el análisis sistémico de la economía y de la sociedad desde la juridicidad?

Es un enfoque o método para estudiar las consecuencias jurídicas o éticas de las decisiones económicas, especialmente en lo relativo al desarrollo económico, la inclusión social y la equidad. Para ello se parte de que el objetivo de la convivencia en sociedad del ser humano se presenta ante la necesidad de alcanzar unos fines u objetivos colectivamente deseables.

2.2 El análisis jurídico de la economía privilegia la *justicia* y la *equidad*

Thomas Robert Malthus sería el primer economista en descubrir que, paralelo al incremento de la producción, para amplios grupos poblacionales se presenta la imposibilidad de acceder a tal nivel de riqueza, lo que se denominó como teoría del subconsumo. Luego, Carlos Marx encontraría que el sistema de producción masivo promovido por la misma economía de libre mercado aparejaba un problema estructural: la acumulación y concentración del capital, consecuencia de la reproducción del mismo. Más tarde, en su libro "*Teoría de la clase ociosa*", Thorstein Veblen va a demostrar que un imperativo del ser humano, en la convivencia con los demás, es la emulación en riquezas, jerarquías y actitudes que lo distinguen o diferencien de los otros, poniendo en entredicho el principio ortodoxo de la racionalidad humana.

La gran depresión económica de la década 1930-1940 en Estados Unidos de Norteamérica fue el gran golpe contra la pretendida teoría del automatismo y equilibrio del mercado, haciendo pregonar a Keynes la necesidad de intervención del Estado en la economía. Para el gran economista Kenneth Arrow, los sistemas de elección social, tanto en lo político -en el caso de la democracia- como en lo económico -con la institución del Mercado-, son imperfectos, tal vez no tanto como otros, pero imperfectos al fin y al cabo. Este autor crea una serie de axiomas y corolarios para demostrar lo mencionado, a los que se han denominado "*Teorema de la imposibilidad de Arrow*".

Con este corto recorrido por las teorías de algunos autores se demuestra que detrás de la pretendida inexorabilidad de las leyes del libre mercado se encuentra una gran falacia, que al perseguir como elemento básico en las políticas económicas la eficiencia, desdeñamos los valores centrales de equidad, solidaridad, función social de la propiedad y de la empresa y la prosperidad general y participación de todos en la economía como fines centrales del Estado.³

³ Ver, entre otros, los artículos 1, 2, 58 y 333 de la Constitución Política de Colombia.

2.3 Ejemplo de aplicación del análisis jurídico de la economía

Constitución Política de Colombia. Artículo 60. “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia”.

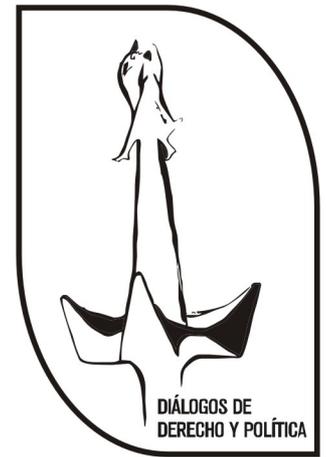
2.4 Postulados básicos

Es pretensión de la ciencia, bajo el enfoque analítico del siglo XVIII, encontrar la *esencia* del objeto de estudio, ya sea del Derecho, de la Política o de la Economía. Tanto los partidarios del derecho natural como los del derecho positivo tienen esa pretensión: la búsqueda de la *verdad*, de lo *absoluto* y de lo *universal*. Esto, que es una aspiración o una ilusión, debe superarse si queremos encontrar diagnósticos efectivos y construir soluciones reales a los problemas que aquejan a nuestra población, lo cual es parte de la tarea del nuevo Derecho Económico.

Es por ello por lo que hoy en día ya no se busca la *verdad* o la *esencia* de los fenómenos políticos sino los “consensos de convivencia” en sociedad; por ejemplo, buscar la justicia es complicado, pero la equidad (es decir, la justicia en cada caso particular) sí se puede acordar más fácilmente⁴. Todo lo anterior, dentro de un marco que contenga los siguientes postulados:

- La Economía es una ciencia social.
- Las instituciones son medios, el fin es el desarrollo, la inclusión social y la equidad.
- El sistema de libre mercado tiene fallas.
- Enfoque sistémico y estructural para el estudio del Derecho Económico.
- Lógica dialéctica.
- La historia como ciencia auxiliar.

⁴ Así, por ejemplo, es fácil ponernos de acuerdo en la injusticia que encarna los miles de niños abandonados a su suerte en las calles de una ciudad, o la falta de verdad y reparación a las víctimas en los procesos de paz con grupos al margen de la ley. En este sentido se debe entender el concepto de equidad.



El debilitamiento de la *regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Carlos Andrés Bolaños Arias

Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: abolanosarias@gmail.com

El debilitamiento de *la regla de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano*

Resumen

A lo largo del siglo XX, en los estados de tendencia democrática se presentó un proceso de construcción, definición y delimitación del instituto de la prohibición de admisión de aquellas pruebas obtenidas con vulneración o desconocimiento de normas jurídicas positivas. Así, en los Estados Unidos de América se ha construido la institución de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, como mecanismo encaminado indirectamente a la protección de las libertades y garantías individuales, la cual se sustenta en la necesidad de pulcritud en los procedimientos policiales y en la prevención de conductas ilegales por parte de los agentes policiales en los procedimientos de obtención y aseguramiento de la prueba.

Si bien la regla de exclusión se originó y fundamentó en el marco del derecho anglosajón, en el derecho colombiano, la Constitución Política de 1991 consagró de manera expresa la institución de la *nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso*, institución a la cual, posteriormente, la Corte Constitucional denominó como *Regla de Exclusión Probatoria*. Con su consagración constitucional, paradójicamente, dicha institución ha experimentado un progresivo debilitamiento, tanto a nivel jurisprudencial como legal.

Palabras clave: Prueba ilícita, regla de exclusión probatoria, derechos fundamentales, debido proceso.

* Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal.

Introducción

De conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho de orientación democrática, fundado en el respeto de la dignidad humana, lo que significa que es deber y obligación del Estado proteger a todas y cada una de las personas en su dignidad y demás garantías y derechos fundamentales. Esa obligación, no sobra decirlo, cobija especialmente los ámbitos punitivo y probatorio.

Antes de la vigencia de esta Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico no existía una regulación expresa en relación con el problema de la prueba obtenida con violación al debido proceso y los demás derechos fundamentales, por lo que en la práctica, en aquellas ocasiones en las que se estaba en frente de una prueba obtenida de manera ilícita, ésta no era susceptible de ser declarada nula, ineficaz o inexistente; por el contrario, la prueba obtenida de esa manera era plenamente eficiente para fundamentar sentencias condenatorias.

La nueva Constitución en su artículo 29 consagró como garantía fundamental la nulidad de pleno derecho de la prueba que ha sido obtenida con desconocimiento o violación del debido proceso, a la cual la Corte Constitucional denominó *Cláusula de Exclusión Probatoria*. Sin embargo, en este trabajo se sostiene que en el ordenamiento jurídico penal colombiano, inicialmente por vía jurisprudencial y posteriormente a través del poder de configuración legislativo, se ha venido presentando un debilitamiento progresivo de dicha institución, aparejando un debilitamiento del ordenamiento constitucional, por cuanto por esta vía se soslaya el cumplimiento de los fines del Estado al permitir un gradual desconocimiento de los derechos fundamentales de libertad.

Para lograr desarrollar lo anterior, el presente trabajo realiza una aproximación a algunos problemas que se suscitan en relación con la prueba judicial, derivados del conflicto existente entre las necesidades sociales de verdad material y los derechos y libertades individuales; aborda el “*derecho penal liberal*” como criterio legitimador del *ius puniendi*, sosteniendo que en el marco de un Estado constitucional el punto de partida para la construcción de unas instituciones procesales penales legítimas no es otro que un *derecho penal liberal* o *del ciudadano*; y, finalmente, presenta el concepto de *Regla de Exclusión Probatoria*, explorando su desarrollo en el ordenamiento jurídico penal colombiano y analizando su debilitamiento a partir de los puntos de quiebre suscitados respecto de su consagración constitucional.

No obstante, se advierte que no se pretende abordar y desarrollar de manera profunda y exhaustiva los problemas del debido proceso, la prueba ilícita, la prueba ilegal y la exclusión probatoria, sino que se intenta, simplemente, evidenciar el debilitamiento de la *Cláusula de Exclusión Probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

1. Preliminares. Ubicación del problema

Como mecanismo de configuración de la conducta humana, el Derecho es un instrumento valorativo que persigue la convivencia pacífica y la paz social, en el marco del respeto de la dignidad humana; es decir, es un instrumento al servicio de todos y cada uno de los miembros de una comunidad política determinada. En consecuencia, las instituciones jurídicas deben constituirse en un instrumento para la satisfacción de las necesidades existenciales de los individuos, para la promoción, reconocimiento y respeto de la dignidad humana y para la cohesión de las comunidades.¹

Lo anterior implica que las normas jurídicas son instrumentales a la realización de los fines y valores de una comunidad política. Las normas procesales como reglas jurídicas están al servicio de la justicia y de la materialización de los valores fundantes del Estado.²

En el marco del Estado constitucional, el debido proceso se entiende como una garantía procesal y como un derecho subjetivo fundamental que persigue proteger de la arbitrariedad los derechos y libertades individuales, puesto que exige el cumplimiento de un catálogo de reglas para poder afectar derechos y libertades.

Vinculados al debido proceso se encuentran los valores de libertad, justicia, verdad, igualdad, seguridad jurídica y razonabilidad, pues éste le es funcional a tales valores. Así mismo, se relaciona con el derecho constitucional al acceso efectivo a la administración de justicia.

A través del derecho al acceso a la justicia es posible exigir al Estado la satisfacción de los derechos que se han visto conculcados por el incumplimiento de un deber jurídico, y por intermedio del debido proceso se construyen las circunstancias en las cuales se definen posiciones relacionales respecto de derechos y libertades. Es así como la construcción y argumentación de los hechos en sede procesal jurisdiccional se torna determinante cuando están en juego derechos y libertades.

Igartua Salaverría sostiene que "(...) en el ámbito del derecho, la evidencia de un hecho está sujeta a una específica regulación de las pruebas."³ Tal regulación probatoria, entre otras cuestiones, se pregunta por ¿cuáles pruebas son admisibles y cuáles no? ¿Cómo deben aceptarse las pruebas?⁴ ¿En un modelo de Estado determinado cuál es la finalidad de las pruebas judiciales?⁵

¹ Cfr. MORENO Ortiz, Luis Javier (2000). *Acceso a la Justicia*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. p. 3 y ss.

² Esta posición se compadece con lo establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia. Cfr. *Ibid.* p.161.

³ IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Donostia: Librería Carmelo. p. 68.

⁴ *Ibid.* p. 69.

⁵ URBANO Martínez responde esta pregunta sosteniendo que en el marco de un Estado Democrático de Derecho la finalidad de la prueba penal está ligada a los fines del derecho Penal, esto es en términos generales, a la solución correcta y justa desde la perspectiva material de un conflicto generado por una conducta punible. Sostiene este autor que el Juez debe realizar una aproximación

Las anteriores cuestiones remiten a los problemas de las pruebas ilícitas y de la admisibilidad de las mismas. La discusión sobre la admisibilidad de las pruebas ilícitas ha transcurrido entre dos posiciones opuestas: 1. el rechazo incondicional de toda prueba cuya obtención lesione o ponga en peligro derechos y libertades individuales y 2. la primacía del valor verdad y del derecho al acceso a la justicia sobre los derechos fundamentales de libertad.⁶ Se advierte, pues, una colisión entre valores constitucionales.

No es fácil encontrar pautas generales para resolver el conflicto presentado, toda vez que, en primer lugar, no existe una definición unívoca de prueba ilícita.⁷ En efecto, la prueba ilícita se puede definir como aquella que atenta contra la dignidad humana, o como la prueba que es contraria a derecho, también como la que atenta contra la moral y las buenas costumbres. Así mismo, existen posiciones que limitan las pruebas ilícitas exclusivamente a la violación de derechos fundamentales.⁸

Para intentar solucionar el conflicto enunciado, en los Estados Unidos de América se ha construido la institución de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, como mecanismo encaminado indirectamente a la protección de las libertades y garantías individuales, el cual se sustenta en la necesidad de pulcritud en los procedimientos policiales y en la prevención de conductas ilegales por parte de los agentes policiales en los procedimientos de obtención y aseguramiento de la prueba.⁹

Así mismo, en el derecho continental, especialmente en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, se ha edificado el sistema de prohibiciones probatorias, del cual la prueba ilícita es una de sus modalidades.¹⁰

Surge problemática, también, la cuestión de la admisibilidad de las pruebas lícitas derivadas de pruebas obtenidas ilícitamente, toda vez que para justificar o negar la admisibilidad de algunas de ellas se incurre en juicios causales hipotéticos.¹¹

razonable y equilibrada a la verdad, es decir que ésta se distancie de la verdad en sus sentido material en cuanto absoluta y de la verdad formal en cuanto verdad libremente construida. Ver: URBANO Martínez, José Joaquín (2008). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. p. 30-31.

⁶ *Ibíd.* p. 73.

⁷ Cfr. MIRANDA Estrampes, Manuel (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª ed. Barcelona: J.M. Bosch. p. 17-52.

⁸ *Ibíd.* p. 19-26.

⁹ Entre otros: GASCÓN Abellán, Marina (2005). *¿Freedom of proof?: El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*. Número 52. p.74-85; GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*. Número 26. p. 76-80; MIRANDA Estrampes, Manuel (2003). *La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*. Número 47. p. 53 -66.

¹⁰ Entre otros: GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.*, p. 76-80.

¹¹ Como es el caso de la doctrina del *inevitable recovery*, según la cual la prohibición de admisibilidad de las pruebas ilícitas no puede recaer sobre aquellos hechos que se hubieran podido aprehender por otros medios.

2. El “Derecho Penal liberal” como criterio legitimador del *ius puniendi*

En el marco de un Estado constitucional, el proceso penal se ha entendido como un mecanismo encaminado a conciliar los intereses de búsqueda de la verdad y de protección y defensa de los derechos fundamentales de los procesados.¹² Entonces, para considerar al proceso penal como un instrumento legítimo del Estado que persigue encontrar la verdad y satisfacer los fines de la convivencia pacífica y la paz social, deberá procurar la protección de los intereses de todos y cada uno de los intervinientes en el marco de un debate procesal en el que se persigue determinar la aclaración de una hipótesis delictiva y el grado de responsabilidad de los ciudadanos en la misma. Es así como en un Estado Social de Derecho, de orientación personalista y democrática, se ha de acudir a un *derecho penal liberal o del ciudadano*, en el cual la búsqueda de la verdad esté condicionada por el derecho penal material y el respeto al debido proceso.¹³

Ahora bien, de la fórmula contenida en el artículo 1 de la Constitución Política se deriva para el Estado la obligación de implementar los mecanismos necesarios y suficientes para alcanzar los fines de la justicia, la convivencia pacífica y la paz social; para ello, debe garantizar la efectividad de los derechos y garantías fundamentales de las personas, que no son cosa diferente a establecer límites frente a los poderes del Estado en favor de todos los asociados.¹⁴

En este contexto, la justicia se alcanza por intermedio de decisiones legítimas por parte de los diferentes órganos y ramas del poder público, legitimidad que se refiere a la satisfacción de los valores, principios, reglas y procedimientos propios del Estado democrático. Entonces, para que las decisiones que afecten libertades de las personas (tales como la dignidad, la intimidad y la locomoción, entre otras) estén investidas de legitimidad, es menester que se respeten, en todo momento, los derechos fundamentales en general, y el debido proceso en particular.

3. Aproximación al concepto de *regla de exclusión probatoria*

En un Estado en el cual el fin del proceso penal, como ya se enunció, es la protección de las garantías y libertades fundamentales de las personas en los procedimientos de búsqueda de la verdad, la obtención y el aseguramiento de la prueba se constituyen en un problema esencial, toda vez que exige determinar *cuáles pruebas son admisibles* o *cuáles pruebas son inadmisibles* en el marco de un sistema de valores, principios y reglas en aras de que las decisiones restrictivas y de injerencia en la esfera de libertad de las personas sea legítima.

¹² URBANO Martínez, José Joaquín (2008). *Op. cit.*, p. 30-31; ROXIN Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 121.

¹³ JAÉN Vallejo, Manuel (2003). *Acusación e investigación en el sistema procesal penal*. En: *Revista Diálogos y saberes*. Número 24. p. 198–199.

¹⁴ Cfr. CALLE Calderón, Armando Luis (2000). *Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso*. En: *Nuevo Foro Penal*. Número 63. p. 45–68.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el loable fin de la obtención de la verdad, como uno de los presupuestos de la materialización de la justicia, no puede conseguirse de cualquier manera, incluyendo la afectación de la dignidad humana.¹⁵

De allí que en algunos estados occidentales de tendencia democrática, a lo largo del siglo XX se hayan intentado elaborar construcciones teórico-jurídicas, iusfilosóficas y dogmáticas para la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación a normas jurídicas positivas. Es el caso de teoría de la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida¹⁶ y de las prohibiciones de valoración probatoria.¹⁷ Es conocido que la discusión se inició y se desarrolló en los Estados Unidos de América, bajo un sistema procesal y una tradición jurídica diferentes a la *européo-continental*, tradición en la cual fue formado el derecho colombiano.

Si se define la *regla de exclusión probatoria* como el mecanismo constitucional mediante el cual se excluye o no se admite en un proceso la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, entonces ésta persigue garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.¹⁸

Se ha observado que con la obtención y el aseguramiento de la prueba de cualquier manera se han visto afectados de manera grave derechos fundamentales de las personas, entre los cuales se encuentran la dignidad humana, la intimidad, la indemnidad personal, ocasionando la deslegitimación del Estado y de las autoridades públicas. Se evidencia pues, que con el problema del aseguramiento de prueba se presenta una tensión entre los fines de consecución de la verdad y de la protección de los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Es así como la discusión sobre la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos y garantías se ha dirigido, básicamente, desde dos criterios radicalmente opuestos, a saber: uno que considera que el único parámetro para determinar la admisibilidad de una prueba es la relevancia o eficacia de la misma para demostrar los hechos discutidos en el proceso, sin importar la manera en la cual se obtuvo la prueba; y otro según el cual, para determinar la admisibilidad o inclusión de la

¹⁵ Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura. p. 310; CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU-159 de 2002*. Salvamento de Voto. Bogotá.

¹⁶ Al respecto, entre otros: GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. 2 Ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. p. 419-430; IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. cit.* p. 71 y ss.

¹⁷ GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.*, p. 76–80.

¹⁸ En el derecho norteamericano se puede definir la regla de exclusión de la evidencia (*Exclusionary rule*) como “aquella institución probatoria, según la cual en un juicio penal no puede resultar admitida la evidencia producto de una actividad ilegal realizada por autoridades de persecución penal. El objeto de la regla de exclusión es resguardar la actividad judicial de las conductas inapropiadas de la policía y evitar que esta se haga partícipe de comportamientos violatorios de la ley”, citado por GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Op. cit.*, p. 419.

Es evidente, entonces, la diferencia existente entre la fundamentación y los fines de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico colombiano y en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.

prueba se debe tener en cuenta el respeto por los derechos y garantías fundamentales de las personas.¹⁹

En este último sentido, son ilustrativas las consideraciones del Juez norteamericano Oliver Wendell Holmes, quien en una sentencia de 1928 sostuvo lo siguiente:

Es verdaderamente deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente (...) Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos de los delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel inicuo.²⁰

4. Desarrollo de la *cláusula de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico colombiano

Con anterioridad a la Constitución Política de 1991, en nuestro *sistema legal* no estaba consagrado, y mucho menos regulado, el instituto de la prueba ilícitamente obtenida ni la consecuencia de la exclusión de ésta.²¹

Como resultado de lo anterior, en los eventos en los cuales se estaba en presencia de una prueba ilícitamente obtenida no se le aplicaba a la misma la sanción de la nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia,²² al contrario, ésta gozaba de plena eficacia para sustentar una sentencia de condena.²³

Mediante la Carta Política de 1991 se introdujo y se constitucionalizó en nuestro ordenamiento jurídico la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación del

¹⁹ IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. cit.* p. 72. En este sentido, se advierte que en la formulación y justificación de la cláusula norteamericana de exclusión de la evidencia se persigue la transparencia de la actuación mediante la cual se aseguró la prueba, más que la protección de los derechos fundamentales. Así mismo, en la formulación norteamericana, la regla de exclusión persigue un efecto persuasorio dirigido a las autoridades encargadas de recolectar la evidencia, con la finalidad de que no cometan en el futuro acciones que maculen la prueba.

²⁰ Citado por IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Op. Cit.* p. 72.

²¹ Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba Ilícita y regla de exclusión. Op. cit.* p. 314 y ss. En el mismo sentido RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. p.89.

²² Cfr. URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. Cit.* p. 314-318. En igual sentido, RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *Op. Cit.* p.89, sostiene: “Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de sus múltiples reformas existía un evidente fundamento para establecer la existencia de un ilícito o irregularidad constitucional en la obtención de la prueba en el ámbito extraprocesal ante la evidencia de la violación de los derechos y libertades de las personas; sin embargo, no era claro que esto tuviera como consecuencia procesal la nulidad o la exclusión de la prueba. La solución más generalizada a esto tampoco era la declaración de la nulidad de la prueba, sino que quedaba a la libre apreciación del juez reconocer la ineficacia de la información que se extraía de la fuente de prueba si de acuerdo con las reglas de la sana crítica se consideraba que perdía su credibilidad o su capacidad demostrativa”.

²³ Incluso, esta situación se mantuvo en vigencia de la Constitución Política de 1991. En este sentido véase CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-008 de 1998*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá.

debido proceso o de las garantías fundamentales, con la finalidad de garantizar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales y de materializar los fines del Estado de orientación personalista. En efecto, en el inciso final del artículo 29 superior se consagró: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Prima facie se observa que en la mencionada regulación, que es coherente con el modelo de Estado Social de Derecho de orientación democrática y personalista, se persigue limitar los poderes del Estado en las tareas de esclarecimiento de la verdad y correlativamente constituir a la dignidad humana y al debido proceso en barreras de contención frente al poder sancionatorio del Estado.

Lo anterior significa que la regla de exclusión probatoria del artículo 29 es una garantía fundamental de raigambre constitucional, de aplicación directa y con protección reforzada que se encuentra en conexión directa con los derechos fundamentales, entre otros: la dignidad humana, la vida digna, la indemnidad de la persona, la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

A diferencia de lo acaecido en otros ordenamientos normativos, por ejemplo el español²⁴ y el norteamericano²⁵, en Colombia la cláusula de exclusión probatoria por prueba ilícita emana directamente de la Constitución, lo que implica su efectividad y aplicación directas sin necesidad de acudir a inferencias de ninguna índole.

La consagración constitucional de la cláusula de exclusión probatoria, en el marco de un Estado que acude al enunciado valorativo de la prevalencia del interés general, evidencia la tensión existente entre los intereses de consecución de la verdad, por un lado, y de respeto de los derechos y garantías constitucionales, del otro. Éste es el perenne conflicto entre el interés general y los derechos individuales de libertad como esferas intocables de aquél.

La tensión entre estos intereses o valores fundamentales ha de resolverse en atención a la persona que es el fundamento último del Estado. La cláusula de exclusión probatoria, al perseguir la protección de los derechos fundamentales y al adoptar la función de protección de los ciudadanos o las personas frente al Estado, igualmente se constituye en un límite para el Estado, en aras de materializar su legitimidad y un orden social justo.²⁶ Solucionar el conflicto sociedad (Estado) – individuo, en favor de la primera, con el pretexto de la prevalencia del interés general y de la búsqueda de la verdad, trae aparejado un desconocimiento de los derechos fundamentales y una relativización de los mismos.²⁷

²⁴ En el cual se ha intentado fundamentar la *Regla de Exclusión Probatoria* en el artículo 24 de la Constitución Española que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

²⁵ En este sistema se ha edificado la *exclusionary rule* en las enmiendas cuarta (derecho a la intimidad) y quinta (derecho a la no autoincriminación y al debido proceso) de la Constitución de los Estados Unidos de América.

²⁶ En este sentido, MAIER, Julio B.J. (1999). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Nuevo Foro Penal*. Número 60. p. 135–143.

²⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 139–140.

El método de la ponderación²⁸ en el caso concreto entre el interés particular vulnerado, con la obtención o aseguramiento de la prueba, y el interés del Estado y de la sociedad en la persecución penal, permite una limitación ilegítima e *instrumental* de los derechos fundamentales, por medio de argumentos pragmáticos y especulativos,²⁹ tales como la gravedad del hecho investigado o la necesidad de efectividad del aparato de justicia.

Téngase en cuenta, además, que en el marco de un proceso penal la verdad (como construcción valorativa derivada de relaciones y entramados de poder) no tiene carácter absoluto, ni la capacidad o eficacia de desdibujar y anular los derechos fundamentales existenciales y de libertad.

También es menester considerar que si bien en la Constitución Política de Colombia está consagrada la *Regla de exclusión probatoria*,³⁰ entendida como la imposibilidad de aducir, incluir y valorar la prueba obtenida con violación del debido proceso y demás garantías fundamentales, su fundamento político y jurídico no es el mismo de la *exclusionary rule* norteamericana. En efecto, de lo expuesto hasta ahora se colige que en nuestro ordenamiento jurídico la *Regla de Exclusión Probatoria* se sustenta en la protección y garantía de los derechos fundamentales,³¹ mientras que en el sistema norteamericano, la *exclusionary rule* se apoya en la impecabilidad de los procedimientos de obtención y aseguramiento de la evidencia y en el efecto de persuasión (*deterrent effect*) dirigido a las autoridades encargadas de obtener y asegurar la evidencia con la finalidad de que no se violen o desconozcan garantías a los ciudadanos. Se observa que el fin primordial de la *exclusionary rule* no es el respeto y garantía de los derechos fundamentales en el proceso de obtención y aseguramiento de la prueba, sino un efecto simbólico frente a la sociedad, en el sentido de configurar en ésta una sensación de seguridad y justicia.

No obstante la consagración constitucional de la regla de exclusión de la prueba ilícita y su contenido político en favor de las garantías y libertades de las personas frente al poder del Estado, se observa que tal garantía puede tener un alcance diferente dependiendo de la forma de articular constitucionalmente la mencionada regla.³² Es así como puede entenderse que la tal regla es:³³ a) la manifestación de la garantía del debido proceso y por ende de los derechos fundamentales, esto es, la regla de exclusión se justifica en razón de la protección reforzada de los derechos fundamentales³⁴; b) un mecanismo dirigido a producir un efecto de prevención y disuasión (*deterrent effect*) de conductas policiales que afectan derechos, en el

²⁸ Criterio mayoritario en Alemania y recurso al cual acude la Corte Constitucional colombiana. Al respecto, ver CORTE CONSTITUCIONAL (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas. Consideración 8.J.4. Bogotá.

²⁹ MAIER, Julio B.J. (1999). *Op. Cit.*, p. 139.

³⁰ Término introducido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002.

³¹ Sin perjuicio de poder admitir que en el ordenamiento constitucional colombiano la cláusula probatoria pueda cumplir funciones (que no fines) de persuasión a las autoridades encargadas de obtener y asegurar la prueba.

³² GASCÓN Abellán, Marina (2005). *Op. Cit.* p. 78.

³³ *Ibíd.* p. 78.

³⁴ CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis, Primera edición. Bogotá.

entendido de que la prevención y la disuasión de conductas y no la protección de derechos son el fundamento para excluir pruebas ilícitas en un proceso determinado; o c) un instrumento para lograr la justicia y el logro de los intereses públicos a partir de un concepto material de verdad.³⁵ Es evidente, pues, que el primero de los mecanismos de articulación de la regla de exclusión de la prueba ilícita resulta más fuerte en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

5. Debilitamiento de la *cláusula de exclusión probatoria* en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Tal y como se consagró la regla de exclusión de la prueba ilícita en el artículo 29 constitucional, a partir de la fórmula de la *nulidad de pleno derecho*, se advierte que esta garantía se fundamenta en el debido proceso y en la protección de los derechos fundamentales.³⁶ Empero, desde la misma entrada en vigencia de la Constitución política de 1991, a través de diferentes decisiones jurisdiccionales y legislativas, se ha presentado un sistemático debilitamiento de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita.

Es de anotar, que no obstante la introducción constitucional de la nulidad de pleno derecho como consecuencia de la prueba obtenida con violación del debido proceso, el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 no regularon la mencionada institución probatoria, aunque sí pretendieron introducir una actualización axiológica en esos cuerpos normativos, coherente con el nuevo régimen constitucional y haciendo mención del respeto por la dignidad humana, el debido proceso y las garantías constitucionales.³⁷

De otro lado, desde el inicio de sus funciones como máxima guardiana de la Constitución, la Corte Constitucional se ha ocupado de definir, delimitar y limitar los alcances de la cláusula de exclusión probatoria.³⁸ En esta tarea, inicialmente definió a la prueba ilícita como aquella obtenida con desconocimiento de los componentes del debido proceso o con violación de los derechos de contradicción o intimidad y sin la observancia de las reglas propias de cada juicio.³⁹ Así mismo, la Corte estableció

³⁵ Éste es el caso del derecho alemán.

³⁶ En este sentido, Urbano Martínez sostiene que "(...) la consagración expresa de la cláusula de exclusión de la prueba ilícita en el actual constitucionalismo colombiano es compatible con la concepción que tiene de la persona humana y de sus derechos con el imperativo de respetarlos". En: URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. cit.* p. 320.

³⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 320–323. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso 18451 de 2004 sostiene que el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 desarrollan el precepto contenido en el inciso final del artículo 29 constitucional al regular entre otras materias la necesidad de prueba, imparcialidad de los funcionarios, pruebas ilegales, prohibidas, ineficaces impertinentes o superfluas. En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Proceso 18451 de 2004*. M.P. Herman Galán Castellanos. Bogotá.

³⁸ Un detallado estudio del instituto estudiado y de su evolución en el derecho colombiano en URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Op. cit.* p. 310–345.

³⁹ *Ibíd.* p. 330–345. En ese trabajo se encuentra un estudio de las sentencias C-159 de 1993, C-495 de 1995, C-217 de 1996, T-03 de 1997, T-008 de 1998 C-093 de 1998, por medio de las cuales la Corte Constitucional realiza una aproximación al problema de las pruebas ilícitas y de la *Regla de Exclusión Probatoria*.

que la institución en estudio es aplicable a toda clase de procesos y no exclusivamente del proceso penal.

5.1. Debilitamiento por vía jurisprudencial. Breve reseña de algunas decisiones de la Corte Constitucional

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha presentado, paradójicamente, un gradual desconocimiento de la cláusula de exclusión probatoria consagrada en el artículo 29 de la Carta de Derechos; debilitamiento éste que se evidencia en importantes consideraciones jurisprudenciales, por lo que se procede, entonces, a realizar una breve reseña de dos de las sentencias de la Corte Constitucional que impulsaron y han marcado hito en el debilitamiento de la aludida garantía fundamental.

5.1.1 Sentencia T-008 de 1998⁴⁰

En esta sentencia se puede encontrar el primer ataque a la cláusula de exclusión probatoria contenida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. En esta oportunidad, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional se

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia T-008 de 1998*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá. En este sentido, los hechos y fundamentos objeto del pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera: el 26 de marzo de 1994, en horas de la noche, cuatro líderes indígenas del Resguardo de San Andrés de Sotavento que se trasladaban en un automotor fueron interceptados por otro vehículo tipo campero, del cual descendieron cuatro individuos que empezaron a disparar en contra del vehículo donde se transportaban aquéllos. Al día siguiente los cuatro cuerpos sin vida de los líderes indígenas fueron encontrados en el Municipio de Chinú (Departamento de Córdoba). Como consecuencia de lo anterior, la *Justicia Regional* inició investigación en contra del señor W.A.T.T. por concurso de homicidio.

En el marco de la investigación se recibió un testimonio bajo reserva de identidad, sin el cumplimiento de las exigencias de los decretos 0099 de 1991 y 2271 de 1991, esto es, se surtió el interrogatorio sin la presencia de un representante del Ministerio Público con la finalidad de que constatará que la huella dactilar del testigo le correspondiera efectivamente y sin que se elevara acta separada en la cual constara la identidad del declarante. De la misma manera, se practicó un allanamiento a una hacienda de propiedad del procesado en el cual se halló una pistola Colt 45, de propiedad del encartado y con la cual, de acuerdo con los dictámenes técnicos de balística, se perpetró el homicidio múltiple. El 3 de octubre de 1996, un Juez Regional de Medellín dictó sentencia absolutoria en favor del procesado, al considerar que en el caso concreto se presentaba duda que impedía proferir sentencia condenatoria. Así mismo consideró inexistente el testimonio rendido bajo reserva de identidad sin el cumplimiento de las normas antes citadas, a la vez que realizó un análisis de todos los elementos del acervo probatorio existente.

El 17 de abril de 1997, el Tribunal Nacional revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar condenó al señor W.A.T.T. a pena privativa de la libertad, arguyendo que las omisiones durante la recepción del interrogatorio bajo reserva de identidad no tenían la capacidad de tornar en inexistente el testimonio por cuanto la inexistencia de la prueba se presentaba únicamente en aquellas diligencias en que estuviere presente el procesado sin la asistencia de un defensor y que, además, si bien esa prueba no podría ser valorada como testimonio sí podía serlo como hecho indicador en los eventos en que existieran otras pruebas que, como ocurría en ese caso, confirmaran su autenticidad. El defensor del condenado, como mecanismo transitorio, mientras la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidía el recurso extraordinario de casación presentó acción de tutela al considerar que la providencia atacada constituía una vía de hecho que vulneraba los derechos fundamentales del procesado a la libertad personal (C.P., artículo 28), al debido proceso (C.P., artículo 29) y a la presunción de inocencia (C.P., artículo 29), además de presentarse un defecto fáctico como consecuencia de un mal ejercicio de valoración probatoria por parte del juez de segunda instancia.

ocupó de determinar, entre otros asuntos, si en el caso particular la declaración de un testigo con reserva de identidad, que ha sido obtenida por fuera de las normas legales aplicables, debe ser excluida de conformidad con lo establecido por el artículo 29 superior.

La Corte Constitucional reconoció expresamente que en el caso objeto de análisis, efectivamente se presentó una prueba obtenida con violación al debido proceso, la cual, en consecuencia, debía ser excluida procesalmente.⁴¹ Sin embargo, a renglón seguido sostuvo que la prueba que debió ser excluida no resultó determinante al momento de emitir sentencia. En este sentido expresó:

No obstante, el hecho de que un juez tenga en cuenta dentro de un proceso una prueba absolutamente viciada, no implica, necesariamente, que la decisión que se profiera deba ser calificada como una vía de hecho. En efecto, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional (v. supra), no todo vicio implica la descalificación absoluta y definitiva del acto judicial. Conforme a la jurisprudencia constitucional, esta Sala no puede menos que indicar que **sólo** en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la **única** muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.

En el presente caso, resulta claro que la inexistencia de la declaración del testigo con reserva de identidad no tendría, necesariamente, el efecto de cambiar la decisión impugnada. Ciertamente, el Tribunal Nacional tuvo en cuenta otros elementos de juicio tales como el hallazgo de una de las armas homicidas en una finca de propiedad del condenado; la presunta relación de subordinación y confianza entre quien era el tenedor de la mencionada arma al momento del allanamiento a la finca "Los Naranjos" -quien se encuentra huyendo de la justicia- y el señor [T. T]; el conjunto de testimonios de oídas que afirmaban la participación del actor en la comisión del delito; el eventual interés del encartado en la ejecución de la masacre, etc. Con independencia del valor de cada uno de estos elementos de juicio -lo cual no puede ser definido por el juez de tutela-, lo cierto es que la prueba que debió ser excluida no resulta determinante a la hora de resolver el caso planteado.⁴²

Esto significa que, a juicio de esta sentencia, una prueba obtenida con violación al debido proceso y demás garantías y derechos fundamentales puede sustentar una

⁴¹ Al respecto, en la sentencia T-008 de 1998 (fundamento 15), la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: "(...) resulta claro que, desde una perspectiva constitucional, la justicia regional no puede tener en cuenta la declaración de un testigo con reserva de identidad si ésta ha sido obtenida violando las garantías consagradas en las normas legales que establecen la mencionada figura. Por consiguiente, la Corte no comparte la posición del tribunal nacional, en el sentido de que la declaración del testigo secreto puede ser tenida en cuenta en el proceso penal como un indicio, toda vez que, al haber sido recaudada con violación al debido proceso constitucional, resulta nula de pleno derecho y, en consecuencia, debe ser excluida del expediente. Proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo."

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Op. Cit.* Fundamento 16.

sentencia de condena, siempre que existan otras pruebas incriminatorias, así éstas sean derivadas de la prueba ilícita originaria. En la lógica de la providencia, si se admite que una sentencia de condena sea sustentada en la prueba ilícita originaria, con mayor razón puede ser fundada en prueba derivada de aquélla.

En este evento, como en los demás en los cuales se admite prueba irregularmente obtenida como fundamento de una sentencia condenatoria, se presenta un debilitamiento en la eficacia de la regla de exclusión; privilegiando de esta forma el clamor social de que se haga justicia y un criterio material de verdad, en desmedro de la reafirmación de la vigencia de los derechos y garantías fundamentales en los cuales se edifica la legitimidad del Estado, el orden político y el ordenamiento jurídico.

5.1.2 Sentencia SU-159 de 2002⁴³

Esta sentencia es paradigmática en materia de prueba ilícita y regla de exclusión probatoria, por cuanto a falta de regulación legal expresa de estos institutos, le indicó a la judicatura las pautas a seguir en tales materias hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.⁴⁴ Asimismo, su importancia deriva del hecho de que es la primera sentencia que realiza un estudio completo, analítico, comparado, histórico y sistemático de las instituciones en comento, a la vez que establece los alcances de las mismas.

En esta decisión, la Corte Constitucional sentó doctrina en los siguientes puntos: a) de manera expresa denominó a la regla contenida en el artículo 29, inciso final, como *Regla de Exclusión Probatoria*; b) las fuentes de exclusión probatoria son la prueba inconstitucional u obtenida con violación del debido proceso y la prueba obtenida con violación de las garantías y del procedimiento establecido y tienen aparejada como consecuencia jurídica el rechazo de la prueba y su exclusión del proceso; c) la existencia de una prueba obtenida con violación del debido proceso no afecta todo el proceso, sino exclusivamente la prueba viciada; es decir, cuando en un proceso obren pruebas nulas de pleno derecho éstas se excluyen, pero se continúa con el trámite que es considerado plenamente válido; d) así mismo, se entiende que para determinar si en relación con una prueba determinada procede su exclusión, se debe acudir al concepto de irregularidad menor;⁴⁵ e) al abordar el

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU- 159 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2002. En esta sentencia se estudia el caso conocido como “*Miti Miti*”, en el cual la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a pena privativa de la libertad al entonces Ministro de Comunicaciones S.A.G. como responsable del delito de celebración indebida de contratos, con fundamento en prueba derivada de una grabación arbitraria de conversaciones telefónicas sostenidas entre S.A.G. y el entonces Ministro de Minas y Energía R.V.A., la cual fue dada a conocer por una prestigiosa revista nacional. Debe tenerse en cuenta que, por lo menos desde una perspectiva formalista, tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia declararon la nulidad de la grabación dada a conocer por los medios de comunicación pública.

⁴⁴ Un ejemplo de ello es CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Op. cit.*

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Ibidem*. En el apartado 4.2.2 se afirma: “(...) es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen

problema de la prueba derivada se admite que la regla o cláusula de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta y admite excepciones,⁴⁶ por ejemplo, la doctrina de la atenuación o vínculo jurídico atenuado,⁴⁷ la doctrina de la fuente independiente,⁴⁸ la doctrina del descubrimiento inevitable⁴⁹ y la doctrina del acto libre de voluntad.⁵⁰

De esta decisión se rescata, en primer lugar, que no obstante estar presente en el cuerpo del inciso final del artículo 29 constitucional la consecuencia jurídica aplicable, la Corte reconoció que la consecuencia indefectible de la prueba obtenida con violación del debido proceso y las demás garantías fundamentales, es la exclusión o no valoración de la misma. En este sentido se sostuvo que “en todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad”,⁵¹ remediando de esta manera los perjuicios introducidos por la sentencia T-008 de 1998.

En segundo lugar, en esta decisión se determinó el alcance del debido proceso, la prueba ilícita y la prueba ilegal en términos de la regla de exclusión probatoria, entendiendo que esta última procede cuando exista prueba inconstitucional u obtenida sin observancia de los requisitos procesales y de producción de prueba específicos, y cuando su obtención haya devenido de violación de derechos y garantías fundamentales de la persona.

Sin embargo, debe también sostenerse que se observa que la Corte Constitucional, como criterio articulador de la regla de exclusión probatoria, aún en contravía de la Constitución, ha acogido el *deterrent effect* o efecto disuasorio. Para esto, el alto tribunal se fundamentó en el método histórico de interpretación de la norma y con base en las actas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente concluyó

decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita. (Subraya fuera del texto original)

⁴⁶ Es de anotar que este sistema de excepciones, en principio, es aplicable a las pruebas derivadas de las pruebas directamente obtenidas con violación al debido proceso y a los derechos fundamentales. Sin embargo, se advierte que es posible que el sistema de excepciones a la regla de exclusión probatoria llegue incluso hasta la prueba directamente obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales

⁴⁷ De acuerdo con esta doctrina, es admisible la prueba derivada cuando el vínculo entre ésta y la prueba directa es tan tenue que es como si no afectara derecho fundamental alguno.

⁴⁸ Se admite la prueba derivada cuando ésta ha sido obtenida de una fuente completamente independiente y diferenciada, pero concurrente, de la prueba viciada.

⁴⁹ La prueba derivada es admisible si el ente acusador logra demostrar que la misma prueba, igualmente, se hubiera obtenido por medios lícitos.

⁵⁰ De acuerdo con esta doctrina, el vínculo entre prueba directa obtenida con violación del debido proceso y de las garantías fundamentales y la prueba derivada de ésta, se rompe cuando es admitida por la persona contra la cual se pretende hacer valer.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Op. cit.*

que “su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado, y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos”.⁵² En este sentido, para esa corporación

La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como "chivos expiatorios". El artículo 29, inciso último, busca evitar que la historia se repita.⁵³

Es cierto que, en aplicación de la *Cláusula de Exclusión Probatoria*, se pueda cumplir con una función disuasoria dirigida a las diferentes autoridades encargadas de la obtención, producción y aseguramiento de la prueba. Pero desde los planos teórico y práctico existe diferencia en que se fundamente la regla de exclusión en el respeto de los derechos y garantías fundamentales o que se fundamente en un efecto preventivo.

Entonces, si la regla de exclusión probatoria se sustenta en el *deterrent effect*, se infiere que se relativizan los derechos fundamentales y el debido proceso al admitir que existen intereses públicos prevalentes, como son la obtención de la verdad y la reducción de la impunidad a cualquier precio. De esta manera es evidente que se presenta un debilitamiento progresivo en el sistema de protección de derechos.

Recuérdese que en el caso colombiano, al estar expresa y directamente consagrada en la Constitución, la *Regla de Exclusión Probatoria* deriva su vigencia de la materialización de los derechos y garantías fundamentales, por lo tanto no es admisible que gracias a conceptualizaciones simbólicas y oportunistas se pretenda articular la regla de exclusión en efectos preventivos y de lucha contra la criminalidad, permitiendo de esta manera la relativización de la garantía constitucional.

A juicio de la Corte Constitucional, “(...) el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal”.⁵⁴

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.* En igual sentido, más adelante sostuvo: De la breve descripción del derecho comparado se puede apreciar que la experiencia a la cual se refirieron los delegatarios de la Asamblea no puede reducirse a un par de reglas simples. Además, dicha experiencia es muy diversa, de tal forma que no se puede identificar un patrón común que pueda servir de referente para resolver cuestiones puntuales relativas a los alcances del artículo 29, inciso segundo, de la Constitución. No obstante, sí coincide con el tenor de dicha norma la tendencia detectada en dichos países en el sentido de que no deben ser admitidas las pruebas que son el resultado de conductas ilícitas o inconstitucionales, sobre todo cuando éstas son realizadas de manera premeditada por agentes del Estado que han de dar ejemplo de respeto a las reglas de juego que distinguen a las democracias constitucionales de los regímenes de corte autoritario y a los Estados de derecho de los estados policivos.

⁵⁴ *Ibíd.*

El anterior argumento sumado a la adopción del *deterrent effect* ha permitido la introducción de excepciones a la regla de exclusión en los casos de prueba derivada.

A efectos de determinar en cuáles eventos una prueba derivada de una originariamente ilícita es admisible, en el fundamento 4.3.2.1 de la reseñada providencia se estableció:

Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.⁵⁵

Se aprecia que tales criterios tienen eficacia para desconocer derechos y garantías fundamentales, toda vez que se trata de criterios amplios y vagos que no tienen capacidad de limitar la libre valoración por parte del funcionario judicial cuando atiende a razones de interés general, justicia en sentido abstracto y verdad material. Y si bien pretenden legitimar formalmente la inclusión de pruebas ilícitas derivadas, nada aportan en cuanto a definición de límites de la actuación estatal en términos de protección respecto de los derechos y garantías fundamentales. Esto implica que la responsabilidad estatal por violación de derechos fundamentales se desvanezca por vía de especulación y argumentos no demostrables.⁵⁶

Se reitera que los derechos constitucionales que implican en el Estado un deber negativo obedecen al hecho de que a la vez que constituyen una garantía en favor de las personas frente al Estado, se erigen en un límite para éste, legitimando de esta manera su actuación. Entonces, no resulta admisible que, además de su situación natural de superioridad en relación con el individuo, el Estado para construir responsabilidad penal se apoye en pruebas obtenidas mediante conductas axiológicamente reprobables y reprochables e incluso constitutivas de infracciones penales. De esta manera se deslegitima la actuación estatal.

Siguiendo a los magistrados disidentes⁵⁷ en el fallo en cuestión, se puede concluir que “la aceptación de esta limitación a la exclusión de la prueba ilícita deja la puerta abierta a futuras conductas ilegítimas por parte de los organismos de investigación

⁵⁵ *Ibíd.* Subraya fuera del texto original.

⁵⁶ GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Op. cit.* p. 79.

⁵⁷ Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

del Estado, lo cual no tiene ningún asidero dentro de los principios éticos y morales que rigen el Estado Social de Derecho”.⁵⁸

5.2. Debilitamiento por vía legislativa: Ley 906 de 2004

A pesar de la Ley 906 de 2004 emula la regla constitucional de exclusión probatoria (artículo 23), admite excepciones a la misma (artículo 455), tales como son: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento atenuado y las demás que establezca la ley.

Al regular la institución de la *Cláusula de Exclusión Probatoria*, el legislador se inspiró en la doctrina estadounidense⁵⁹ y en la doctrina sentada por la sentencia SU-159 de 2005.

Mediante sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma señalada,⁶⁰ estableciendo que para determinar la ilicitud de la prueba derivada, el funcionario judicial, con fundamento en la reglas de la experiencia y la sana crítica, debe determinar si se ha roto o no el nexo causal entre la prueba original viciada y la prueba derivada de ésta. Para ello el funcionario ha de ponderar entre los derechos fundamentales del procesado y los de la sociedad representados en los derechos de las víctimas y de terceros y en la obligación estatal de sancionar efectivamente el delito.⁶¹

Es evidente que en esta sentencia se declara la prevalencia de los intereses de la sociedad y del Estado en perjuicio de los derechos fundamentales individuales, al imponer que para la aplicación del citado artículo 455 el juez deberá ponderar entre, por un lado, los intereses de verdad material y necesidad de efectividad del aparato estatal de justicia, y por el otro, los derechos de la persona. Esto da vía libre al operador judicial para que desconozca abiertamente la regla de exclusión probatoria.

Además de lo anterior, en relación con la regulación legal de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, surge el siguiente interrogante ¿Tiene el artículo 455 la capacidad y la eficacia de evitar que por vía jurisprudencial, atendiendo al criterio de ponderación, se apliquen excepciones como la doctrina del acto libre de voluntad⁶² o de la buena fe⁶³?

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Op. Cit.* Salvamento de voto.

⁵⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

⁶⁰ Al respecto en Sentencia C-591 de 2005 se señaló: “(...) los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.

⁶¹ Cfr. *Ibíd.*

⁶² Criterio acogido por la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2005.

⁶³ GASCÓN Abellán advierte que este criterio puede ser utilizado por la doctrina para justificar, además, la no exclusión de la prueba ilícita directamente obtenida con violación del debido proceso. En: GASCÓN Abellán, Marina (2005). *Op. cit.* p. 74-85.

Con base en el anterior panorama se sostiene que en el ordenamiento jurídico colombiano, la cláusula constitucional de exclusión de la prueba ilícita ha sido objeto de un progresivo debilitamiento por parte de las interpretaciones constitucional y legislativa, permitiendo de esta manera la desprotección de los derechos fundamentales frente al Estado y concediendo especial importancia a los intereses de obtención de la verdad y reducción de la impunidad.

Conclusiones

En el apartado anterior se sostuvo que en Colombia, por vía jurisprudencial, con base en casos concretos e hipotéticos derivados de la lectura e interpretación de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, la Corte Constitucional definió el concepto de *regla de exclusión probatoria*, a la vez que la limitó creando excepciones a la misma.

Se observa que, toda vez que la Corte Constitucional al reglamentar y configurar el alcance de la *regla de exclusión probatoria* se apoyó en gran medida en los fundamentos conceptuales de carácter político, sociológico y jurídico del derecho norteamericano y en la teoría alemana de la ponderación de los derechos, se presentan problemas de adaptabilidad en el ámbito jurídico local por la importación de la *exclusionary rule*. Tal importación, como se ha advertido a lo largo del presente trabajo, ha traído consigo el desvanecimiento de la efectividad de los derechos fundamentales.

La importación de la *exclusionary rule* a los sistemas de tradición jurídica continental, presenta evidentes problemas de adaptación.⁶⁴ En efecto, al aceptar excepciones a la *regla de exclusión probatoria*, se desconocen de manera abierta los principios fundantes del Estado de Derecho.⁶⁵

Así mismo, con la importación de la *exclusionary rule* se desvanecen los límites constitucionales y legales a favor de los ciudadanos y frente al aparato de persecución penal, al tiempo que la aceptación del criterio de la ponderación, y en especial de la pauta de la violación mediata de los derechos y garantías, implica un desconocimiento del debido proceso, por cuanto arroja a la persona en un estado de indefensión y de inferioridad frente al poder del Estado.⁶⁶

En síntesis, la importación de la *exclusionary rule* al sistema colombiano, tal como lo han hecho, en primer lugar, la Corte Constitucional y posteriormente el legislador, violenta los derechos basales de un Estado democrático de derecho, desarticulándolo y haciéndolo inviable en términos de legitimidad.

⁶⁴ GUERRERO Peralta (2007). *Op. Cit.* p. 451.

⁶⁵ *Ibidem*. En este sentido, Guerrero Peralta sostiene que "Si la legislación penal sanciona como conductas punibles (incluso como violaciones graves de los derechos humanos) la privación ilegal de la libertad, la detención arbitraria, la tortura, la violación de habitación ajena, la violación ilícita de comunicaciones, el acceso abusivo a un sistema informático, etc., no cabe esperar que las autoridades de persecución penal en desarrollo de su tarea resulten siempre amparadas en la justificación del cumplimiento de un deber legal, puesto que su actuación debe estar ceñida siempre al principio de de legalidad procesal y, por ende, al debido proceso" (Negrilla fuera del texto).

⁶⁶ *Ibidem* p. 453.

Referencias Bibliográficas

ALARCÓN Granobles, Héctor J.; CADENA Lozano, Raúl (2004). *Garantías Constitucionales y la prueba ilícita*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 134 p.

BERNAL Pulido, Carlos (2004). *El derecho fundamental del debido proceso*. Señal Editora. Medellín. 83 p.

CADENA Lozano, Raúl (2003). *Principios de la prueba en materia penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. Bogotá. 325 p.

CALLE Calderón, Armando Luis (2000). *Bases para una fundamentación político – constitucional del debido proceso*. En: *Nuevo Foro Penal*, número 63. Medellín. p. 45–68.

CORTE CONSTITUCIONAL (2002). *Sentencia SU-159 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

_____ (2005). *Sentencia C-591 de 2005*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.

_____ (2007). *Auto 227 de 2007*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). *Sentencia 18451 de 2004*. M.P. Herman Galán Castellanos. Bogotá.

CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis. Primera edición. Bogotá. 163 p.

DÍAZ Cabiale, Juan Antonio; MARTÍNEZ Morales, Ricardo (2002). *La teoría de la conexión de antijuridicidad*. En: *Jueces para la democracia: información y debate* número 43. p. 39–49.

ECHEVERRI Salazar, Orlando (2003). *Debido proceso y pruebas ilícitas. Doctrina y Ley*. Bogotá. 69 p.

FERNÁNDEZ Entralgo, Jesús. *Prueba ilegítimamente obtenida* (1989). En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 7. p. 21-33.

GASCÓN Abellán, Marina (2005). *¿Freedom of proof?: El incuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 52. p. 74-85.

GUARIGLIA, Fabricio (1996). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Jueces para la democracia: Información y debate*, número 26. p. 76–80.

GUERRERO Peralta, Óscar Julián (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda edición. Bogotá.

_____ (2009) *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 285 p.

IGARTUA Salaverría, Juan (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Donostia: Librería Carmelo. 160 p.

JAÉN Vallejo, Manuel (2003). *Acusación e investigación en el sistema procesal penal*. En: *Revista Diálogos y saberes*, número 24. p. 198–199.

MAIER, Julio B.J. (1999). *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. En: *Nuevo Foro Penal*, número 60. Medellín. p. 135–143.

MIRANDA Estrampes, Manuel (2003). *La regla de exclusión de la prueba ilícita: Historia de su nacimiento y su progresiva limitación*. En: *Jueces para la democracia: información y debate*, número 47. p. 53-66.

_____ (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Segunda edición. J.M. Bosch. Barcelona.

MORENO Ortiz, Luis Javier (2000). *Acceso a la Justicia*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 206 p.

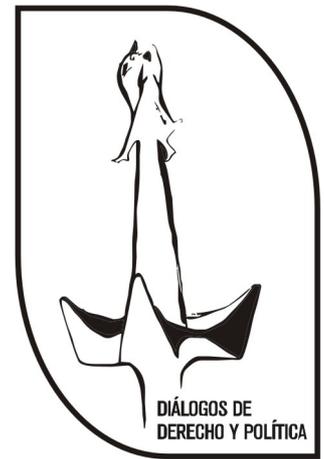
RODRIGUEZ, Orlando Alonso (2003). *Prueba Ilícita penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 484 p.

ROXIN, Claus (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch. Valencia. 158 p.

RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo (2006). *El Derecho Fundamental a la Prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Informe final de investigación (sin publicar). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

URBANO Martínez, José Joaquín (2004). *Prueba ilícita y regla de exclusión*. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. p. 307 -404.

_____ (2008) *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 70 p.



El *principio de confianza legítima* en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia

Angélica Sofía Caicedo Medrano

Abogada y Especialista en Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: sofiacaicedom@hotmail.com

El principio de confianza legítima en las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su incidencia en la congestión de los despachos judiciales en Colombia¹

Resumen

A través del presente artículo se pretende realizar una reflexión frente a la aplicación real y efectiva del principio de confianza legítima en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia y en lo referente al cambio de la jurisprudencia aplicable al momento de fallar un caso en la justicia colombiana. Se busca dar cuenta de cómo los cambios jurisprudenciales en el tiempo afectan los procesos judiciales administrativos, por la congestión y la demora en la resolución de los casos en dicha jurisdicción.

Se plantea con el mismo la necesidad de que el juez administrativo analice y aplique la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda y no al momento de emitir el fallo de fondo, pues con ello se garantizan, entre otros, los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, pero fundamentalmente el de confianza legítima de los ciudadanos en la administración de justicia, en la interpretación de las leyes y en las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos que legitiman sus pretensiones.

Palabras clave: Principio de confianza legítima, Jurisdicción Contencioso Administrativa, congestión de despachos judiciales, sentencias.

¹ Artículo realizado bajo la asesoría del profesor Juan Guillermo Arbeláez Arbeláez, para optar al título de especialista en Derecho Administrativo.

Introducción

En este artículo, más que dilucidar los problemas del derecho administrativo como disciplina autónoma e independiente en el derecho colombiano, se pretende proponer una salida jurídica a la problemática de la congestión en la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana; problemática que se encuentra vigente y ha sido una constante desde su implementación en nuestro país.

Con esta propuesta se pretende evidenciar las dificultades en materia de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley que genera para los ciudadanos la congestión de la justicia administrativa, aún con la puesta en marcha de los juzgados administrativos² casi diez años después del mandato legal para la implementación de éstos, y cómo afectan los cambios jurisprudenciales en el tiempo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En esta jurisdicción, la congestión conlleva una considerable demora para resolver las controversias, lo cual trae consigo el hecho de que en la mayoría de los casos, y en especial en acciones como la de reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, electoral, popular y de cumplimiento, al momento de producirse el fallo ya la jurisprudencia ha cambiado -en ocasiones de manera radical frente al tema que el ciudadano demanda-, lo que, evidentemente, no le está permitiendo al administrado acceder a una sentencia fundamentada en la confianza legítima ante la administración de justicia.

Se deja planteada, entonces, una propuesta según la cual se regule que los cambios jurisprudenciales en la jurisdicción administrativa permitan su aplicación hacia el futuro, y no afecten al momento de fallar los procesos que ya venían en curso.

Si bien es cierto que el principio de confianza legítima se predica de manera casi que exclusiva frente a la administración,³ también lo es que sería una aplicación jurídica lógica que coadyuvaría a que el principio de acceso a la administración de justicia y el derecho al debido proceso, al obtener una sentencia de fondo a la vez justa para los ciudadanos, pueda tener una aplicación real y efectiva en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

I. El principio de confianza legítima –concepto-

No existe una definición específica de lo que es este valor jurídico; sin embargo, en no pocas ocasiones la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa se han ocupado de su definición, manifestando que la confianza legítima es un instrumento para destrabar el conflicto existente entre los

² La Ley de 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia, dispuso que los juzgados administrativos del circuito integran la jurisdicción contencioso administrativa. Por su parte la Ley 446 de 1998 a través del Art. 30 los creó, derogado posteriormente por el artículo 2 de la Ley 1107 de 2006, les regula su funcionamiento y las competencias específicas a través del Art. 42. El 1º de Agosto de 2006 comenzaron a operar.

³ Entendiendo como tal, las entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

intereses de la administración pública y de los ciudadanos, cuando la primera ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar repentinamente esas condiciones en las cuales los ciudadanos ya no confiaban.

Dicho principio tiene que ver con otros valores jurídicos como son la dignidad humana, la presunción de buena fe y la seguridad jurídica, acudiéndose a él para salvaguardar ciertos derechos de los administrados que son cambiados por la administración de manera abrupta. Sin embargo, se considera que tal definición no es acertada, en la medida en que se ha determinado que la confianza legítima no es el “instrumento” para solucionar el conflicto, sino que él –la confianza legítima- hace parte del conflicto, pues este principio es el que vulnera la administración al cambiar repentina y abruptamente las condiciones inicialmente impuestas a los ciudadanos. En palabras de María José Vicenza, “el principio de confianza legítima es una de las partes en el conflicto, no el mecanismo de conciliación”.

La definición más acertada que de la confianza legítima se pueda tener es la contenida en la sentencia C-131 de 2004, en donde la Corte constitucional manifiesta que “el principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica”.⁴

Es importante resaltar que el principio de la confianza legítima es exigible en el ordenamiento jurídico colombiano casi que de manera exclusiva a la administración, concebida ésta como la rama del poder público que ejecuta hechos, operaciones y actos administrativos, toda vez que pocas veces se han visto casos en que dicho valor jurídico le sea exigido a los jueces y a las altas cortes de nuestro país.

De conformidad con este principio, los ciudadanos tenemos el derecho a que las normas, reglamentos y procedimientos establecidos por la administración sean respetados, pues éstas son pautas ya claramente preestablecidas que no deben ser variadas ni constante ni radicalmente por parte de la administración, toda vez que los ciudadanos confían en que determinados trámites, operaciones y procedimientos se realizan de determinada forma y es con dicha regulación que acuden ante ésta.

A los alcances del principio de la confianza legítima se recurre para poner a salvo derechos subjetivos ante cambios abruptos en las decisiones de la administración, respetándose la confianza que el asociado ha puesto en sus instituciones, en la continuidad de sus posiciones, la cual no puede ser desconocida porque sí, cuando de por medio existe la convicción objetiva de que una decisión perdurará o se mantendrá en el tiempo⁵.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-131 de 2004*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, febrero 19 de 2004.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. *Expediente 3461 de septiembre de 2004*. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia en Acción de Nulidad electoral. Bogotá, septiembre 2 de 2004.

La Corte Constitucional desde 1995 lo analizó; en sentencia de Unificación en 1999 definió dicho principio en los siguientes términos:

Este principio **se define como el deber que permea el derecho administrativo**, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que **la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible**.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, **cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse**. Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideren convenientes para la sociedad.⁶ (Negrillas propias)

Posteriormente, en sentencia de constitucionalidad C-131 de 2004, lo conceptuó como un principio de rango constitucional, utilizándolo y aplicándolo básicamente en la resolución de casos en los que se involucran derechos fundamentales. En palabras de la Corte, y con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, se dijo en la referida sentencia:

En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, **consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario**. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia SU-360 de 1999*. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, mayo 19 de 1999.

No obstante, no puede pretenderse que la administración se quede estática y no evolucione ni cambie, no hay constituciones ni leyes perpetuas, por la sencilla razón de que el derecho es un espejo de la sociedad y como la sociedad cambia, el derecho, que es su reflejo, también debe cambiar; pero de ser esto necesario, las reglas, las normas y los procedimientos que los ciudadanos de antemano conocen y con fundamento en los cuales se mueven en la administración, deben ser respetados o por lo menos deben darse situaciones transitorias para que los administrados se acomoden al cambio. Es necesario entonces determinar el fin de la modificación de las normas y las reglas pre establecidas y hasta dónde van éstas, pues ello conlleva el respeto del principio de confianza legítima en la administración.

En el derecho administrativo colombiano⁷ se ha considerado que para la consolidación de la confianza legítima se debe realizar el análisis del mismo desde la óptica de cuatro elementos que permiten verificar si este principio podría verse vulnerado o no con el actuar de la administración, esto es, que se verifiquen las siguientes situaciones para concluir que si se actúa de manera contraria, se vulnera la confianza de los ciudadanos en la administración. Tales elementos son los siguientes:

1. La existencia de una relación jurídica, es decir, que surta efectos en el mundo del derecho. Para que sea objeto de protección del principio de confianza legítima se exige que la relación jurídica involucre a la administración y a los particulares, y, como lo ha señalado la Corte Constitucional, “que los sujetos administrativos se encuentren respecto a la producción del daño en una situación propia del derecho administrativo”.
2. La existencia de una palabra dada. Ésta es la base sobre la cual se construye la confianza legítima, se exige entonces que ella tenga existencia cierta en el ordenamiento jurídico, que no tenga vigencia temporal y que exista identidad entre los destinatarios de la palabra previa y la posteriormente emitida.
3. La conformación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes. La confianza del particular surge con ocasión del nacimiento en el mundo jurídico de una palabra dada o promesa de la administración, pero se fortalece y arraiga con la **cadena de conductas posteriores asumidas por la administración**, toda vez que éstas estén orientadas a fortalecer y desarrollar la palabra emitida previamente. Sin la existencia de dichos actos posteriores armónicos y coherentes, la promesa dada previamente, pierde su vocación de consolidación de la confianza legítima.

La Corte constitucional lo ha asumido así y ha manifestado que los principios de buena fe y confianza legítima les imponen a las

⁷ Al respecto puede verse a María José Vicena Cleves.

autoridades “el deber de ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios”.⁸

4. La actuación diligente del interesado.⁹

Por otra parte, podría analizarse y llegarse a la conclusión de que la exigencia para la aplicación del principio de confianza legítima es de las pocas manifestaciones de orden práctico que se presentan en los valores y principios jurídicos de un ordenamiento que lo contemple y lo exija jurídicamente, pues dicho principio no se agota en el ideal de su definición, concepto y consolidación, sino que, por el contrario, existen requisitos que permiten verificar si la administración efectivamente lo está respetando o por el contrario hace nugatoria su existencia en los derechos de los ciudadanos.

En este orden de ideas, se dan presupuestos que justifican el cambio de las reglas predeterminadas por la administración y la verificación de la aplicación real del principio de confianza legítima como mecanismo de protección efectiva a los derechos de los administrados, debiéndose determinar entonces:

1. Hasta dónde está en juego el interés público de la sociedad; es decir, la preservación perentoria del interés general que justifica el cambio.
2. Que con el cambio normativo y de interpretación jurídica no se desestabilice fuerte y abruptamente la relación entre administración y administrado, y por último,
3. Que se adopten las medidas transitorias por un período determinado para adecuar la actual situación que afecta a los ciudadanos al cambio.

II. El concepto del *principio de confianza legítima* y su aplicación en el derecho español

Aunque no se mencione en los convenios o tratados que integran las instituciones jurídicas de muchos países, el principio de confianza legítima es reconocido como principio general de derecho comunitario, y tiene sus antecedentes en la jurisprudencia constitucional alemana, como resultado, al igual que el principio de seguridad jurídica, del Estado de derecho (artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental Alemana). De dicha práctica judicial, el principio pasó a tener su lugar en la actuación del Tribunal de Justicia europeo.

La extensa aplicación que este Tribunal ha hecho del principio, que tiene su razón de ser en las características propias de este ordenamiento, específicamente su función económica, lo ha hecho de gran utilización por parte de los jueces en Europa, especialmente en el derecho español, en donde,

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-642 de 2004*. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. En igual sentido, ver CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-364 de 1999*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ VICENA Cleves, María José. *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo Colombiano*. Universidad Externado de Colombia, 2007. págs. 174-189

al igual que en Colombia, se ha aplicado básicamente para la protección de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el ordenamiento jurídico español, el principio de confianza legítima se implementó por vía de jurisprudencia, inicialmente en 1989 mediante sentencia de febrero 28, en la que el Tribunal Constitucional español estudió la aplicación de la confianza legítima para proteger a un centro escolar que durante varios años se benefició de ciertas subvenciones que repentinamente le fueron modificadas.¹⁰ Siguiéron sentencias que marcaron la pauta y fueron perfilando las consideraciones de la justicia española en lo atinente a dicho principio, fundamentalmente unas de febrero de 1990 y de octubre de 1991. Posteriormente, la doctrina administrativa, y a su vez el Consejo de Estado, definieron el principio de confianza legítima como un valor jurídico “de carácter general vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros con los que suele combinarse y que, por supuesto, no requiere la preexistencia de derechos subjetivos, que tienen otras vías de protección”.

En igual sentido, la ley 4 de enero de 1999, que reformó la ley 30 de 1992, introdujo los principios de buena fe y confianza legítima como principios de actuación de las administraciones públicas.

III. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Supremo español sobre la protección del *principio de confianza legítima*.¹¹

Es una exigencia del ordenamiento jurídico español el que las instituciones públicas han de realizar cambios normativos continuamente para adaptarse a las circunstancias y a los objetivos políticos, económicos y sociales, así como de la Unión Europea, y ello no puede supeditarse a los intereses privados, respetables, pero en mayor medida, que los intereses públicos colectivos.

En España, la operatividad del principio de la confianza legítima se extiende fundamentalmente en relación con la actividad normativa de los poderes ejecutivo y legislativo. La actuación del poder judicial se enmarca normalmente a la institución del error judicial así como a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento del servicio público de justicia (artículos 139 y ss. de la ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). No obstante, deben hacerse algunas precisiones en relación con la actividad del poder legislativo.¹²

Al respecto, García de Enterría¹³ señala que el Tribunal Constitucional español, aún admitiendo límites al legislador por el principio de confianza legítima, nunca

¹⁰ *Ibidem*. pág.162

¹¹ Referencia también a la doctrina del Consejo de Estado.

¹² GONZÁLEZ Fernández, Juan José. *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo*. En: Revista Noticias Jurídicas, abril de 2005. pág.3

¹³ GARCÍA de Enterría, Eduardo. *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*. En: Revista de Administración Pública número 159. 2002, pág.36

ha anulado una ley por este motivo. Pero tampoco se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley formal por no prever en sus determinaciones una reparación patrimonial de los perjuicios económicos que pudieran derivarse de la violación de tal principio.

Otros doctrinantes señalan que la alegación del principio de confianza legítima en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no tiene sentido, pues la operatividad de dicho principio se circunscribe, en la práctica, a la actividad normativa del poder ejecutivo.

Asimismo, se señala que el principio de confianza legítima fue inicialmente ponderado por el Tribunal Constitucional español para solucionar controversias donde generalmente pugnaban los principios de seguridad jurídica y legalidad, especialmente en los ámbitos de los derechos de los funcionarios públicos, y de la intervención administrativa en algunos sectores económicos, tratando de dar protección a la existencia de derechos adquiridos, pero también -a veces- de simples expectativas que se veían truncadas por modificaciones normativas.¹⁴

IV. El principio de buena fe, soporte del *principio de la confianza legítima* en Colombia

Desde el derecho romano, la buena fe se erigió como regla de derecho privado, cuyo ordenamiento se construyó sobre la base de los conceptos de *fides* y *de bona fides*, dando lugar a la exigencia en las actuaciones de los ciudadanos y generando posteriormente su coercibilidad mediante la utilización de instrumentos jurídicos más eficaces. Se pasó así de una conducta esperada en una persona a un comportamiento que ella “debía” observar; se pasó del “ser” al “deber ser”.

Posteriormente, la buena fe llegó a constituir el soporte esencial de un importante número de contratos, conocido en términos generales como *negotia ex fide bona contracta*, cuya fuerza la daba la palabra depositada.¹⁵

Lo que en un principio fue un acuerdo social, se convirtió luego en una regla de derecho y posteriormente en un sostén de los ordenamientos jurídicos. Así, se fue construyendo uno de los principios generales del derecho, que hoy en día inspira los ordenamientos jurídicos modernos, entre los que se cuenta el colombiano.

Así las cosas, se considera que no es obligatorio entonces que el principio de buena fe se determine en normas objetivas, pues es tan certera su realidad y su existencia en el pensamiento de la sociedad occidental, que se hace innecesaria su concreción en una regla formulada, además, por regla general,

¹⁴ GARCÍA Macho, Ricardo. En: GONZÁLEZ Fernández, Juan José. Op. cit. pág. 8

¹⁵ Esto se fue aplicando de manera especial al contrato de compraventa, en virtud del cual por la sola celebración del contrato el comprador se entendía y se reputaba poseedor de buena fe.

los principios no necesitan de una norma o disposición legal para que se les reconozca eficacia.¹⁶

Y ello es así, no obstante el hecho de que códigos civiles como el español, el peruano o el alemán, consagren de manera positiva el principio de la buena fe, mientras que el ordenamiento jurídico colombiano carece de tal disposición en su Código Civil, aunque en varias de sus normas se encuentren referencias particulares a dicho principio. No obstante, a partir de la Carta Política de 1991 se estableció y se erigió como principio la buena fe, dándole plena consagración en su artículo 83 pese a que como se enuncia, tiempo atrás la buena fe se consideró como la *bona fides* aplicable casi que de manera exclusiva a las relaciones entre los particulares y como una convención o acuerdo social.

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.¹⁷

Así consagrado en el ordenamiento constitucional, el principio de la buena fe es también principio y valor de derecho público, y hubo la necesidad de su consagración en este sentido, porque a medida que el Estado fue creciendo en tamaño y en su relación con los ciudadanos, su pretendida organización fue creando unas relaciones cada día más complicadas con los particulares y con ello las reglas para el establecimiento de la burocracia y el excesivo trámite.

Esas condiciones, opuestas por completo al espíritu de buena fe, dieron lugar, por el contrario, a que pareciera que las normas jurídicas y los funcionarios estatales estaban instituidos únicamente con el propósito de dilatar, entorpecer y hacer odiosos todos los trámites que los particulares debían realizar ante las autoridades públicas; de conseguir que en la práctica siempre lograra encontrarse un problema para cada posible solución; de confundir lo importante con lo inocuo; de no distinguir lo sustancial de lo meramente formal y, en fin, de considerar que el único sentido del requisito es el requisito mismo.¹⁸

Como se ha sostenido, la buena fe obliga tanto a los particulares como al Estado, y en virtud de ella, los asociados, llámese también ciudadanos, no están en obligación de comprobar que obran de buena fe cada vez que acuden a la administración para adelantar una diligencia o para cumplir un requisito, pues ésta se presume; no obstante, al ser ésta una presunción legal y no de derecho, admite prueba en contrario, pero mientras no se desvirtúe, la presunción se mantiene.

¹⁶ “La falta de consagración constitucional de un principio no es una razón suficiente para negar su existencia jurídica. La existencia o validez constitucional de un principio puede derivarse interpretativamente de las disposiciones constitucionales. En el caso de la confianza legítima, éstas son el artículo 83, que consagra el principio de buena fe, y el artículo 1, que consagra la cláusula del Estado de derecho y el principio de seguridad jurídica.” En: VICENA Cleves, María José. Op cit. pág. 155

¹⁷ Constitución Política de Colombia, Artículo 83.

¹⁸ ESGUERRA Portocarrero, Juan Carlos. *La presunción de buena fe*. En: Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. pág. 687

En virtud de dicho principio, se erige la confianza legítima, que exige entonces de la administración pública y de la administración de justicia, el respeto por las normas y reglamentos previamente establecidos en interés de los ciudadanos que conforman el Estado social de derecho, “el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos”.¹⁹

Además, tal y como lo plantea Juan Carlos Esguerra, al decir que “aún hoy el derecho no conoce un concepto totalmente unívoco de la expresión buena fe, no lo es menos que en todos los casos hay de por medio unos mismos elementos esenciales comunes; unas mismas ideas: las ideas de lealtad y de confianza”.²⁰

En palabras de la Corte Constitucional en la misma sentencia C-131 de 2004, se consideró que el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y “consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas”.

V. El principio de la confianza legítima en la administración de justicia administrativa

Ahora, si bien y como se ha venido anotando, la confianza legítima es un valor jurídico que no se aplica ni se exige, en principio, a la administración de justicia en lo que se refiere a la jurisprudencia, pues este criterio auxiliar de la actividad judicial²¹ está en constante evolución de conformidad con los cambios sociales y la interpretación continua de los jueces en un mismo sentido, vale la pena preguntarnos: ¿es justo y legítimo que en la jurisdicción administrativa, la cual es una jurisdicción demorada y relativamente lenta, los ciudadanos presenten sus demandas con fundamentos jurídicos vigentes al momento de la presentación de las mismas y que ocho años después, en promedio, la jurisprudencia haya cambiado en perjuicio del ciudadano, y la administración de justicia determine fallar con fundamento en la jurisprudencia vigente al momento de emitir la sentencia que resuelve de fondo su conflicto jurídico?

Se considera importante analizar que uno de los soportes básicos de los fallos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo compone la jurisprudencia del Consejo de Estado, como su máximo órgano, y que lleva a que los jueces y tribunales administrativos emitan sus sentencias con fundamento en la

¹⁹ CICERÓN. En: ESGUERRA Portocarrero, Juan Carlos. Op. cit. pág. 683.

²⁰ ESGUERRA Portocarrero, Juan Carlos. Ibídem, pág. 678

²¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, **la jurisprudencia**, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (negrillas propias)

jurisprudencia establecida por el tribunal supremo de lo contencioso administrativo –artículo 237 Constitución Política-; con dicho precedente judicial argumentan muchas de sus decisiones.

Son escasas las veces en las que los fallos de los jueces y tribunales administrativos no contengan como columna vertebral de sus sentencias, la posición jurisprudencial que se maneja en el Consejo de Estado para argumentar su fallo y así adoptar su decisión. Es precisamente este aspecto, el del cambio de jurisprudencia, el que se plantea problemático y al cual se le exige la aplicación del principio de confianza legítima también en la administración de justicia; pues no es justo, ni se acomoda a los valores que encarnan un Estado social de derecho como el colombiano, que las decisiones judiciales en materia contencioso administrativa se diriman ocho o nueve años después, con fundamento en la jurisprudencia o en la interpretación judicial vigente al momento de la emisión del fallo definitivo, que dirime un conflicto planteado con supuestos fácticos de una década hacia atrás.

Es esta jurisdicción de las más congestionadas de nuestro sistema judicial, donde infortunadamente los procesos administrativos tienden a demorarse en promedio ocho años²² para resolver de fondo una pretensión contencioso administrativa, dejando de lado uno de los fines del Estado como es el de proporcionar una pronta y cumplida justicia a sus ciudadanos. –artículo 2 Constitución Política-.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Negritas propias)

Al tenor de lo consagrado como uno de los fines esenciales del Estado en el artículo 2 de la Carta Política de 1991, y como consagración en el texto constitucional, se tiene como un derecho de los ciudadanos en el artículo 229 de la misma, lo siguiente: “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. En igual sentido, el artículo 228 determina que la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

²² “El promedio de duración de un proceso se redujo de 7 a 9 años; antes de la implementación de los juzgados administrativos del circuito era de 12,5 años de duración con fallo de segunda instancia, y con sentencia debidamente ejecutoriada.” En: TORRES Calderón, Leonardo. *¿Los juzgados administrativos son la solución a la congestión de la jurisdicción?, la economía procesal y la congestión del proceso: instrumentos necesarios*. En: Revista Prolegómenos-Derechos y valores. Enero–junio de 2007, volumen X, número 19. pág. 177

Bajo estos supuestos, la congestión en los despachos judiciales de Colombia, pero especialmente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se puede decir que se presenta “cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas, situación que se presenta cuando la demanda de justicia, o sea, el número de demandas presentadas por los usuarios del sistema, son superiores a la capacidad de los operadores jurídicos para resolver oportunamente las mismas²³”, porque no está respondiendo de manera eficaz y oportuna a las solicitudes de los ciudadanos, primero porque es congestionada y lenta y sumado a lo anterior porque cambia abrupta y repentinamente sus decisiones sobre un tema determinado, perjudicando al ciudadano demandante, sin plantear ni aplicar medidas, aunque sean transitorias, como en la rama ejecutiva, que permitan a los ciudadanos acomodarse al cambio o a la nueva interpretación jurídica.

Se considera que el derecho al debido proceso de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia –artículo 29 Constitución Política-, se ve vulnerado flagrantemente con estas decisiones judiciales, las cuales van en contravía de una adecuada y debida administración de justicia, el derecho a la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica y la presunción de buena fe regulados en la Carta Política de 1991.

No comprenden los ciudadanos cómo los casos que se han planteado a la justicia administrativa con identidad de pretensiones, de fundamentos jurídicos y en muchas ocasiones, de fundamentos fácticos, sean fallados de manera distinta por el juzgador administrativo, sólo porque unos se demoraron unos años más que otros, y en ese lapso, las consideraciones y criterios jurídicos de la justicia administrativa aplicable al caso cambiaron; máxime cuando en la justicia administrativa en la que intervienen entidades públicas, la doble instancia es la regla general, lo cual implica una excesiva demora en la culminación del proceso.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en informe elaborado para el periódico *Ámbito Jurídico* del mes de noviembre de 2008, manifestó que va en aumento la congestión en el sistema judicial colombiano, pues desde 1995 la demanda de justicia se ha incrementado en un 98.2%; así, de 898.192 procesos que ingresaron en ese año, se pasó a 1'783.670, en la última anualidad. Esa solicitud ha crecido en una proporción mucho mayor que la oferta de justicia, pues de 4.012 jueces y magistrados que se tenían en 1995, se pasó a 4.237, es decir, el número de funcionarios se incrementó sólo en un 56%.²⁴ La gráfica a continuación explica en detalle la situación del sistema:

²³ TORRES Calderón, Leonardo Augusto. *Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo Colombiana*. En: Revista de actualidad jurídica *Dikaion*, volumen 11, 2002. pág. 3

²⁴ GÓMEZ Cepeda, Sergio Andrés. *Descongestión de la justicia, la nueva prioridad en la agenda del gobierno*. En: Periódico *Ámbito Jurídico* número 262, Año XI, Colombia. Noviembre 17 al 30 de 2008. Editorial Legis.

Tabla 1. Número de procesos en el sistema judicial Colombiano

Jurisdicción		Con trámite	Sin trámite
Administrativa	Juzgados	169.205	4.184
	Tribunales	44.209	322
Disciplinaria	-----	26.344	30
Ordinaria (civil, penal, laboral y de familia)	Juzgados	1'139.274	1'543.562
	Tribunales	50.491	320
Total		1'429.523	1'548.418

Se tiene que noviembre 17 de 2008, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa cursan alrededor de 217.920 procesos, de los cuales, 169.205 se encuentran en trámite ante los jueces administrativos de los circuitos judiciales, 4.184 están sin trámite, es decir, no han registrado actuaciones durante los últimos seis meses. Por otro lado, 44.209 procesos judiciales se tramitan ante los tribunales administrativos, de los cuales 322 no registran trámite.²⁵ El promedio de tiempo en que tardan estos procesos en fallar es de aproximadamente 7 a 9 años, incluyendo la segunda instancia, con el trámite de ejecutoria y dependiendo de la complejidad del tema.²⁶

Es entendible que las consideraciones jurídicas frente a un tema determinado cambien con el transcurso del tiempo, de hecho, una de las cualidades intrínsecas del derecho es el ser una disciplina dinámica, en constante cambio, pues los hechos sociales, políticos, jurídicos y administrativos no se quedan estáticos, cambian y el derecho debe ir de la mano, acomodarse a las necesidades sociales, a la realidad del contexto en el cual hace la nueva lectura jurídica y a la par con los cambios que le plantea la sociedad. Sin embargo, así como las modificaciones de la sociedad no son abruptas, sino que precisamente son un proceso social, la construcción del derecho y de las nuevas interpretaciones de éste también deben serlo y afectar en ese mismo sentido los hechos que plantean cambio, no los anteriores que nada tuvieron que ver con él.

La dificultad que se genera y con la cual no se está de acuerdo desde ningún punto de vista, es que al momento de fallar el juez administrativo se encuentra en la discrecionalidad de aplicar la jurisprudencia vigente al momento en que se emite la sentencia, mucho más si se tiene en cuenta que en materia contencioso administrativa, al igual que en la mayoría de las jurisdicciones, el precedente judicial pesa en las decisiones de los operadores jurídicos de "menor jerarquía"; es decir, muy pocos en su propia jurisdicción se apartan de las consideraciones de las altas corporaciones, además porque ello conlleva la carga de argumentar el por qué así lo hacen; y en el caso específico de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los operadores judiciales se ciñen en gran medida a las directrices, consideraciones y argumentaciones que emite la

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ BALLÉN Molina, Rafael. *Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa*. En: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2006/prolegomenos-02x.pdf>. Consultada el 15 de mayo de 2008.

alta corporación administrativa representada en el Consejo de Estado, la cual es variable.

Precisamente, con la interpretación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001,²⁷ sobre la obligatoriedad del precedente judicial, es importante traer a colación que de conformidad con nuestro sistema, la actividad judicial en Colombia es jerarquizada, esto es, se da en gran medida la posibilidad de que los jueces de mayor rango revisen las decisiones de los de menor jerarquía, y en este orden de ideas, esta actividad debe estar ceñida al principio de publicidad en las decisiones judiciales, con la inherente posibilidad de que todos los ciudadanos puedan conocerlas y tener la plena convicción y la seguridad de que en la actualidad la jurisdicción está resolviendo de determinada forma los casos y problemas jurídicos que se le plantean por parte de los ciudadanos.

Así entendido, para el alto tribunal constitucional imperan los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. La igualdad a su vez se torna en dos vertientes: la igualdad de los ciudadanos ante la ley y el derecho de estos mismos a recibir un trato igualitario de parte de las autoridades colombianas, para el caso concreto, autoridades judiciales.

Como se anota, se otorga gran importancia a los principios de seguridad jurídica y buena fe, en la cual se encuentra inmersa la confianza legítima, pues los ciudadanos deben estar seguros de cuáles son los conceptos y criterios que tienen los jueces en determinados casos y temas al momento de presentar sus demandas, pues con ello se acercan con mayor seguridad y certeza a plantearle sus problemas jurídicos, contrario sensu, se estaría fomentando la anarquía y un estado de desorden e inseguridad jurídica que no es propia de un sistema judicial organizado y que respete el valor de la dignidad humana y la confianza; de ahí es precisamente de donde viene la “fuerza” de la doctrina probable. Y es esa fuerza la que se pretende dejar sentada en el momento de la presentación de la demanda y en el momento del juez emitir el fallo de fondo y definitivo que pone fin al conflicto jurídico debatido.

Aún entendiendo que nuestro sistema le da una enorme valor al precedente judicial, doctrinantes de la misma Corte constitucional se han apartado de las consideraciones del alto tribunal constitucional; concretamente el magistrado Jaime Araujo Rentería en salvamento de voto que hiciere de la sentencia SU-120 de 2003, en donde con una explicación bastante filosófica de la doctrina del precedente, ha manifestado que la actividad de los jueces en Colombia es funcional, no de jerarquía y que ellos bien pueden separarse de su precedente, situación que como se verá más adelante no se presenta con frecuencia en los jueces de Colombia y no plantea solución a la problemática de la congestión de la Jurisdicción Contenciosa. Al respecto, considera el magistrado:

1. En mi sentir se mezclan temas que deben mantenerse separados como son: a) respeto de las supremas cortes a su propio precedente judicial, del

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-836 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, agosto 9 de 2001.

respeto del precedente por los jueces que se encuentran funcionalmente (no jerárquicamente) por debajo de los máximos órganos judiciales.

2. En relación con el tema de si las cortes supremas quedan o no ligadas por su precedente judicial es claro que en nuestro sistema jurídico las cortes se pueden separar de su precedente. No sobra recordar que nuestro sistema de derecho no es un sistema de precedentes, como el sistema norteamericano o el sistema inglés, sino de derecho legislado. Ni siquiera en esos dos sistemas jurídicos (inglés y americano), las cortes supremas quedan ligadas a su propio precedente, pues no son obligatorios para el Tribunal Supremo de Estados Unidos ni del Reino Unido; en el caso de los Estados Unidos, la Corte Suprema Federal ha declarado en muchas oportunidades que no está obligada a seguir sus propios precedentes y en el caso del Reino Unido, el máximo tribunal judicial de ese país, que es la Cámara de los Lores, si bien declaró en 1898 que ella estaba obligada a respetar sus propios precedentes, el día 26 de julio de 1966 declaró que de ahí en adelante no quedaría sujeta a sus propios precedentes, por lo que se volvió a la situación existente antes de 1898.

Como se puede observar, ni siquiera en los sistemas jurídicos de precedentes, cuyos dos paradigmas son la Cámara de los Lores del Reino Unido y la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, están hoy en día atados a sus propios precedentes y si esto sucede en esos sistemas jurídicos, con mayor razón nuestras supremas cortes pueden apartarse de sus propios fallos.

3. El problema de los fallos de las supremas cortes y cuándo estos deben ser seguidos o no por los jueces en casos análogos, debe distinguirse claramente del anterior y plantea el problema de la jurisprudencia como fuente del derecho y su valor para los jueces.

Sin embargo y pese a que filosóficamente nuestro sistema judicial no es un sistema de precedentes, la misma Corte Constitucional le ha dado un valor sin igual a esta herramienta jurídica, y en la práctica lo que se advierte es que los jueces y los operadores jurídicos en general lo emplean en sus decisiones.

Como se dijo anteriormente, el principio de confianza legítima se aplica principalmente, y en mayor medida, a la Rama Ejecutiva del poder público; aún así, es necesario aplicarlo también a la administración de justicia, y ello es igualmente estimado por la Corte Constitucional, tribunal que mediante la ya referida Sentencia SU-120 de 2003, aplicada en el tema de la indexación de la primera mesada pensional, consideró que la aplicación de este valor no implica que todas las decisiones de los jueces tengan la misma fuerza normativa, y la sujeción de éstos a la doctrina probable no implica que la interpretación de la ley deba permanecer inmutable; lo que acontece es que “en el Estado social de derecho a los asociados los debe acompañar la certidumbre de que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias, que la modificación, en el entendimiento de las normas, no podrá obedecer a un hecho propio del fallador, que de presentarse un cambio intempestivo en la interpretación de las normas, el ciudadano tendrá derecho a invocar en su favor el principio de la confianza legítima, que lo impulsó a obrar en el anterior sentido y que si su derecho a exigir total respeto por sus garantías constitucionales llegare a ser

quebrantado por el juez ordinario, podrá invocar la protección del juez constitucional”.²⁸

Intrínsecamente unido al principio de la confianza legítima, se encuentra el valor de la seguridad jurídica, que brinda a los ciudadanos el convencimiento fundado de que su obrar está legítimamente protegido, a que ninguna consecuencia jurídica adversa se desprenderá de ello, al estar vigente un precedente claro y reiterado en la administración de que una determinada conducta es jurídicamente permitida, sobre ella no recae ninguna sanción legal.

Lo que se ve en la actualidad, es que la mayoría de los jueces, no todos, con un criterio bastante práctico y un poco facilista de su labor, simplemente “consideran” lo que consideran los altos tribunales, y es eso lo que plasman en sus sentencias; sin embargo, toda esta actitud viene dada por la misma Corte constitucional, corporación que ha exigido a los jueces respetar el precedente judicial constitucional y ha sostenido que su jurisprudencia “es obligatoria en los casos en que no haya normas legales exactamente aplicables al asunto controvertido”; sin embargo, vemos que hoy en casi todas las jurisdicciones del sistema judicial colombiano, el precedente de su respectiva alta corte es una de las líneas argumentativas para emitir sus sentencias, y la Jurisdicción Contenciosa no escapa a ello.²⁹

La fuerza vinculante de la jurisprudencia ha sido ampliamente reconocida en Colombia, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina; como se anota, en la sentencia C-836 de 2001 se consideró también que “la interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”.³⁰

La propuesta es que los jueces, como operadores jurídicos, estén obligados a verificar la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda y deban analizar el caso con base en ella, con el fin de emitir un fallo más justo, adecuado al derecho y que permita a los ciudadanos confiar en la administración de justicia en general, y no en un criterio variado y constante, pues es un hecho innegable que la demora en la resolución de los casos de los jueces contencioso administrativos es un aspecto que está influyendo en la no confianza legítima en la jurisdicción.

Con lo anterior se podría pensar, y a su vez concluir, que si la jurisprudencia trata un tema en especial, en un momento determinado y de una forma específica, pretender la aplicación del principio de confianza legítima como se propone, es decir, que se identifique cuál es la jurisprudencia vigente al

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia SU-120 de 2003*. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, febrero 13 de 2003.

²⁹ La Corte Constitucional comenzó a consolidar la doctrina del precedente desde 1995, con las sentencias T-123 de 1995, C-083 de 1995 y T-068 de 2000.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-836 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En ese mismo orden de ideas, la Corte consideró que la “sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley (...) no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en a Constitución.”

momento de presentación de la demanda o de la ocurrencia de los hechos que legitiman la acción judicial para con base en estos criterios jurídicos fallar, sin tener en cuenta los cambios de la doctrina y de las altas cortes en el transcurso del proceso, es pretender que conociendo los abogados la jurisprudencia aplicable a los supuestos planteados, siempre se deberá acceder a las pretensiones de un caso, pues nadie sería tan arriesgado en plantear un proceso judicial, teniendo el pleno conocimiento de que se está fallando de manera diferente al fin perseguido.

No obstante, ello no es absoluto, pues las situaciones en el transcurso de un proceso no siempre son las mismas, los hechos objeto de prueba, lo que se logre debatir y probar en uno y otro es lo que va a determinar el acceso o no a las pretensiones. La esencia de esta idea y de esta propuesta es que “donde exista la misma razón debe existir también la misma solución”, y de que las situaciones idénticas, son resueltas de la misma manera, obviamente con las relatividades que esto implica.

Asimismo, como determina María José Vicena, uno de los elementos para la consolidación de la confianza legítima es “la actuación diligente del interesado” a fin de que se pueda proteger su confianza en la administración de justicia; esto es, si en un proceso judicial, con identidad de supuestos fácticos y posiblemente jurídicos, los primeros no fueron objeto de prueba por la parte que tenía la carga, no podría alegar posteriormente el irrespeto del principio de confianza legítima en el fallo resolutorio, por parte del juez administrativo, e invocar su protección, pues el particular no actuó como la norma o el sistema judicial se lo exigía. Lo anterior, al margen de las presunciones que en materia administrativa, especialmente de responsabilidad estatal, ha creado la jurisprudencia.

VI. El objeto para el cambio de la jurisprudencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa como protección a la confianza legítima de los ciudadanos

Como se ha venido sosteniendo, la idea de que la jurisprudencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa cambie sin afectar los procesos judiciales que se venían tramitando, y con la cual los ciudadanos acuden a la protección de sus derechos por parte de los operadores jurídicos administrativos, es un reclamo constante para la protección, respeto y aplicación del principio de confianza legítima; en este orden de ideas, vale la pena indagar lo siguiente: ¿si se pretende que se respete la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda, cuáles casos serán objeto de estudio para el eventual cambio de la interpretación del derecho en materia contencioso administrativa? Pues si se deciden los casos con fundamento en la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda o de la ocurrencia de los hechos, ninguno será materia de cambio o de una posición jurídica diferente en la justicia administrativa.

Existen, como se ha venido desarrollando, elementos o también llamados presupuestos que permiten determinar el respeto del principio de la buena fe y la confianza legítima en la rama ejecutiva del poder público, los cuales se

pueden llevar y exigir perfectamente en la administración de justicia, a fin de determinar la aplicación efectiva de éste en la jurisdicción administrativa.

Se ha determinado, entonces, de manera categórica, que las reglas, normas y procedimientos que los ciudadanos de antemano conocen y con fundamento en las cuales se mueven en la administración, deben ser respetados o por lo menos deben darse situaciones transitorias para que los administrados se acomoden al cambio.

Lo anterior conlleva a proponer que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe existir, al igual que en la Corte Constitucional, una sala de revisión que se encargue de asumir a selección aleatoria, como sucede en la actualidad en la corporación constitucional, la idea de acumular fallos o sentencias dictadas en casos similares por sus operadores judiciales (jueces, magistrados) a fin de someterlos a revisión del máximo órgano de dicha jurisdicción, esto es, del Consejo de Estado.³¹

Así las cosas, resulta necesario que dicha corporación se encargue de ir cambiando la jurisprudencia e ir sentando y unificando la misma en materia contencioso administrativa, aspecto que también se da en la jurisdicción constitucional, pues así como la interpretación del derecho es el reflejo de las normas aplicables a la sociedad, y teniendo en cuenta el carácter cambiante de ésta, lo es igual la interpretación realizada por la judicatura, se pretende, entonces, que el precedente jurisprudencial contencioso administrativo, sea de igual forma, transitorio y como se anota, con casos ya decididos, cuyo cambio afecte sólo a los de vigencia futura en dicha jurisdicción.

En lo que a la actuación de la Corte constitucional se refiere, dicha revisión se encuentra regulada en los artículos 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela. En ellos se consagra que frente a los fallos de tutela en los que (i) se pretenda un cambio de jurisprudencia, (ii) se pretenda aclarar el sentido general de las normas constitucionales o (iii) se piense unificar la jurisprudencia, las decisiones deberán adoptarse por la Sala Plena. En ellos se regula de manera específica lo siguiente:

Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

³¹ Nótese que en la sentencia SU-120 de 2003 que es la unificación del criterio constitucional que reclama el respeto de los jueces por las decisiones ya adoptadas y la protección del principio de Confianza legítima a los ciudadanos y relacionado con la actividad judicial, la Corte constitucional, agrupa las acciones de tutela instauradas, separadamente, por varios ciudadanos contra la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Con respecto a los cambios de jurisprudencia, en materia constitucional se reglamenta también de forma clara que ellos deberán ser decididos en sala plena por la Corte Constitucional, por lo que podría ser propuesto en el mismo sentido para la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al tenor se refiere:

Artículo 34. **Decisión en Sala.** La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.

Es notorio que en la jurisdicción constitucional los cambios de jurisprudencia tienen una regulación especial, específica y que no da lugar a interpretaciones ambiguas, el juez constitucional le da gran relevancia a los cambios de jurisprudencia, pues se sabe que estos afectan de manera seria y determinante los casos que se le plantean y a las personas que acuden a la protección de sus derechos en materia constitucional. Es por ello que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y por qué no las demás jurisdicciones (Penal, Civil, Familia, Laboral) deben tener procedimientos reglados y especiales que hagan que los cambios de jurisprudencia no afecten de manera abrupta y desproporcionada los derechos de los ciudadanos y de las personas que acuden a la protección judicial y a la administración de justicia; el mismo reglamento de la acción constitucional así lo regula y se aplica en la alta corporación.³²

Se considera que teniendo una sala de revisión que unifique la jurisprudencia administrativa y cuyas decisiones afecten casos a futuro, no implica que todas las decisiones de los jueces tengan la misma fuerza normativa, y la sujeción de éstos a la doctrina probable no implica que la interpretación de la ley deba permanecer inmutable; por el contrario, se enriquecería la actividad de los jueces y del mismo Consejo de Estado, pues se tendrían diversas consideraciones para llegar a una decisión unificada que permita la seguridad jurídica y la materialización del debido proceso a los ciudadanos, además de la protección a la confianza legítima de ellos en la jurisdicción; existiría así una verdadera aplicación de este valor jurídico.

Conclusiones

1. De conformidad con el principio de confianza legítima, los ciudadanos tienen derecho a que los reglamentos y procedimientos establecidos por la administración sean respetados, pues estas son pautas ya claramente preestablecidas que no deben ser variadas ni constante ni radicalmente por parte de la administración, pues los ciudadanos confían en que

³² El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela determina en su artículo 35 - sobre las decisiones de revisión-, lo siguiente: Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

determinados trámites, operaciones y procedimientos se realizan de determinada forma y con dicha regulación acuden a la administración.

2. La falta de consagración constitucional del principio de confianza legítima no es una razón suficiente para negar su existencia jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano. La existencia o validez constitucional de un principio puede derivarse interpretativamente de las disposiciones constitucionales y el principio de confianza legítima no es la excepción, así mismo este se deriva de la buena fe y encarna la protección de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos.
3. Se considera que a diferencia de otros valores jurídicos, el principio de confianza legítima tiene presupuestos y elementos que permiten determinar y verificar si su protección está dada por la administración.
4. Así como la protección del principio de confianza legítima es exigible a la administración, entendida ésta como la Rama Ejecutiva del poder público, se le exige también a la actividad judicial el respeto por la certidumbre de que las mutaciones jurisprudenciales no serán arbitrarias, que la modificación en la interpretación de las normas no podrá obedecer a un hecho propio del fallador, que de presentarse un cambio intempestivo en la interpretación de las normas, el ciudadano tendrá derecho a invocar en su favor el principio de la confianza legítima.
5. Los elementos y presupuestos del principio de confianza legítima deben ser aplicados y exigidos a la jurisprudencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a la jurisdicción en general, pues este criterio de actividad judicial, es sumamente relevante en el ordenamiento colombiano; si está vigente al momento de la presentación de la demanda, pero cambia abrupta y repentinamente en el transcurso del proceso, lo cual cambia el resultado del proceso, aunado a la congestión de la jurisdicción, hacen que los ciudadanos que demandan la protección de sus intereses, se vean desprotegidos en sus intereses.
6. La Jurisdicción Contencioso Administrativa es muy congestionada, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas, pues el número de demandas presentadas por los usuarios del sistema, son superiores a la capacidad de los operadores jurídicos para resolver oportunamente las mismas.
7. Al cambio de jurisprudencia administrativa se le exige la aplicación del principio de confianza legítima, pues no es justo, ni se acomoda a los valores que encarnan un Estado social de derecho como el colombiano, que las decisiones judiciales en materia Contencioso Administrativa se diriman muchos años después, con fundamento en la jurisprudencia o en la interpretación judicial vigente al momento de la emisión del fallo definitivo, que resuelve un conflicto planteado con supuestos fácticos de una década hacia atrás.

8. El precedente judicial pesa en las decisiones de los operadores jurídicos de menor nivel; muy pocos en su propia jurisdicción se apartan de las consideraciones de las altas corporaciones, los operadores judiciales se ciñen en gran medida a las directrices, consideraciones y argumentaciones que emite la alta corporación administrativa representada en el Consejo de Estado.
9. En la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe existir, al igual que en la Constitucional, una sala de revisión que se encargue de revisar los fallos judiciales dictados en casos similares a fin de ir unificando el criterio interpretativo, esto reclama el respeto de los jueces por las decisiones ya adoptadas. Dichos criterios unificados afectarán los casos de vigencia futura y no los ya fallados en la jurisdicción.

Referencias Bibliográficas

BALLÉN Molina, Rafael (2006). *Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa*. En: Revista Prolegómenos-Derechos y valores. Volumen IX, número 18. julio-diciembre. págs. 33 a 58. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2006/prolegomenos-02x.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1996). *Ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de justicia*. En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0270_1996.html

_____ (1998). *Ley 446 de 1998, Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. En: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0446_1998.html

CONSEJO DE ESTADO (2004). *Expediente 3461 de septiembre de 2004*. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sección Primera. Bogotá D.C.

CORTE CONSTITUCIONAL (1999). *Sentencia SU-360 de 1999*. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

_____ (1999). *Sentencia T-364 de 1999*. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C.

_____ (2001). *Sentencia C-836 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C.

_____ (2003). *Sentencia SU-120 de 2003*. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C.

_____ (2004). *Sentencia C-131 de 2004*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C.

_____ (2004). *Sentencia T-642 de 2004*. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá D.C.

ESGUERRA Portocarrero, Juan Carlos (1996). *La presunción de buena fe*. En: Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GARCÍA de Enterría, Eduardo (2002). *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del*

Estado Legislador. En: Revista de Administración Pública número 159. págs. 173-208

GÓMEZ Cepeda, Sergio Andrés (2008). *Descongestión de la justicia, la nueva prioridad en la agenda del gobierno*. En: *Ámbito Jurídico* número 262, año XI. Noviembre 17 al 30. Editorial Legis, Bogotá.

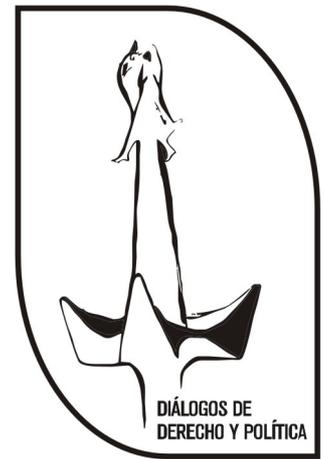
GONZÁLEZ Fernández, Juan José (2005). *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo*. En: *Revista Noticias Jurídicas*.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (1991). *Decreto 2591 de 1991*. En: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1991/noviembre/19/dec2591191991.pdf

TORRES Calderón, Leonardo (2007). *¿Los juzgados administrativos son la solución a la congestión de la jurisdicción?, la economía procesal y la congestión del proceso: instrumentos necesarios*. En: *Revista Prolegómenos-Derechos y valores*. Enero-junio. Vol. X, No 19.

_____ (2002). *Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo Colombiana*. En: *Revista de actualidad jurídica Dikaion*, volumen 11.

VICENA, Cleves María José (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.



La afectación de la cosa juzgada por parte del juez constitucional

Natalia Vanegas Aguirre

Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana

Correo electrónico: natyva@une.net.co

La afectación de la cosa juzgada por parte del juez constitucional*

Resumen

La cosa juzgada está concebida como una autoridad provista de efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad de las providencias judiciales, y se enmarca en todo un desarrollo jurisprudencial y doctrinal tendiente a asegurarle al ciudadano que la decisión tomada en su caso no podrá ser modificada en principio por ninguna otra autoridad. Pero, como en todo ordenamiento jurídico, la dinámica misma de las normas y de la sociedad exige un alto grado de proactividad para enfrentar los cambios y las situaciones de hecho que se presentan y que pueden afectar el orden social.

El legislador no es ajeno a la posibilidad de que surjan -para los jueces- inconvenientes e irregularidades en el momento de la toma de las decisiones judiciales, por lo que crea mecanismos legales para revisar y analizar las decisiones que adolecen de vicios manifiestos. Por otro lado, el constituyente pone en manos de los ciudadanos acciones constitucionales tendientes a garantizar el resarcimiento de los derechos fundamentales cuando éstos se encuentran en peligro o han sido vulnerados por las autoridades. La jurisprudencia constitucional resalta con todos y cada uno de estos conceptos la importancia de la cosa juzgada hacia la armonía entre seguridad jurídica y justicia, para garantizar en las decisiones judiciales unos mínimos de legalidad y validez constitucional, comprometiendo con ello resultados acordes a la realidad social que se vislumbra en el juicio.

Palabras clave: Acción de tutela; cosa juzgada; juez constitucional; justicia; recurso extraordinario de revisión; seguridad jurídica; sentencias.

* Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Introducción

“Si antes los derechos fundamentales solo valían
en el ámbito de la ley, hoy solo las leyes valen
en el ámbito de los derechos fundamentales”
Krüger

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una difusión significativa de la justicia constitucional. Un desarrollo que, sobre todo en estos últimos años, ha afectado de manera homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los tribunales constitucionales la institución más divulgada en las constituciones vigentes y más típica del constitucionalismo del siglo pasado. Los teóricos modernos reconocen la importancia de la constitución, no sólo como la creadora de instituciones sino como la protectora de asuntos valiosos para el Estado de Derecho, y gran generadora de justicia y democracia.

Así, dentro de un sinnúmero de normas y reglamentaciones, aparece el juez constitucional, quien deja a un lado su investidura de juez ordinario para garantizar al ciudadano los derechos constitucionales consagrados en la norma suprema. Este ciudadano procura que las decisiones tomadas en la solución de su caso surta los efectos esperados, que las relaciones causales generadoras de disputa se modifiquen de manera permanente y justa.

Pero surge, como cuestión ineludible, que la sentencia comporte potenciales afectaciones negativas a derechos fundamentales en el desarrollo del proceso mismo, y con ello surge la posibilidad de que un juez de rango constitucional pueda pronunciarse sobre dichas providencias, aún cuando éstas gozan del sigilo de la cosa juzgada, para resarcir los posibles detrimentos y enmarcar la providencia dentro de los principios y valores constitucionales.

Para adentrarnos a un análisis más dinámico, desde el punto de vista teórico y de la experiencia, serán analizados los conceptos que sobre la cosa juzgada versan, intentando exponer distintas versiones doctrinales y académicas acerca de la figura que vamos a estudiar. Con ello, al final del texto, entenderemos lo fundamental de tan especial institución y lo especial de su estudio. La cuestión aquí no es promover su aplicación y uso, ¡ni enseñarlo! Es analizar el problema jurídico de su intangibilidad y permanencia.

1. La cosa juzgada para la doctrina

El concepto de cosa juzgada deriva, etimológicamente, de la locución del derecho romano “res iudicata”, con la figura de la excepción de cosa juzgada “exceptio rei iudicatae”. Con ella se buscaba salvaguardar a las partes de un nuevo proceso y una nueva decisión sobre la materia esencia del mismo, y satisfacer así una necesidad de certeza o seguridad jurídica para las partes. Con el pasar del tiempo, la definición romana de la cosa juzgada poco ha variado en su contexto; muchos doctrinantes han expuesto sus conceptualizaciones centrando la figura en razones principalmente de seguridad y justicia. Aquí se transmiten algunos de los conceptos considerados de mayor valía:

Jaime Guasp define la cosa juzgada como “la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales, traducida en el respeto y subordinación a lo decidido en el proceso, ya que hace inimpugnable el litigio terminado, o sea, vuelve inatacable lo que en él se ha logrado”.¹

Calvo Baca señala que “la cosa juzgada es un efecto de la sentencia cuya finalidad es impedir que el efecto jurídico decidido pueda nuevamente discutirse en otro juicio”.²

Eduardo J. Couture indica que “la autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo del fallo que emana de un órgano constitucional cuando ha adquirido carácter definitivo. Es inimpugnable por cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia”.³

Liebman, por su parte, señala más que un concepto, la importancia de la cosa juzgada radicando su opinión dentro de una perspectiva netamente positivista, así:

(...) En la actualidad, interesa que las controversias sean llevadas a los tribunales para que sean decididas conforme a la regla jurídica concreta que disciplina el derecho vigente, que ellas no se prolonguen mas allá de cierto límite y que no puedan mudarse después de haber obtenido en el curso de un juicio una providencia definitiva, pues la jurisdicción se encuentra comprometida con resultados permanentes, incorporados con fines de utilidad social(...) Apareja la preclusión de un nuevo juicio para asegurar la estabilidad y el poder vinculante del contenido de la decisión(...)⁴

Chiovenda expone que “la cosa juzgada no hace referencia a la afirmación de la *verdad* de los *hechos*, sino a la existencia de una *voluntad de la ley* en el caso concreto”. Y más adelante se refiere a la sentencia, señalándola como “(...) La afirmación de una voluntad del Estado que garantiza a alguien un bien de la vida en el caso concreto; y sólo esto puede extenderse la autoridad de lo juzgado; con la sentencia se llega únicamente a la certeza de la existencia de la voluntad”.⁵

Hernán Fabio López Blanco sostiene un concepto de Estado caracterizado en una autoridad con justicia y señala a la cosa juzgada como una característica esencial al manifestar que “(...) Las decisiones tomadas por quienes ejercen los poderes necesarios para la adecuada marcha de la sociedad sean

¹ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Sexta edición. Civitas Ediciones. Madrid, 2003. Pág. 588

² CALVO Baca, Emilio. *Las cuestiones previas*. Ediciones Libra. Caracas, 1986. pág.120

³ COUTURE J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Editorial Depalma. Buenos Aires pág. 401

⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *La Cosa Juzgada Civil*. En: Revista de Temas de Derecho Procesal. Centro de Estudios de Derecho Procesal número 5. Versión del Italiano de Eugenio Prieto y Beatriz Quintero. Señal Editora. Medellín, 1987. pág. 6

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil*. Traducción española del profesor José Casais y Santalvo. Tomo III. Tercera edición. Editorial Reus. Madrid, 1994. pág. 415

observadas y respetadas por los asociados: sólo así se garantiza el orden. Esas características se reflejan en algunas de las decisiones de los funcionarios que pertenecen al Poder Judicial, y, por eso, las sentencias que ellos dictan, luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada”.⁶

En palabras de la profesora Beatriz Quintero, “La cosa juzgada no es solamente una calificación de inmutabilidad de la sentencia, se debe referir también a la eficacia del contenido; por eso se alude al caso Juzgado e implica la consideración que de esta manera ocupa el resultado del proceso en el universo jurídico”.⁷ De esta apreciación se deriva la eficacia de la sentencia de manera procesal por haber sido declarada en proceso y de manera sustancial por haber decidido el derecho en conflicto.

Con ello, se teje un dilema no menos importante para nuestro estudio, concerniente a la naturaleza jurídica de la cosa juzgada: enmarcarla en el ámbito de lo procesal o en el ámbito del derecho sustancial. Sin duda es una ardua tarea. La mayor parte de los doctrinantes, y en especial los expuestos anteriormente, están de acuerdo en señalar a la cosa juzgada como el efecto más importante de la sentencia que decide el conflicto de intereses sometido al proceso; y como efecto, ella contiene más elementos de índole procesal que sustancial; por su parte, la tesis expuesta por los profesores Quintero y Prieto, tesis que comparto con todo respeto, atribuyen a ésta una figura de naturaleza sustancial y procesal, al diferenciar el medio del objeto; medio como el proceso culminado con sentencia y objeto como el derecho declarado en ella. De manera literal, manifiestan:

(...) La eficacia de la sentencia es procesal dado que ella es un acto del proceso, pero incide directamente sobre el derecho sustancial debatido, que por definición es el que el juez declara en la sentencia (...) el resultado empero, de todas maneras tiene una naturaleza procesal-material, porque significa derecho sustancial incorporado en un acto procesal, lógicamente con incidencia en todo el universo jurídico (...)⁸

Desde el punto de vista procesal, el efecto que surge de la cosa juzgada, como regla general, imposibilita iniciar cualquier otro juzgamiento sobre el mismo objeto, cualquier otro proceso ante cualquier autoridad judicial que tenga como eje central el objeto decidido con anterioridad; y de manera sustancial incide sobre el derecho debatido en el proceso, sobre lo resuelto en el proceso. Se puede desprender de estos razonamientos iniciales, que las características más sobresalientes de la cosa juzgada radican en la fuerza vinculante, la inmutabilidad de la decisión y la seguridad jurídica que resguarda la eficacia de acto definitivo de la jurisdicción, y de la cual, más adelante, haremos un pequeño análisis.

⁶ LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil*. Tomo I. Parte General. Novena edición. Dupre Editores. Bogotá. Pág. 633

⁷ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. pág. 503

⁸ *Ibidem*. pág. 504

2. Efectos de la cosa juzgada

Partiendo de la idea de que la sentencia, como acto jurisdiccional por excelencia, goza del sigilo de la cosa juzgada, y acatando las más famosas vertientes del derecho sobre la diferenciación clásica de la figura en formal y material, la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-543 de 1992, sostiene:

(...) la primera hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, mientras que la segunda, también conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida (...)

En igual sentido, al referirse a los efectos de la cosa juzgada, en sentencia C-252 de 2001, y haciendo referencia a su mismo pronunciamiento en sentencia C-543 de 1992, la Corte expresó:

(...) existe un derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. Dijo la Corte: El principio de la cosa juzgada hace parte inescindible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede ceñirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. La sentencia con autoridad de cosa juzgada representa, para la parte favorecida, un título dotado de plena validez y oponible a todo el mundo, pues crea una situación jurídica indiscutible a partir de la firmeza del fallo.

Está claro, con lo expuesto por la Corte Constitucional, que el más importante de los efectos de la cosa juzgada es la seguridad jurídica que se adquiere por la inmodificabilidad de la sentencia, por la certeza de los derechos reconocidos en ella y por el título de validez que se desprende de la declaración judicial que pone fin al litigio o conflicto de intereses.

Para el Profesor Mario Vellani, "(...) La declaración de certeza, una vez asistida por la autoridad de la cosa juzgada, constituye una nueva fuente, o un nuevo título, de regulación de la relación sustancial y esta nueva fuente influye y modifica de manera permanente en esa relación sustancial(...)"⁹ Con ello explica el profesor Vellani, que sin lugar a la menor duda, la certeza derivada de la decisión judicial, conforme a derecho y que pone como manto protector la

⁹ VELLANI, Mario. *Naturaleza de la Cosa Juzgada*. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001. pág. 39

figura de la cosa juzgada, crea unos efectos clásicos de seguridad jurídica para la relación sustancial inmersa en el litigio, unos efectos que son positivos para la relación jurídica y negativos para la judicatura.

Con todo ello, podríamos encontrar dos figuras jurídicas desprendidas de la doctrina hacia la jurisdicción, conformándose así, de alguna manera, dos efectos propios de la sentencia y sobre todo de aplicación académica y práctica; son ellos:

(...) El efecto negativo o impeditivo: La cosa juzgada tiene un efecto negativo que prohíbe a los jueces decidir sobre lo ya resuelto, es decir, que impide toda decisión judicial futura que verse sobre el mismo objeto, tenga idéntica causa y sea entre las mismas partes o personas a las que la cosa juzgada afecte. Esta exclusión del proceso se debe producir tanto si se formula la pretensión procesal en el mismo sentido en que se propuso en el proceso anterior o si se plantea como una pretensión dirigida a obtener la declaración contraria sobre el objeto del pronunciamiento que adquirió cosa juzgada. El efecto positivo o prejudicial: La cosa juzgada otorga definitividad a la declaración de certeza contenida en la sentencia, haciéndola indiscutible en nuevos procesos, salvo casos de excepción. La referida definitividad de la declaración de certeza implica, además, el deber de ajustarse a lo ya decidido, si ello es condicionante o prejudicial sobre la pretensión pendiente a juzgar (...) ¹⁰ (Subrayas por fuera del texto original)

Así mismo, la cosa juzgada presenta dos límites: uno objetivo por razón de la causa, hecho u objeto que originó el litigio, y otro subjetivo por razón de las personas que participaron en él. La sentencia T-162 de 1998, proferida por la Corte Constitucional, clarifica estos conceptos al indicar que:

(...) El fenómeno de la cosa juzgada ocurre cuando entre dos procesos judiciales se presenta una serie de identidades procesales que determinan que, en el segundo juicio, al juez le resulte vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones sobre las que concurren las anotadas identidades. En Colombia, los criterios que permiten determinar si, en cierto caso, existe cosa juzgada se encuentran establecidos en los distintos códigos de procedimiento. Sin embargo, los “principios tutelares” –como los ha denominado el Consejo de Estado- de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables a otros procedimientos y, en especial, al Contencioso Administrativo. La norma señalada indica que existe cosa juzgada entre dos procesos judiciales y ésta puede ser declarada en el juicio posterior cuando: 1. ambos procesos versan sobre el mismo objeto (*eadem res*); 2. ambos juicios se fundan en la misma causa (*eadem causa petendí*); y, 3. existe identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum*) entre ambos procesos. La jurisprudencia colombiana ha estimado que mientras los dos primeros elementos constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada y responden, respectivamente, a las preguntas acerca de sobre qué se litiga, y por qué se litiga, el último elemento constituye el límite subjetivo de la cosa juzgada (...)

¹⁰ LANDONI SOSA, Ángel. *La Cosa Juzgada: Valor absoluto o relativo*. En: Revista Derecho PUC número 56. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre de 2003. Lima. pág. 301

Hasta el momento se han referido algunas conceptualizaciones y categorizaciones doctrinales acerca de la figura de la cosa juzgada, sus alcances y sus efectos; se ha planteado su importancia para la seguridad jurídica del Estado y la manera en que interviene directamente en la definición del derecho sustancial, del cual se deriva el marco de los derechos y obligaciones entre las partes procesales con carácter inalterable. Ahora se continuará con el estudio razonado de la figura, para descubrir su movimiento, su ilustración, su percepción, su eficacia, y proceder así a analizar las razones y los mecanismos que nos permitan, judicial y legalmente, apartar ese manto de seguridad que envuelven las decisiones de la judicatura, además de los posibles efectos o consecuencias.

3. Seguridad jurídica y justicia

Antes de adentrarnos en los mecanismos que legalmente han sido concebidos por nuestro legislador para anular, revocar o invalidar sentencias evidentemente contrarias a derecho y a las normas procesales, debemos analizar el efecto más importante de la figura de la cosa juzgada: la seguridad jurídica, la cual es el fundamento base y el anhelo alcanzado con la sentencia en firme.

Desde la concepción de la cosa juzgada en el derecho romano, enmarcada desde la publicación de las doce tablas y la expedición de la Carta Magna alemana, la seguridad jurídica se ha tenido como la consecución de normas de conducta que se hacen públicas a los sujetos pasivos, los cuales, conforme a ellas, tendrían que limitar sus libertades individuales y abandonar ese estado de naturaleza ilimitado, a cambio de la protección del Estado y de todas y cada una de las garantías que le brindaba el poder conocer con antelación, las consecuencias que se derivaban de sus propios actos.

Así pues, la seguridad jurídica se establece como un valor adjetivo del derecho, su esencia de permanencia genera tranquilidad pública ante situaciones que podrían alterar el principio de legalidad que rige para un Estado de Derecho. Para nuestro ordenamiento jurídico, el proceso judicial termina con una sentencia justa, éste es el fin de todo proceso, no es la seguridad o la justicia desarticuladas, es la justicia enmarcada en la sentencia que a su vez está provista de todas y cada una de las formas legales que conllevan un alto grado de certeza en la obtención de los derechos.

Un punto importante pero neurálgico, que data de viejas y acaloradas discusiones entre los iusnaturalistas y los positivistas, es la rivalidad entre la seguridad jurídica y la justicia, en el entendido que la seguridad jurídica se encuentra referida a la certeza en la comparación entre el supuesto de hecho contenido en la norma y el caso concreto; y la justicia está enmarcada como el cotejo entre el caso concreto y su solución efectiva.

Intentando categorizar ambos conceptos, tanto seguridad jurídica como justicia, comenzamos por definir la seguridad jurídica como la condición que corresponde a la realidad social y a los principios fundantes de una sociedad determinada, las cuales se encuentran inmersas en las decisiones de las

autoridades que crean relaciones de derecho sustancial permanentes e inmutables.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-284 de 1994, determinó el alcance del principio de seguridad jurídica así: “La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación.”

Una posición muy interesante nos presenta el profesor Pérez Luño, en su obra sobre la seguridad jurídica, al manifestar que:

En el estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: **presupuesto** del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y **función** del derecho que <asegura> la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales.¹¹ (Negrilla dentro del texto original)

Por su parte, Goldschmidt, traído a colación por la profesora Gloria Montoya, plantea una posición donde intenta desvirtuar como antítesis la justicia de la seguridad jurídica, sosteniendo que “un conflicto entre seguridad jurídica y justicia se plantea en apariencia si la aplicación de una norma general nos lleva a un resultado injusto”, y más adelante culmina diciendo: “la seguridad jurídica no es un valor sino que es un bien. Este bien es valioso, si lo es la ley que lo atribuye. El valor que mide el derecho es la justicia. La justicia se refiere siempre a la solución del caso aislado.”¹²

El autor concibe la justicia como un valor propio del derecho, que se manifiesta en la solución del caso sometido a la norma jurídica; queda, en todo caso, a cargo de las autoridades judiciales, mediante todos y cada uno de los procedimientos acordes a ello, verificar la efectiva solución del conflicto tratado; así pues, la seguridad jurídica se ve enmarcada por la legalidad de las formas; y éstas, a su vez, le presentan al ciudadano la posibilidad de obtener, para su beneficio, la certeza de la solución de su caso conforme a la ley y por ende obtener la justicia anhelada.

Una posición completamente diferente, asume Carnelutti, según lo explica el profesor Pérez Luño: “El logro de la certeza entraña inevitablemente el sacrificio de la justicia.”¹³ Y es con base en ella que se evidencia la desarticulación de la justicia en pro de la seguridad jurídica garantizada por el Estado. No obstante, alejados del marco del Estado liberal de derecho y haciendo la transición al Estado social de derecho, la misma justicia varía su

¹¹ PÉREZ Luño, Antonio Enrique. *La seguridad Jurídica*. Ariel Derecho S.A. Segunda edición. Barcelona, 1994. pág. 27

¹² MONTOYA Echeverri, Gloria. *Cosa Juzgada y Estado Constitucional*. Universidad de Medellín. Señal Textos Ltda. Medellín, 2008. pág. 48

¹³ PÉREZ Luño. Op cit. pág. 71

significación absoluta e idealista para incorporarse a las exigencias democratizadoras y sociales que forman su contenido en esta clase de Estado.

En los Estados sociales de derecho, la seguridad jurídica comporta un derecho que debe provenir del orden constitucional del Estado, todo enmarcado en los derechos y las garantías fundamentales de los individuos; es aquí donde se entrelazan estos dos conceptos, ya no en su forma de tesis y antítesis, sino como correlativos de una realidad social que busca garantizar derechos y propender por el cumplimiento de las obligaciones sociales.

La justicia, por su parte, entra a jugar un papel importante para la seguridad, pues se convierte en uno de los principios fundamentales que gozan de su protección; ya no se encuentran en contravía; por el contrario, se encuentran en función una de la otra, en coordinación y armonía a través de la aplicación de los principios reconocidos como presupuestos normativos que concretan la validez formal de la norma.

Esta etapa de armonía entre la justicia y la seguridad jurídica, se pone a prueba cuando en el entorno legal y constitucional se vislumbra la figura de la cosa juzgada, como consecuencia ineludible de las resoluciones judiciales, y con ella, el panorama de la justicia se opaca cuando por defectos o errores, no se cumple con los preceptos constitucionales. Se pregunta entonces ¿debe ceder la justicia?, o por el contrario, ¿la cosa juzgada llega para afianzar los conceptos de seguridad jurídica pero con absoluto respeto por el valor justicia?

4. Mecanismos de remoción de la cosa juzgada

La cosa juzgada, por su parte, que la hemos venido analizando en sus generalidades, se asume como el derecho naciente de una tutela jurídica efectiva; es, en parte, la garantía de una sentencia justa para las partes y para la sociedad. Para el mundo del derecho, la condición de inmutable de la decisión que proclama la sentencia necesita estar fundada en condiciones de legalidad y justicia; por ello, el legislador, en su leal saber y entender, asume que no se puede tener por cierto que el juez nunca se equivocará al fallar un litigio, aunque se aspira que le otorgue la razón a quien la tiene; pero ello no es necesariamente así en todos y cada uno de los casos; pueden existir condiciones materiales que hacen de la sentencia una injusticia manifiesta, que no logra el cometido de solucionar el conflicto de intereses planteado dentro del litigio, sino que, por el contrario, crea un conflicto mayor que transgrede los intereses y los derechos sustantivos de los individuos afectados por la decisión. Por ello, plantea unas últimas oportunidades para que la decisión, que se encuentra en firme, sea revisada nuevamente con el ánimo de obtener la corrección de los posibles errores y con ello la obtención del derecho discutido.

Se sabe que una sentencia se encuentra en ámbito de cosa juzgada, cuando contra ella procedieron todos los recursos y/o se han agotado todos los términos legales para actuar. Sin embargo aparecen en escena el recurso extraordinario de revisión y la acción de tutela, los cuales tienen por función corregir errores que hayan dado lugar a situaciones de vulneración de derechos o trasgresión de oportunidades y/o valoraciones probatorias.

4.1 El recurso extraordinario de revisión

El recurso extraordinario de revisión está catalogado como una de las vías por medio de las cuales se puede obtener la revisión de la cosa juzgada; es, un medio impugnatorio de carácter extraordinario que habilita, dentro de un plazo determinado, la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y con base en causales taxativamente enunciadas, obtener la impugnación de la sentencia recurrida.

La revisión es vista como una clara limitación a la cosa juzgada, pues lo que busca es que la jurisdicción provea con eficacia a la certeza de los derechos ciudadanos, dando un valor fijo y constante a las pretensiones por ellos aducidas; y esto es posible gracias a que permite anular una sentencia en firme y que se encuentra produciendo plenos efectos jurídicos sobre la relación litigiosa.

En palabras de los profesores Quintero y Prieto “(...) Más que un recurso, es una nueva vía que se abre con una demanda, en la cual se deduce una pretensión impugnatoria independiente de la que motivó la sentencia firme que está surtiendo los efectos de la cosa juzgada (...)”¹⁴ Y es válida dentro de todo punto de vista, puesto que la pretensión procesal que se entra a discutir, para nuestro ordenamiento, se estructura en causales taxativamente enunciadas en nuestras codificaciones; y se evidencia, de la misma naturaleza del mecanismo, las razones de justicia material y de desagravio por el abuso del derecho del cual fue víctima la parte afectada y que se desprende del estudio del pronunciamiento judicial en todos sus apartes y en las cuales se fundamenta la remoción de la cosa juzgada, todo en pro de la seguridad jurídica y de la justicia, bases del Estado social de derecho.

A diferencia de otros recursos, el recurso de revisión se concede, en general, frente a determinadas situaciones de hecho, conocidas con posterioridad a la resolución que se impugna, las cuales, de haberse conocido con anterioridad al fallo, hubieran sido determinantes para una decisión diferente a la tomada por el juzgador.

Una posición interesante, la exponen los profesores Palacio y Múnera, al categorizar el recurso y su importancia, en los siguientes términos:

(...) Por esa vía se puede remover y dejar sin efecto alguno –se anula– una sentencia dictada y ejecutoriada, pero obtenida en forma irregular o fraudulenta, porque se fundó en medios probatorios espurios o hubo graves vicios en la producción de dicha sentencia o en el desarrollo del proceso (...) En efecto, la existencia de tal mecanismo genera la certeza de que se impondrá el derecho como ha sido concebido por el ordenamiento jurídico y que, so pretexto de la certeza concluyente que

¹⁴ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. Op cit.

acompaña tales decisiones, no se prohijará, ni se mantendrá ningún acto violatorio de tal derecho, por solo tener apariencia de tal.¹⁵

Para terminar con el concepto, y con el fin de dejar la mayor claridad al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-269 de 1998, señala expresamente la naturaleza del mecanismo y nos da un concepto centrado y de una gran importancia académica, al aducir que:

(...) El recurso de revisión fue estatuido como un mecanismo excepcional contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, por la ocurrencia de hechos y conductas contrarios a derecho que, una vez configurados, desvirtúan la oponibilidad de la sentencia, y por ende, la seguridad jurídica que le sirve de fundamento, al carecer de un elemento esencial: la justicia que debe inspirar toda decisión judicial (...)

Como consecuencia lógica que se desprende de este recurso es que una vez fundada la causal que le dio nacimiento, se invalida y/o anula la sentencia recurrida y en ocasiones se anula todo el proceso, para que se tramite nuevamente ante la misma autoridad competente. Esta decisión no tiene recurso alguno por lo extraordinario de la actuación.

4.2 La acción de tutela

Está catalogada como un mecanismo de índole procesal, que el constituyente introdujo en nuestra Carta Política de 1991; es concebida como una herramienta protectora de los derechos fundamentales, cuando se considera que hubo, o que puede haber, una trasgresión que afecte considerablemente los derechos fundamentales constitucionales de los asociados.

De la lectura del artículo 86 de la Carta Política podemos desprender que la acción de tutela se invoca para solicitarle al Estado la protección inmediata de un derecho fundamental que está siendo amenazado, o que es vulnerado, por acción u omisión de una autoridad. No se hace claridad de cuál autoridad, entonces podemos decir que bien puede ser una autoridad judicial. También se lee en el artículo que su esencia es la protección y guarda de los derechos fundamentales; y vamos al precepto constitucional que consagra derechos y garantías fundamentales, y encontramos el debido proceso en el artículo 29. Cabe preguntar, entonces, ¿es posible incoar acción de tutela contra autoridad judicial para la protección del derecho de defensa y el debido proceso, que ha sido vulnerado por sentencia ejecutoriada?

Para nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente viable que, por vía de acción de tutela, una sentencia ejecutoriada y gozante de la autoridad de cosa juzgada pueda ser anulada por el juez constitucional o llamado juez de tutela, ya que se procura que la sentencia misma esté investida tanto de justicia material como de justicia formal y que no haya violado derechos fundamentales, configurando la llamada vía de hecho; se logra con ello, entonces, una tutela judicial efectiva de los derechos ciudadanos frente a los

¹⁵ PALACIO Vallejo, Ligia; MÚNERA Villegas, Jesús Emilio. *Naturaleza y alcance del proceso de control de constitucionalidad por acción*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2007. pág. 70

agravios públicos, poniendo a prueba los principios ejemplarizantes del Estado social de derecho.

En relación con la tutela, el juez de conocimiento de la acción no reemplaza a la autoridad responsable del fallo o al juez de conocimiento de la pretensión, sino que aprecia su acto (la sentencia) como un tropiezo al ejercicio de un derecho fundamental constitucional, y por ningún motivo se convierte, ni da origen, a una instancia procesal extraordinaria.

5. La acción de tutela en la cosa juzgada

Antes de abordar el análisis de la afectación de la cosa juzgada por parte del juez constitucional en vía de acción de tutela, debemos hacer un pequeño recorrido por el concepto de la vía de hecho, que nos ayudará a entender la afectación y a sacar conclusiones acerca del tema.

Como lo hemos visto, la acción de tutela está contemplada en la Constitución de 1991, siendo ésta una Constitución garantista propia de un Estado social de derecho que vigila y protege los derechos fundamentales de todos y cada uno de los asociados. Enmarcados en este concepto, vemos la figura del juez como un ser neutral de la acción procesal, vigía de las normas, conocedor y creador del derecho que se dicta en la sentencia; y vemos cómo el mismo legislador previó que este ser integral pudiera cometer, en algún momento, por algunas circunstancias, errores que pueden vulnerar el debido proceso y la legalidad de las formas del juicio, y en consecuencia, producir una sentencia no acorde a la realidad, o aún más, injusta y violatoria de derechos fundamentales para todos o algunos de los sujetos procesales; así, en pocas palabras, nace la figura de la acción de tutela contra providencias judiciales por la llamada vía de hecho.

La profesora Gloria Montoya hace alusión al concepto de vía de hecho en el entendido orgánico e instrumental, y hace la diferencia de la siguiente manera:

La vía de hecho por defecto orgánico se refiere a la vulneración de uno o varios derechos fundamentales dentro de una providencia judicial, cualquiera sea su carácter, por lo que la actuación constitucional estará enderezada a su anulación de acuerdo con la orden de protección impartida (...) En la vía de hecho en sentido instrumental, no se produce una declaración sino un mandato de protección consistente en una orden dirigida en contra de la autoridad que violentó el derecho fundamental para que lo restituya, por lo que la tarea del juez constitucional es de corrección, con la anulación de dicha actuación y de todo aquello que tenga alguna correspondencia con el derecho protegido.¹⁶ (Subrayas fuera del texto original)

Es por ello que la acción de tutela, rechazada en un principio contra las providencias judiciales, encuentra su asidero en la vía de hecho como una situación fáctica no correspondiente a la realidad del proceso por la cual se ha llegado a un fallo no ajustado a derecho, y con ello, carente de justicia. Con el paso del tiempo, y a lo largo de muchos desenvolvimientos jurisprudenciales,

¹⁶ MONTOYA Echeverri, Gloria. Op cit. pág. 112

ha tenido mayor acogida la acción de tutela contra providencias judiciales con el único fin de proteger los derechos fundamentales de los vinculados a un proceso, los cuales fueron vulnerados por el juez al momento de decidir el litigio. Todo esto con base en el bloque de constitucionalidad, el cual le da un marco más amplio de acción jurisprudencial al juez constitucional para que se mantenga el equilibrio entre la autoridad judicial y la decisión planteada.

La **vía de hecho** -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la **vía de hecho**, sino una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad (...)¹⁷

Debemos entender que, para nuestro ordenamiento jurídico, el debido proceso goza de la categoría de derecho fundamental, y con él, de la protección estatal de manera preferente y constitucional; que el juez, al momento de proferir su fallo, debe articular todas las normas legales sustanciales y procedimentales con rigor constitucional para evitar al máximo caer en nulidades procesales o en el peor de los casos, en una vía de hecho.

Una sentencia hito acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, es la T-006 de 1992, en la cual, realizando los respectivos hincapiés, se manifiesta que todas las decisiones de los jueces y de los tribunales, necesariamente deben ir acorde con el texto constitucional, respetando los preceptos y los valores de la suprema norma. Cuando estos valores constitucionales no son tenidos en cuenta por el fallador, y en conclusión de ello, resultan vulnerados derechos fundamentales, se abre paso a una injusticia manifiesta en la sentencia que no puede ser amparada cabalmente por la cosa juzgada, puesto que ella no puede encontrar reposo legal alguno, ya que se estaría en contra vía de los valores de justicia y seguridad jurídica del Estado.

En esta providencia, la Corte Constitucional sostiene:

(...) Puede colegirse que la regulación legal de la cosa juzgada sólo puede mantenerse en la sociedad democrática y justa diseñada por el Constituyente bajo la condición de que como fórmula histórica y evolutiva de compromiso sacrifique cada vez menos la justicia en aras de la consecución de la necesaria estabilidad jurídica. En otras palabras, en cada momento histórico habrá un “precio” límite en términos de justicia sacrificada a partir del cual no se podrá ofrecer nada más a fin de garantizar la necesaria seguridad jurídica.

La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales –tanto de orden sustantivo como procesal-, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Sólo la

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-01 de 1999*. Bogotá, 1999. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

cosa juzgada que incorpore por lo menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter.¹⁸

La acción de tutela, como mecanismo procesal, desemboca en un sinnúmero de pasiones entre los tratadistas y los constitucionalistas, también entre las altas cortes, ante la posibilidad que se brinda de anular una decisión en firme por un juez investido de constitucionalidad. Los magistrados que expusieron sus razones en el salvamento de voto de la sentencia C-543 de 1992, dejan plasmado un importante concepto de jerarquía entre Constitución y ley, entre competencia e independencia, al afirmar en algunos de sus apartes que:

La acción de tutela contra sentencias se ejerce ante un Juez -el llamado Juez de Tutela- y se dirige contra el Juez que dictó la sentencia que el afectado considera vulnera un derecho fundamental. La denominada “cuestión litigiosa” no es objeto de la acción de tutela contra sentencias, sino la actuación o la omisión del juzgador que ha causado la presunta lesión a un derecho fundamental (...) Cuando el Juez de tutela se pronuncia sobre la conducta del “Juez acusado” no infringe la autonomía ni la independencia judicial de éste último salvo que se entienda que ellas autorizan a violar impunemente con ocasión del cumplimiento de su función los derechos fundamentales de las personas (...) Esta **Jurisdicción Constitucional** asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales, buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la **efectividad** de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.¹⁹ (Negrillas dentro del texto original)

La Corte Constitucional, en sentencia T-1625 de 2000, conceptualiza nuevamente la vía de hecho, de la siguiente manera:

(...) La vía de hecho se predica de las decisiones judiciales que impliquen un ejercicio arbitrario de la jurisdicción, la actuación es arbitraria y con efectos contrarios a la Constitución. No existe vía de hecho cuando el juez basa su decisión en interpretaciones sobre el alcance de las normas aplicables al caso concreto o cuando el ejercicio hermenéutico determina si una norma es aplicable al caso. Cuando la interpretación es irrazonable o abiertamente contraria a la Constitución, se presenta un defecto de tal gravedad, que la decisión judicial deviene en vía de hecho (...)

La afectación de la cosa juzgada, eje central de este artículo, radica básicamente en la posibilidad de que por vía de tutela el juez constitucional aparte de algún modo este manto sigiloso para conocer lo actuado en el proceso denunciado por la acción. Como se hace a un lado el escudo protector que es la cosa juzgada para la sentencia, ésta queda casi desnuda para que el juez constitucional la examine y decida acerca de si hubo o no vulneración de los derechos fundamentales. Las leyes que consagran, regulan y vigilan la

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-006 de 1992*. Bogotá, 1992. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 14 de septiembre de 2008]

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Salvamento de voto. Sentencia C-543 de 1992*. Bogotá, 1992. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 10 de junio de 2008]

figura de la cosa juzgada, no son de carácter superior a la Constitución. Podríamos decir que, con el único fin de respetar lo debatido en el juicio a toda costa, se pueden violar derechos y garantías de orden constitucional. Por ello, se encuentra en manos del tribunal constitucional la preservación de este orden lógico, sin menoscabar de ninguna manera la seguridad jurídica que se pudiera ver afectada con la decisión constitucional.

Cabe recordar que para el juez de tutela es imposible tocar en el estudio de la acción los supuestos de hecho que dieron origen a la cuestión litigiosa, ya que no son potestades propias de su competencia, y por el contrario, se convertirían en una clara violación a la independencia y a la autoridad del juez de conocimiento; su estudio se circunscribe al acto mediante el cual se viola o amenaza el derecho fundamental discutido en la acción.

La polémica se abre en el entendido de que el juez jurisdiccional no puede sacrificar la sujeción constitucional y la justicia de la decisión, escudándola con la figura de la cosa juzgada, pues tendríamos seguridad jurídica vs. injusticia manifiesta y perturbación grave al orden social justo. La Corte Constitucional, en recientes sentencias, manifiesta que por el solo hecho de ser un mecanismo constitucional, la acción de tutela no sólo opera contra providencias, sino que también contra todo tipo de decisión tomada por las autoridades judiciales cuando se encuentran en vilo derechos y garantías constitucionales. El juez ordinario tiene el deber de armonizar de tal manera su fallo que pueda concretar tanto la seguridad jurídica como la justicia material en cada caso al proferir su decisión. En la sentencia C- 590 de 2005, la Corte Constitucional sostiene en este sentido:

Desde luego, una comprensión de la Constitución como sistema normativo plantea la necesidad de armonizar la procedencia de la acción de tutela contra ese tipo de pronunciamientos con principios constitucionales como el de seguridad jurídica, con la distribución superior de competencias y con otros principios específicos de la jurisdicción, también de índole constitucional, como los de autonomía e independencia. De ese modo, si se equilibran, por una parte, la índole constitucional de la acción de tutela como mecanismo diseñado por el propio constituyente para la protección de los derechos fundamentales, con, por otra parte, los demás principios constitucionales y con los fundamentos superiores de la administración de justicia, la conclusión a la que se arriba es que la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones tomadas por la jurisdicción debe ser excepcional, es decir, debe limitarse a aquellos casos que efectivamente configuren una lesión o una puesta en peligro de derechos fundamentales. Sobre este punto, ese es el alcance de la Carta Política de 1991 y de esa manera ha sido interpretada por esta Corporación.

En ese sentido, resulta importante analizar algunas de las sentencias más relevantes de nuestra Corte Constitucional, acerca de la vía de hecho y de su configuración: ellas son las sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-1017 de 1999, C-590 de 2005. En estas providencias se le dan bases sólidas al juez para analizar, en el caso concreto, si su conducta es susceptible de configurar una vía de hecho, y, por consiguiente, su providencia adolece de legitimidad y justificación jurídica. Dicho análisis procura dejar al descubierto las fallas evidentes en las cuales incurrió el funcionario, con el fin de intentar

salvaguardar los principios de la autonomía judicial y, por consiguiente, la cosa juzgada.²⁰

La Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005, enuncia los requisitos esenciales para analizar la existencia o no de la vía de hecho:

(...) Así, al estudiar la procedencia de la acción, el juez debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales,²¹ que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de las providencias judiciales: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional;²² (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela (...) Debe constatar así mismo la concurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional: defecto orgánico²³ o sustantivo,²⁴ procedimental²⁵ o fáctico;²⁶ error inducido;²⁷ decisión sin motivación;²⁸

²⁰ De forma meramente enunciativa podemos decir que el test de razonabilidad, llamado así por la doctrina y por la jurisprudencia, se encuentra fundamentado principalmente en defectos sustanciales, fácticos y orgánicos, por medio de los cuales el funcionario que realiza mal uso de su investidura de jurisdicción, actúa en sentido contrario al ordenamiento jurídico.

²¹ Siempre, siguiendo la exposición de la *Sentencia C-590 de 2005* (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

²² Ver *Sentencia T-173 de 1993*, reiterada por la *C-590 de 2005* (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

²³ Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

²⁴ Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Ver, *Sentencia C-590 de 2005*); ver también *sentencias T-008 de 1998* (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y *079 de 1993* (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁵ El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ver *sentencias T-008 de 1998*, *T-159 de 2002*, *T-196 de 2006*, *T-996 de 2003* (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *T-937 de 2001* (M.P. Manuel José Cepeda).

²⁶ Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

²⁷ También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, *sentencias SU-014 de 2001*, *T-1180 de 2001* (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y *SU-846 de 2000* (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

²⁸ En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver *Sentencia T-114/2002*.

desconocimiento del precedente constitucional;²⁹ y violación directa a la constitución.³⁰

La Corte Constitucional ha consolidado una jurisprudencia orientada a la tutela efectiva de los derechos fundamentales, rebasando las reglas clásicas de interpretación legal para lograr que todas y cada una de las figuras orientadoras del Estado social de derecho se encuentren sometidas y en concordancia lógica con los preceptos emanados de la Carta Fundamental.

Es por ello que la cosa juzgada no sufre una afectación en todo el sentido de la palabra, puesto que no se encuentra detrimento alguno de la figura, no vislumbramos ruptura entre la seguridad jurídica y la justicia que sea ocasionada por la revisión en vía de acción de tutela, puesto que existe un yerro tal, en el juez de conocimiento de la litis, que produce en el acto un vicio de juridicidad, que le condiciona la legalidad y por consecuencia lógica, los efectos propios de una sentencia ajustada a derecho y en firme. No existe una intromisión deliberada del juez constitucional con poder ilimitado, sino que, por el contrario, está sujeto a conjugar los efectos dañinos de la decisión jurisdiccional y a lograr que la sentencia se ajuste a la Carta Fundamental, evitando con ello, una vulneración injustificada y perpetua de los derechos fundamentales. La acción de tutela abre una pequeña puerta a la sentencia para que por ella pase el juez constitucional, corrija el error cometido, suspenda el abuso del derecho y le imprima el sello de seguridad y justicia, todo en pro de la supremacía de las garantías constitucionales y orientado siempre al establecimiento de un orden social justo.

Debemos entender que en nuestro ordenamiento jurídico se propende por la garantía de todos y cada uno de los derechos fundamentales, y sobre todo de la supremacía de la constitución sobre la ley. El juez es el directamente llamado a garantizar esta armonía, pero cuando por algún motivo falla en su propósito, debe entrar el juez constitucional, limitado siempre a que tal falla implique vicios constitucionales y supeditado solamente a revisar la sentencia como acto y nunca abordar el tema de litigio original, pues se sale de su competencia y generaría una clara intromisión inconstitucional de hecho.

Está claro para nuestro estudio que para la cosa juzgada soplan vientos de cambio, para variar su significación absoluta y adentrarla en la esfera del constitucionalismo moderno, donde la justicia se convierte en fundamento base de la seguridad jurídica y por consiguiente, de la cosa juzgada.

²⁹ “(se presenta cuando) la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”. Ver *sentencias SU-640 de 1998* y *SU-168 de 1999*.

³⁰ Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, *sentencias SU-1184 de 2001*, *T-1625 de 2000* (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y *T-1031 de 2001* (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, *Sentencia T-522 de 2001* (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Conclusiones

- La naturaleza jurídica de la cosa juzgada se encuentra enmarcada tanto en el ámbito procesal como en el ámbito sustancial, ya que encontramos como cierto que sus efectos se producen y se manifiestan tanto para el proceso como para el derecho sustancial decidido en él.
- El efecto más importante de esta figura es, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica que para el Estado conlleva terminar en debida forma las controversias surgidas y decididas en proceso. No obstante podemos concluir que la seguridad jurídica que enmarca el sigilo de la cosa juzgada deberá estar siempre acorde con todas y cada una de las reglas procesales y constitucionales con el fin de garantizar el derecho al juicio justo y a la tutela judicial efectiva, porque de nada nos sirve una sentencia injusta para propender por un orden social justo. Realmente es al juez a quien le toca la dispendiosa tarea de armonizar estos conceptos y conforme a las legalidades propias de cada proceso, garantizar que, con su decisión, se pondrá fin al conflicto ínter subjetivo de intereses de una manera eficaz, justa y segura.
- Las decisiones judiciales deben rebotar en garantías constitucionales y legales; de ahí que, al momento de fallar un litigio, el juez deba ponderar y armonizar la norma legal con el precepto constitucional y resguardar sus interpretaciones en procura de la realización de la justicia, significando ello que la afectación de la cosa juzgada por vía de la decisión que el juez constitucional profiera no es afectación propiamente dicha, puesto que en el evento de la vía de hecho, y de la adecuación de la decisión a derecho, lo producido no es en realidad una sentencia que legitimadamente merezca y le corresponda el sigilo de la cosa juzgada, sino que, puede interpretarse, como una mera apariencia de sentencia como acto jurisdiccional necesariamente requerido y ajustado a derecho.

En esos casos de simple apariencia, el juez entra solo a armonizar la decisión discutida y accionada conforme al precepto constitucional, siendo una afectación de la cosa juzgada, en todo el sentido de la palabra, el hecho de que el juez constitucional pudiera, por vía de la acción de tutela, analizar y decidir el conflicto jurídico que originó la litis, en donde incurriría en arbitrariedades tales que se sacrificará de alguna manera la paz social y el orden legal.

- El constitucionalismo actual ha revaluado las concepciones de cosa juzgada, seguridad jurídica y justicia, para armonizarlas conforme a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales; la seguridad jurídica, fundamento base de la cosa juzgada, deja de ser una seguridad netamente legal y pasa a convertirse en seguridad frente a las leyes y frente a la principalística constitucional. Nuestra Constitución nos entregó mecanismos ágiles y eficaces para que el ciudadano común pudiera, por vía de la acción de tutela, obtener un restablecimiento de su derecho vulnerado, y así mismo, la ley enmarcó la limitación del juez de tutela al tema analizado, pues no se discute el conflicto base del

proceso, sino los procedimientos utilizados por el juez para tomar la decisión, conllevándola a ser una decisión injusta y violatoria de derechos fundamentales.

Toda sentencia debe estar enmarcada en la norma constitucional, lo que equivale a sostener que, para gozar de cosa juzgada plenamente y derivar sus efectos jurídicos, se debe contar con un mínimo de justicia material y se debe estar desprovisto de manifiesta ilegalidad y de injusticia; esto, en su conjunto, justifica su inmutabilidad y definitividad en el universo jurídico.

Es esa, precisamente, la gran diferencia que debemos entender, en la medida en que a partir de lo anterior se determina si la cosa juzgada se afecta en su naturaleza y efecto, o, por el contrario, se desdobra para hacerse más fuerte y segura en pro de garantizar con ello un orden social justo y conforme a derecho.

Referencias Bibliográficas

CALVO Baca, Emilio. *Las cuestiones previas*. Ediciones Libra. Caracas, 1986. 462 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial Leyer. Bogotá, 2007. 531 p.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006 de 1992. Bogotá, 1992. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 14 de septiembre de 2008]

_____ Sentencia C-543 de 1992. Bogotá, 1992. <Disponible en: www.secretariasenado.gov.co > [Consultada el 10 de junio de 2008]

_____ Sentencia T-231 de 1994. Bogotá, 1994. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia T-284 de 1994. Bogotá, 1994. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia T-008 de 1998 [en línea]. Bogotá, 1998. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia C-269 de 1998. Bogotá, 1998. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia T-162 de 1998. Bogotá, 1998. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 23 de diciembre de 2008]

_____ Sentencia T-01 de 1999. Bogotá, 1999. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia T-1017 de 1999. Bogotá, 1999. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

_____ Sentencia T- 1625 de 2000. Bogotá, 2000. <Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 14 de diciembre de 2008]

_____ *Sentencia C-252 de 2001*. Bogotá, 2001.
<Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 14 de septiembre de 2008]

_____ *Sentencia C-590 de 2005*. Bogotá, 2005.
<Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co > [Consultada el 11 de noviembre de 2008]

COUTURE J. Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1993. 487 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil*. Traducción española del profesor José Casais y Santalvo. Tomo III. Tercera edición. Editorial Reus. Madrid, 1994. 438 p.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Sexta edición. Civitas Ediciones. Madrid, 2003. 580 p.

LANDONI SOSA, Ángel. *La Cosa Juzgada: Valor absoluto o relativo*. En: Revista Derecho PUC número 56. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. 1057 p.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *La Cosa Juzgada Civil*. En: Revista de Temas de Derecho Procesal. Centro de Estudios de Derecho Procesal número 5. Versión del Italiano de Eugenio Prieto y Beatriz Quintero. Señal Editora. Medellín, 1987.

LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil*. Tomo I. Parte General. Novena edición. Dupre Editores. Bogotá, 2007. 1113 p.

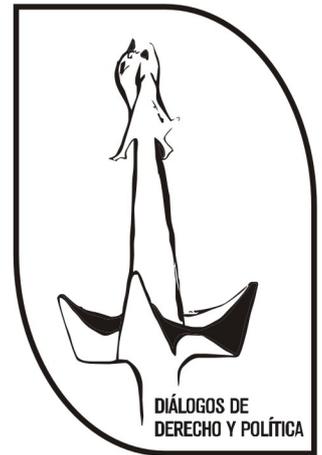
MONTOYA Echeverri, Gloria. *Cosa Juzgada y Estado Constitucional*. Universidad de Medellín. Señal Textos Ltda. Medellín, 2008. 187 p.

PALACIO Vallejo, Ligia; MÚNERA Villegas, Jesús Emilio. *Naturaleza y alcance del proceso de control de constitucionalidad por acción*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2007. 298 p.

PÉREZ Luño, Antonio Enrique. *La seguridad Jurídica*. Ariel Derecho S.A. Segunda edición. Barcelona, 1994. 158 p.

QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2000. 599 p.

VELLANI, Mario. *Naturaleza de la Cosa Juzgada*. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México, 2001. 87 p.



Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideología tutelar a la protección integral

Dinnora Jiménez Marín
Abogada Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: dijima@yahoo.com

Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideología tutelar a la protección integral*

Resumen

En contraposición a la tradicional doctrina de la “situación irregular”, el modelo de la “protección integral” que orienta la nueva legislación sobre menores en Colombia parte de la consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos. Por ello la legitimidad de la intervención penal en este ámbito presupone la satisfacción de las garantías que la Constitución consagra para todas las personas. El presente trabajo destaca de manera sucinta los cambios que en esta materia supuso el paso del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) al Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2008).

Palabras clave: Responsabilidad penal juvenil, ideología tutelar, protección integral, legislación, Código del Menor, Código de la Infancia y la Adolescencia, Derecho Penal.

* Artículo presentado como trabajo de grado para optar al título de Abogada. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Introducción

El tema del tratamiento penal de los niños y de los adolescentes ha sido desde siempre objeto de preocupación para el derecho. Sin embargo, a lo largo de la historia dicho tratamiento ha oscilado entre dos ideas antagónicas: por un lado, la del joven indefenso o, en el mejor de los casos, en proceso de formación, y en cuanto tal necesitado de acompañamiento y comprensión. Y, por otro, la del delincuente juvenil peligroso, perteneciente a una “banda”, y de quien hay que defenderse. En otras palabras, si los de víctima y victimario se ha dicho que son roles fácilmente intercambiables en el ámbito de la justicia penal,¹ no cabe duda de que la justicia penal de menores constituye un buen ejemplo de ello.

Por lo anterior, no es de extrañar que en Colombia, como en tantos otros lugares del mundo y de América Latina en particular, haya perdurado hasta hace muy pocos años una ideología que entendía al niño y al adolescente como un sujeto “inmaduro” e “incapaz”, pero no para apoyarlo y satisfacer sus verdaderos derechos y necesidades, sino para excluir del discurso sobre los menores las exigencias derivadas del Estado de Derecho, vigentes en la intervención penal de adultos. Esta llamada “doctrina de la situación irregular” o “ideología tutelar” estuvo rigiendo, en mayor o menor grado, la legislación sobre menores en Colombia durante muchos años.

Recientemente, sin embargo, se expidió la Ley 1098 de 2006, la cual recogió la doctrina que durante muchos años fueron elaborando los organismos internacionales encargados de velar por los derechos de los niños, que se plasmó en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Tal doctrina es conocida como de la *protección integral*.

La incorporación de esta nueva filosofía a nuestra legislación supuso también unos importantes cambios en el sistema de responsabilidad penal juvenil, en comparación con la respuesta penal característica del sistema anterior. El presente trabajo busca precisamente destacar de manera sucinta los cambios que en esta materia supuso el paso del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) al Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2008).

A. La legislación penal de menores: de la ideología tutelar a la protección integral

1. Aspectos generales

Antes del siglo XVII los menores se integraban totalmente al mundo de los adultos. La infancia se encontraba en el centro de la familia y el menor perdía totalmente su autonomía pues se debía proteger, y es por esto que en esta época existían dos categorías de niños: los infantes, que eran aquellos que asistían a la escuela y tenían familia, y los menores, que se encontraban excluidos, ya que no contaban ni con familia y mucho menos asistían a la escuela. Para los últimos existía el Tribunal

¹ Así, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y el derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. págs. 29-31.

de Menores que era la introducción de esa cultura sociojurídica de la protección-represión. En 1899 se creó el primer Tribunal de Menores en Illinois (Estados Unidos); posteriormente en Suramérica, en Argentina (1919) y en Venezuela (1939). Ya para ese entonces en Latinoamérica se introducía la idea en un contexto del pensamiento positivista.²

Esta cultura de la protección-represión se conoce como la doctrina de la situación irregular, la cual se configuró como resultado de las alternativas de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano. Por ello se creó un marco jurídico que legitimara la intervención estatal discrecional a los menores, ya que a raíz de la crisis de los treinta, la masiva inmigración y la carencia de recursos y falta de voluntad política, se generó un ambiente propicio a esta judicialización. Es por ello que se dice que el menor delincuente “es un producto de la sociedad industrial”.

Luego, en los años cincuenta, los menores pasaron a ser objetos de derecho, objetos de las políticas públicas, de las políticas distribucionistas, siendo éste el momento en que los jueces adquirieron una facultad discrecional de declarar en abandono material o moral al menor. Posterior a ello, en los años setenta, hubo una disminución considerable del gasto social público, presentándose simultáneamente un crecimiento de menores que se agudizó en la época de los ochenta. A finales de esta década se da el cambio de paradigma de la situación irregular a la doctrina de la protección integral.

La doctrina de la situación irregular tiene sus inicios en el siglo XIX en Estados Unidos y Europa, desde donde se expande como una cultura de la compasión-represión, que en Latinoamérica asume la forma de doctrina de la situación irregular.

Como si fuera poco, esta doctrina legitima al Estado para interferir absolutamente frente a estos sujetos vulnerados, de ahí que el Juez de Menores interviene con la figura del “buen padre de familia” y se aleja de su verdadera función jurisdiccional, lo que se ve reflejado claramente en la ideología de la “compasión-represión”.³

A finales de la década de los ochenta se presentó un cambio de paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, cuyo precedente directo es la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y que tiene como base cuatro instrumentos que son: la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

² Al respecto véase a GARCÍA Méndez, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis. Bogotá. págs. 22 y ss.

³ Cfr. GARCÍA Méndez, Emilio (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Fontamara. México. págs. 76 y ss.

De este modo, esta Convención cambia totalmente el concepto que se tenía de la infancia; del menor como objeto de la compasión-represión a la condición de infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, dado que en dicha Convención encuentran consagración y desarrollo formal los principios jurídicos básicos sustancial y procesal del derecho (principio de humanidad, principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, principio de contradicción, principio de inviolabilidad a la defensa, principio de impugnación, principio de legalidad del procedimiento y principio de publicidad del proceso).

En este sentido, la doctrina de la protección integral reconoce al niño y al adolescente como sujetos plenos de derechos, puesto que se prohíben los arrestos ilegales o arbitrarios y se reconoce el principio constitucional de que ningún habitante del país podrá ser detenido, a menos que sea en flagrancia o por una orden judicial escrita y expedida por una autoridad judicial competente.

El juez debe interpretar correcta y ponderadamente la Ley para la Infancia, valga decir: la división de competencias y responsabilidad con el Ministerio Público y que el menor o el adolescente siempre deben estar en presencia de un abogado que defienda sus derechos, lo cual se ha entendido como las bases mínimas para pasar de una ley arbitraria a una ley justa. De esta manera el adolescente infractor comienza a mirarse como una categoría jurídica y no como una categoría sociológica.

2. Tratamiento jurídico penal del menor

Es importante destacar el cambio fundamental de paradigma de los menores como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos. Desde este punto de vista quizás la consecuencia más importante de la mencionada ideología tutelar orientadora durante muchos años del tratamiento jurídico del menor, fue la consideración de éste, como ya se dijo, como objeto de tutela y no como sujeto de derechos frente a la intervención punitiva estatal. Este aspecto aparece reflejado de manera clara en el tratamiento jurídico penal del menor, dada su consideración como un sujeto *incapaz* de comprender o de autodeterminarse a actuar conforme a derecho en razón de su edad, para lo cual se recurrió a la noción de imputabilidad.

En efecto, la imputabilidad de un individuo se predica cuando:

Se le puede atribuir plenamente las consecuencias de actos que constituyan violaciones a conductas previamente descritas en las leyes como crímenes, faltas o contravenciones. Por el contrario, son inimputables aquellos individuos que en razón de algunas características definidas por la ley (edad, estado de salud mental, etc.) no se les puede atribuir las mismas consecuencias que el Código Penal o leyes conexas prevén para aquellos individuos que la ley considera imputables.⁴

⁴ GARCÍA Méndez, Emilio (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, op. cit., págs.188-189. Sobre el tema de la imputabilidad del menor, véase también a CANTARERO, Rocío (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (derecho penal y procesal de menores)*.

Este problema sobre la imputabilidad e inimputabilidad también se ve reflejado en el tema de la culpabilidad. De acuerdo con el derecho penal de culpabilidad propio de los postulados clásicos, sólo frente a quien es declarado culpable de un hecho típico y antijurídico puede afirmarse responsabilidad penal. Por esta razón, dado que el inimputable no actúa de forma culpable, queda por fuera del sistema de responsabilidad (y de garantías) propio del derecho penal de culpabilidad. Es así como revive el derecho penal de autor, donde hay que revisar la peligrosidad del inimputable, pues si es del caso se le podría aplicar una medida de seguridad que podría ser el internamiento, que para el caso de los menores tiene una finalidad terapéutica o tutelar.

Esta aplicación de la medida de seguridad a los menores viene a demostrar la contradicción interna del sistema penal, pues “la idea del sistema de derecho penal de que sólo es posible la aplicación de una pena al sujeto que ha cometido culpablemente un delito, frente al inimputable (quien teóricamente actúa sin culpabilidad) reacciona con medidas que en poco o nada se diferencian de las penas”.⁵

Por eso el derecho penal ha tenido que recurrir al sistema tutelar de menores para justificar la respuesta penal frente al menor delincuente, toda vez que ha representado ser el medio más idóneo para el control de la peligrosidad que la delincuencia juvenil representa para el orden social.

Por consiguiente, no se puede afirmar que el inimputable se encuentre excluido del derecho penal, como a veces se dice, sino más bien del derecho penal de culpabilidad, pues su consideración como inimputable en realidad genera su asignación a otro sistema igualmente punitivo pero sin las limitaciones al menos formales propias del derecho penal ordinario, como son, entre otros, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. Se recurre ahora, para justificar la intervención penal en este ámbito, a la noción de peligrosidad, la cual por su vaguedad no alcanza a constituir ninguna garantía para el individuo y antes que un límite se erige más bien en un pretexto que facilita la intervención penal.⁶

De esta manera se produce una especie de bifurcación del sistema penal: por un lado el derecho penal de culpabilidad, el cual presupone la imputabilidad del individuo y en el cual encuentran plena vigencia los principios liberales que limitan la intervención punitiva estatal, tales como el de legalidad, proporcionalidad, humanidad, defensa, etc; por otro, para los inimputables, es decir, para los “incapaces de culpabilidad”, se crea un sistema penal fundado ya no en la filosofía de las garantías liberales sino en los principios de la defensa social: prevención especial, peligrosidad, medidas de seguridad, sentencias indeterminadas, etc.

Montecorvo. Madrid; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1983). *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. En: *Documentación Jurídica* número 37/40. Madrid; y BUSTOS Ramírez, Juan (1994). *Imputabilidad y edad penal*. En AAVV: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*. Libro en homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián.

⁵ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Temis. Bogotá. pág.105.

⁶ Cfr. *Ibidem*. págs. 135 y ss.

No debe extrañar entonces que también la justicia penal juvenil se haya erigido a partir de muchos de los postulados de la ideología positivista, con el agravante de que al asignársele a las medidas aplicables a los menores una finalidad supuestamente no penal sino “tutelar” o de “protección”, se consideraron innecesarias las garantías penales tradicionales. De ahí que algunos hayan entonces calificado dicho modelo de intervención como una “reacción penal reforzada”.⁷

Esta situación logra transformarse con la doctrina de la protección integral, en la cual surge la categoría jurídica del niño y el adolescente *infractor*, que, por lo tanto, sólo puede ser juzgado por la trasgresión de la ley y que: se le haya imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y se le hayan respetado las garantías procesales.

B. El sistema de responsabilidad penal juvenil en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989)

1. La doctrina de la situación irregular como fundamento del Código del Menor

El 1 de marzo de 1990 comenzó a regir el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), el cual, como ya se explicó, se encontraba enmarcado en la doctrina de la protección del menor, con una finalidad eminentemente pedagógica, de protección y rehabilitación frente a la reacción penal del menor.

Pese a esta plausible orientación teleológica de las medidas imponibles al menor infractor, en Colombia la realidad muestra otra cosa, pues la familia, aunque es el núcleo de la sociedad y es quien debe atender los requerimientos del menor, no siempre puede cumplir la misión que socialmente se le ha asignado, ya que en nuestro país para acceder a los mínimos elementos para vivir es necesario que no sólo el padre de familia trabaje sino que además también la madre lo haga. De esta manera, ese puesto de los padres, debido al mínimo tiempo con que cuentan para su cuidado, es ocupado por la “gallada”, con quien además el menor se siente identificado pues sus problemas y el de los demás son semejantes.

Otro aspecto a resaltar es que, en muchos casos, el menor debe buscar medios para su subsistencia y la de los otros miembros de su familia, y eso crea al niño de la calle, quien es explotado laboralmente, se prostituye y se integra a diversas formas de delincuencia,⁸ ya que estos menores con carencias socioeconómicas y de estratos bajos son catalogados como delincuentes y, por lo tanto, su conducta es catalogada como “desviada” o “irregular”. Es así como al fracasar la institución

⁷ ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*. En: CLEMENTE Díaz, Miguel (coord.); JIMÉNEZ Burillo, Florencio (coord.). *Psicología social y sistema penal*. Alianza Editorial. págs. 209-228.

⁸ LONDOÑO Berrío, Hernando; SOTOMAYOR Acosta. Juan Oberto (1990). *El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?* En: *Nuevo Foro Penal* número 49. Editorial Temis. Bogotá. pág.317

“familia”, el Estado interviene penalmente pero con una finalidad supuestamente protectora frente al menor.

No obstante, esa función protectora se desdibuja cuando el menor es privado de su libertad, con el argumento de que resulta lo más adecuado y mejor para él, puesto que se encuentra en un entorno de pobreza o “insolvencia moral” que se debe proteger con el encierro. De esta manera, y a partir de estos planteamientos, la práctica de la justicia penal de menores convierte el sistema de responsabilidad penal juvenil en un mecanismo más de selectividad y discriminación, pues al fin de cuentas el ingreso al sistema lo determina la pertenencia del sujeto a una familia desestructurada, lo cual suele predicarse, principalmente, de los sectores sociales más pobres y marginados.

Esta ideología resulta a todas luces cuestionable: por un lado, por cuanto reproduce la idea de que la criminalidad juvenil es un problema casi exclusivo de las personas pertenecientes a los estratos sociales más bajos, con lo cual se construye el estereotipo del delincuente juvenil a partir de las características de los jóvenes de estratos bajos. Así mismo, reproduce las desigualdades sociales, por cuanto el ingreso del joven en el ámbito de la justicia penal juvenil aumenta su exclusión social, al tiempo que la estructura social se mantiene inmune como factor que de alguna manera explica la existencia de la criminalidad de los jóvenes.

Como si fuera poco, dado que el problema supuestamente está en la desadaptación social del joven o en su entorno familiar y no en la sociedad, las medidas que se proponen como solución se dirigen de forma exclusiva a él, pero sin renunciar a un contenido represivo que se ve notoriamente potencializado por el hecho de no existir en el ámbito de la justicia penal juvenil un sistema de garantías semejante al del derecho penal de adultos.

2. La responsabilidad penal del menor

Según el modelo constitucional, “el sistema de derecho penal tiene como una de sus misiones principales la de delimitar las fronteras entre el derecho y la arbitrariedad. Por ello también se convierte en sistema de garantías y sólo en tal sentido encuentra justificación.”⁹

No obstante, en la legislación anterior el menor quedaba por fuera de este sistema de garantías penales, o al menos de un importante número de ellas, a pesar de que para dicho Código los derechos de los niños prevalecían sobre los derechos de los demás (artículo 44). En efecto, se consideraba al menor de dieciocho (18) años inimputable para todos los efectos penales, pero esta inimputabilidad por minoría de edad no implicaba necesariamente la exclusión de la sanción, ya que de todas maneras el menor de 18 y mayor de 12 años podía ser sometido a otras sanciones penales, diferentes de la pena prevista para los adultos, pero sanciones al fin y al cabo.¹⁰

⁹ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. cit.* pág. 250

¹⁰ El carácter sancionatorio de las medidas aplicables a los sujetos catalogados como inimputables, bien por trastorno mental o inmadurez psicológica, o bien por minoría de edad, ha sido destacado por

La primera dificultad que enfrentaba la anterior legislación tenía que ver con la consideración misma del menor como inimputable, pues entendida ésta como un juicio de “incapacidad” de comprensión, no sólo resulta negada por la realidad sino, además, convertida en un mecanismo de descalificación existencial del sujeto,¹¹ por lo que se termina desconociendo el carácter de persona del menor, pues ello es tanto como desconocer la existencia de un ser autónomo dotado de derechos y obligaciones, lo cual lleva a que el menor sea visto y tratado como un ser dependiente del Estado al que hay que proteger.

Como si fuera poco, el anterior Código del Menor tenía un carácter eminentemente pedagógico y de protección. No es otra cosa, sin embargo, que el fin asignado a una medida de carácter penal, la cual no hace más que legitimar medidas como el encierro “tutelar”, mediante el que se dice estar protegiendo al menor al privarlo de la libertad, pero con la considerable desventaja de que no goza de los mismos derechos que los adultos al momento de ser acusado de infringir la ley penal.

Los artículos 166, 167 y 169 establecieron la edad para juzgamiento del menor infractor entre los doce (12) y dieciocho (18) años, señalando que los jueces de menores o promiscuos de familia conocerían en única instancia de las infracciones de la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años, con lo cual se produce una flagrante violación de la garantía de la doble instancia.

Asimismo, el artículo 166 disponía que -durante el proceso- el menor podía estar asistido por el defensor de familia o por su apoderado “si lo tuviese”, situación que refleja una flagrante violación al artículo 29 de la Constitución Política que afirma que todos tenemos derecho a un debido proceso, lo cual significa también derecho a la defensa y por consiguiente a un abogado, bien sea escogido por uno mismo o nombrado de oficio.

Pese a esta clara exigencia constitucional, el Código del Menor siguió aplicándose una vez expedida la Constitución de 1991 por fuera del marco constitucional, pues en la práctica al menor se le imponían medidas sin que hubiera un abogado que lo representara y garantizara su derecho a la defensa, bajo el entendido de que dicha función podía cumplirla el defensor de familia. Todo ello pese a que el artículo 164 del mismo estatuto expresamente establecía: “igual que todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión.”

SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. cit.* págs. 162 a 170. En igual sentido, AGUDELO Betancur, Nódier (1984). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Editorial Temis. Bogotá. págs. 47-49.

¹¹ Al respecto, en un sentido crítico, BUSTOS Ramírez, Juan (1992). *La imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Editorial Temis. Bogotá. págs. 88 y 89.

En consecuencia, conforme al Código de 1989, el sistema de responsabilidad penal del menor podría resumirse de la siguiente manera:¹²

En primer lugar, los jóvenes de 12 años deben considerarse inimputables en cuanto exentos de pena. De la misma manera, también deben ser considerados como sujetos carentes de responsabilidad penal, ya que para ellos no se prevé sanción penal alguna. Estos menores podrán quedar sometidos a medidas de carácter administrativo, siempre y cuando sean declarados en “situación de abandono o de peligro”, caso en el cual la medida administrativa no encuentra fundamento en la comisión de un delito sino en la existencia de una “situación de abandono o de peligro” del menor (la que de todas formas deberá comprobarse siempre en cada caso concreto), de la que, a lo sumo, la comisión del delito podrá entenderse como indicio.

Por su parte, si bien los mayores de 12 y menores de 18 años también se encuentran exentos de pena, y en tal sentido deben ser igualmente considerados como inimputables, a diferencia de los menores de 12 años sí son penalmente responsables de los hechos delictivos que realicen, pues son sancionados. Lo que sucede es que, dada su condición de menores y por fundadas razones, incluso de rango constitucional,¹³ son merecedores de una respuesta penal diversa, adecuada a su edad; de ahí que no se les impongan las sanciones previstas en el Código Penal sino las establecidas en el Código del Menor.

3. El juzgamiento

El artículo 209 establecía que “será obligatoria la ubicación del menor en una institución de carácter cerrado, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas; 2. Por reiterada comisión de infracciones penales y 3. Por incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta.”

Aún cuando desde el punto de vista teórico las garantías procesales tienen plena vigencia para el inimputable, y por lo tanto la imposición de las medidas acabadas de mencionar presupone el efectivo cumplimiento de las exigencias constitucionales vinculadas al debido proceso, lo cierto del caso es que en el anterior Código del Menor se veía claramente reflejada una disminución de estas garantías a la hora de los procesos frente a los menores, debido a la informalidad que históricamente ha caracterizado a los sistemas de control de los menores.¹⁴

En primer término, la ley no limitó la imposición de las medidas privativas de la libertad, las cuales podrían entonces imponerse en cualquier caso, de manera independiente a la gravedad del delito. Así mismo, respecto al tiempo máximo de condena de privación de la libertad, sólo a modo de restricción consagró en el

¹² Al respecto, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1998). *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor?: un falso dilema*. En: *Estudios de Derecho*, número 130. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

¹³ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. Cit.* págs. 258-260

¹⁴ Al respecto, *Ibidem.* págs. 274-277.

artículo 217 lo siguiente: “si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, ésta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que éste cumpla veintiún (21) años. En ningún caso podrá cumplirse estas medidas en sitios destinados a infractores mayores de edad.”

De otra parte, se estableció un procedimiento en el cual las funciones de investigación y juzgamiento se encontraban en cabeza del mismo funcionario (juez de menores), en claro detrimento del principio acusatorio y de la imparcialidad del juez (artículos 178 a 202). En igual sentido, se aludió ya a las deficiencias de la legislación de 1989 en materia de derecho de defensa, toda vez que, en algunas ocasiones, el estatuto del menor se refería al abogado defensor del menor “si lo tuviere” o “si lo hubiere” (artículos 185, 191 y 199), como si el derecho de defensa fuera algo facultativo y no una exigencia de rango constitucional.

Según el artículo 184: “Los menores deberán ser puestos a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de la aprehensión”; y aunque este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-019 de 1993, lo hizo bajo el entendido de que se interprete y aplique en el sentido de que el menor deberá ser puesto a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, siempre y cuando ese término no exceda las 36 horas establecidas en la Constitución Política en su artículo 28 como plazo máximo de retención para cualquier persona.

Como se indicó antes, se desconocía también la garantía de la doble instancia (artículo 167), la cual sólo fue admitida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-019 de 1993 para aquellos eventos en los cuales la medida fuera privativa de la libertad, en razón de que la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho del niño a impugnar la imposición de medidas privativas de la libertad.

C. El sistema de responsabilidad penal juvenil en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

1. La doctrina de la protección integral como fundamento de la nueva legislación: las exigencias del derecho internacional

En los últimos años se ha generado una profunda crisis del sistema de justicia penal en Colombia, que ha conllevado a diferentes reformas penales.¹⁵ Una de las más importantes ha sido precisamente la del Código de la Infancia y la Adolescencia, mediante la cual se pretendió actualizar la legislación de menores conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en nuestro país mediante la Ley 12 de 1991. Y ello fue así por cuanto ya en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional colombiana había tenido la oportunidad de señalar la existencia

¹⁵ Al respecto, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O (coord.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo-Buenos Aires-Madrid, BdeF-Edisofer. págs. 75-118.

de compromisos internacionales que de alguna manera debían conducir a una reforma de la legislación existente, con el fin de ponerla a tono con los estándares internacionales sobre la materia.¹⁶

2. El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

Como primera y más importante referencia a los derechos de los niños, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra la propia Constitución Política de 1991, que consagró la protección especial de los niños al disponer en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

La Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se establece el Código de la Infancia y la Adolescencia, entró a regular la responsabilidad penal de los niños y adolescentes tratando de adecuarse a las exigencias del derecho internacional antes referidas. Dicho Código entró a regir el 1 de enero de 2007, si bien está prevista su implementación de manera gradual en la totalidad del territorio nacional, hasta el 31 de diciembre de 2009.

Como han puesto de presente algunos autores, este Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

Constituye un buen ejemplo de las contradicciones y vaivenes de la política legislativa penal en Colombia, pues a diferencia de las leyes más recientes, en términos generales puede decirse que satisface en buen grado las demandas de mayores garantías en el ámbito de responsabilidad penal juvenil, no obstante su severidad en materia de privación de libertad, las dudas sobre el tratamiento de los menores vinculados al conflicto armado y de los rasgos de populismo punitivo apreciables en los casos de delitos contra menores (artículos 199 y 200). Ello no deja de llamar la atención, por cuanto el Código fue tramitado en medio de una serie de leyes claramente orientadas al endurecimiento punitivo (leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007 por citar sólo dos ejemplos).¹⁷

Asimismo, no parecen superados aún los estereotipos sociales que tienden a identificar la delincuencia juvenil con la figura del sicario,¹⁸ que se ha concretado en

¹⁶ En efecto, desde la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972 y finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

¹⁷ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Op. Cit.* p. 96.

¹⁸ En lo que han contribuido enormemente los medios de comunicación y cierta literatura callejera.

el cuestionamiento de la edad de responsabilidad penal juvenil y las permanentes propuestas de bajarla a los 18, 16 ó 14 años, o de volver al caduco criterio del discernimiento.¹⁹

De la propia exposición de motivos se desprende que el Código de la Infancia y la Adolescencia pretende, como ya se indicara, actualizar la legislación sobre la materia conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño que Colombia había aprobado años atrás (Ley 12 de 1991), después de varios intentos fallidos.

Este compromiso internacional, y sobre todo el hecho de que el proyecto hubiese sido el producto de un trabajo colectivo durante varios años de importantes organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, reunidas bajo la “Alianza por la Niñez Colombiana”,²⁰ hizo posible la aprobación de una legislación que en términos generales satisface los estándares internacionales sobre la materia, no obstante el complicado trámite en el Congreso de la República, que implicó algunas modificaciones sustanciales, sobre todo en lo atinente a la regulación de las medidas privativas de la libertad (artículo 187).

En el marco de la denominada doctrina de la protección integral (artículo 7), se pueden mencionar como rasgos relevantes en el tema de la responsabilidad penal para adolescentes, los siguientes:

1. Están sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes las personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de realizar el hecho, aumentando de esta manera la edad de los doce (12) años prevista en la legislación anterior (que por cierto se mantenía en el proyecto original presentado a la Cámara). En consecuencia, se excluye cualquier tipo de responsabilidad penal a los menores de catorce (14) años que cometieren un hecho previsto en la ley como punible (artículo 142), al que sólo le serán aplicables las correspondientes medidas de garantía y restablecimiento de derechos previstas en los artículos 51, 52 y 143. En tal caso no sobra aclarar que las medidas que pudieran imponérsele al niño no estarían fundadas en la comisión de un delito sino en la necesidad de restablecer los derechos del menor cuando se encuentren amenazados. Son, pues, medidas administrativas, muy diferentes a aquellas de carácter propiamente *penal* previstas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006.
2. En cuanto a las medidas imponibles al adolescente, se consagran como sanciones aplicables la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de

¹⁹ Véase los comentarios a algunas de estas propuestas en SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1998). Op. Cit. pp. 143 y ss.; GALLEGU García, Gloria María (1997). *Tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia*. En: *Jueces para la Democracia*, número. 29, Madrid, 1997. pp. 231 y ss

²⁰ De la cual, entre otras, formaron parte, la UNICEF, la Oficina contra la Droga y el delito de las Naciones Unidas, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, etc. Los antecedentes del proyecto de CIA son relatados de forma minuciosa en CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2005). Gaceta del Congreso número 551. Exposición de motivos. Imprenta Nacional. Bogotá, Imprenta Nacional. págs 25-26. Disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co>. Sobre estos aspectos, véase a SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). Op. Cit. págs. 96-97.

servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semi-cerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado (artículo 177). Una diferencia muy importante con el régimen anterior tiene que ver con los criterios para definir la aplicación de las medidas a imponer al joven, los cuales aparecen ahora claramente plasmados en el artículo 178, desapareciendo de esta forma la discrecionalidad que en esta materia caracterizaba la regulación anterior.

3. Otra novedad importante es la relacionada con la imposición de las medidas privativas de la libertad. Según el artículo 187, la privación de la libertad en centro de atención especializada sólo es aplicable, en principio, a las personas entre los dieciséis (16) y los dieciocho (18) años de edad, responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis (6) años de prisión”. No obstante, dicha medida podrá imponerse incluso a los sujetos de catorce (14) años en adelante, cuando su responsabilidad sea por homicidio doloso, secuestro o extorsión, evento en el cual la sanción tendrá una duración de dos (2) a ocho (8) años. Aunque según el mismo artículo, en cualquier caso una parte de la sanción privativa de la libertad “podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez.”

Esta norma sobre la privación de la libertad fue producto de un intenso debate en el Senado de la República, donde se modificó sustancialmente la mucho más razonable propuesta original;²¹ pese a su severidad, es sin embargo preferible a las propuestas de los ponentes en el Senado, que propugnaban la imposición a los adolescentes de dieciséis (16) años de las mismas penas previstas para los adultos, dejando un régimen diferenciado sólo en el cumplimiento de la misma.

La nueva previsión legal resulta en todo caso preferible a la muy cuestionable situación anterior a la que nos hemos referido antes, que obligaba a la imposición de medidas privativas de la libertad en aquellos eventos de entorno familiar desfavorable, con lo cual esta medida terminaba operando de manera casi exclusiva para los sectores más pobres y marginados de la sociedad. De igual manera, con la nueva reglamentación se superan también los criterios del Decreto 2737 de 1989 que imponía dicha medida en los eventos en los cuales el delito se hubiera cometido mediante violencia, con lo cual se podía imponer tanto en un caso de homicidio, como de lesiones personales, hurto calificado, constreñimiento ilegal y otros, cuando no todos estos delitos revisten la misma gravedad.²²

No obstante, resulta cuestionable el criterio finalmente adoptado en el Congreso de la República de hacer depender la privación de la libertad del mínimo de pena prevista para el delito en el Código Penal, pues podría dar lugar a problemas como

²¹ Según el párrafo del artículo 200 de la propuesta original, la privación de la libertad era imponible a los sujetos entre 15 y 18 años por la comisión de delitos graves y de especial gravedad (clasificación que también se hacía en la propuesta) y en ningún caso podría exceder los 5 años.

²² Así lo explica también DÍAZ CORTÉS. Lina Mariola (2008). *Modelos de reacción penal frente al menor infractor: análisis en el derecho positivo español y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis (en prensa). pág.11

el ya detectado respecto a la detención preventiva;²³ es decir, que comiencen a aumentarse las penas en el Código Penal atendiendo de forma exclusiva a sus efectos sobre la sanción en el sistema de responsabilidad penal juvenil, para lo cual, dadas las condiciones actuales, sólo serían necesarios un hecho debidamente dramatizado y un cubrimiento “adecuado” de los medios de comunicación. Además, el incremento generalizado de las penas mínimas que se ha producido, supone hoy por hoy un cuestionable incremento del número de supuestos en los cuales los menores se pueden ver privados de la libertad, pues podrían serlo hasta por falso testimonio.

Vale comentar, igualmente, la contradicción que supone el tope de privación de libertad de los ocho (8) años previsto para los casos de homicidio, secuestro y extorsión, teniendo en cuenta que según el parágrafo del mismo artículo 187, la medida sólo podrá extenderse hasta el cumplimiento de los veintiún (21) años de edad por parte del sujeto; pero como la responsabilidad penal juvenil sólo empieza a los catorce (14) años, significa entonces que la privación de libertad no podría en la práctica superar los siete (7) años.

4. Las mejores y más importantes novedades del Código de la Infancia y la Adolescencia se encuentran en el ámbito procesal, pues se regulan de forma detallada las garantías procesales en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes (artículos 151 a 162), bajo el entendido de que los derechos del adolescente acusado de cometer o participar en un delito “son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004” (artículo 151). Adicionalmente, se establecen saludables medidas adicionales como la exclusión de los acuerdos entre defensa y fiscalía, no juzgamiento en ausencia, separación de los adultos en la ejecución de las sanciones, la creación de salas especiales de asuntos penales para adolescentes en los tribunales superiores, entre otras. De esta manera se supera la situación anterior, en la que al menor acusado de cometer un delito veía conculcadas sus más elementales garantías procesales, comenzando por el derecho de defensa, tal como se señaló con anterioridad.

Entre los aspectos procesales cabe destacar, en primer término, la limitación del internamiento preventivo, previsto en el artículo 181 sólo para tres casos específicos: “1. Riesgo favorable de que el adolescente evadirá el proceso. 2. Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas. 3. Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad.”

Siguiendo con las nuevas normas del Código encontramos que se consagra la doble instancia como principio y garantía en el juzgamiento de los adolescentes, la cual se surtirá ante las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integran las salas de asuntos penales para adolescentes.

Otro aspecto que fue resuelto por la nueva ley es el relativo al tiempo de aprehensión de los adolescentes sospechosos de haber participado en una actividad delictiva, los cuales deben ser puestos a disposición del juez o autoridad competente

²³ SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Op. Cit.* págs. 97-103.

dentro de las 36 horas siguientes, y allí se dispondrá la legalidad o no de la detención, así como las medidas provisionales o la liberación del menor.

También se prohíbe el juzgamiento de menores en su ausencia como lo establece el artículo 158, que consagra la prohibición de juzgamiento en ausencia.

De esta manera, la Ley 1098 de 2006 resolvió de forma favorable a los derechos del niño y del adolescente, muchos aspectos que dejaban mucho que desear en la regulación anterior. Tales cambios se explican, en lo fundamental, por el cambio de perspectiva que supuso dejar de mirar al joven como un individuo “inmaduro” o “incapaz”, y por consiguiente merecedor más de la compasión estatal que de la tutela de sus derechos. La doctrina de la protección integral que sustenta la nueva legislación supuso pues, en este sentido, un cambio que va mucho más allá del cambio de las palabras: se trata de entender que el adolescente es un sujeto de derechos y que, en consecuencia, cualquier intervención que lo involucre requiere necesariamente, para que sea legítima, de la satisfacción de las garantías que el Estado de Derecho y el modelo constitucional adoptado consagran para todas las personas.

Ello, por supuesto, indica al mismo tiempo que el adolescente es un sujeto también con deberes para con la sociedad y el Estado, por cuyo cumplimiento (o no cumplimiento) debe responder. Se trata, por consiguiente, de una ruptura con el discurso paternalista-represivo propio de la llamada “doctrina de la situación irregular” o “ideología tutelar”, que al mismo tiempo que entendía al niño y al adolescente como objeto de la compasión estatal, lo sometía a un sistema de medidas que poco o nada se diferenciaba del sistema punitivo previsto para los adultos; con la desventaja para los menores de edad que dicho sistema de medidas no se encontraba sometido a los controles del sistema penal de adultos.²⁴

El enfoque reconoce que también al joven competen ciertos deberes y en esa medida también a algunos de ellos debe considerárseles sujetos responsables, inclusive desde el punto de vista penal. De lo que no debe caber duda es que, por razones inclusive constitucionales, dicha responsabilidad debe ser necesariamente diferente a la de los adultos, dado que la sola condición de menor de edad coloca al sujeto en una situación de desigualdad manifiesta frente a las exigencias del sistema social en general.²⁵ De ahí la necesidad de una respuesta penal *diferenciada*, que dé cuenta, por una parte, del menor grado de responsabilidad del adolescente; y, por otro, de la persona misma del joven, que en cuento tal no ha culminado aún su proceso de socialización y educación, frente al cual debería entonces actuarse con mucho cuidado para evitar, en la medida de lo posible, los efectos negativos de los procesos de criminalización.

En esta perspectiva, como se dijo, el Código de la Infancia y la Adolescencia supone un paso adelante. Sin embargo, siempre será necesario tener en cuenta que lo importante es que tales derechos y garantías del niño y el adolescente se realicen en la práctica, y para ello se requiere algo más que un cambio legislativo. Se

²⁴ Cfr. ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *Op. Cit.* págs. 209 y ss.

²⁵ En tal sentido, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. Cit.* págs. 258-260.

necesita una política criminal real orientada a la protección de niños y adolescentes, lo cual empieza necesariamente por una política social que haga realidad los derechos elementales de los niños: a la educación, a la alimentación, a la recreación, a la vivienda, etc.; en pocas palabras, a una vida digna.

Referencias Bibliográficas

ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*. En: CLEMENTE Díaz, Miguel (coord.); JIMÉNEZ Burillo, Florencio (coord.). *Psicología social y sistema penal*. Alianza Editorial. págs. 209-228.

AGUDELO Betancur, Nódier (1984). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Editorial Temis, Bogotá.

BUSTOS Ramírez, Juan (1992). *La imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Bases críticas de un derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá.

_____ (1994). *Imputabilidad y edad penal*. En: AAVV: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.

CANTARERO, Rocío (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (derecho penal y procesal de menores)*. Montecorvo, Madrid.

DÍAZ CORTÉS. Lina Mariola (2008). *Modelos de reacción penal frente al menor infractor: análisis en el derecho positivo español y colombiano*. Editorial Temis, Bogotá (en prensa).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (coords.) (2008). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. B de F./Edisofer. Madrid, Montevideo, Buenos Aires.

GALLEGO García. Gloria María (1997). *El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia*. En: *Jueces para la Democracia*, No. 29, Madrid.

GARCÍA Méndez, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis, Bogotá.

_____ (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Fontomara, México.

GONZÁLEZ Zorrilla, Carlos (1983). *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. En *Documentación Jurídica*, No. 37/40, Madrid.

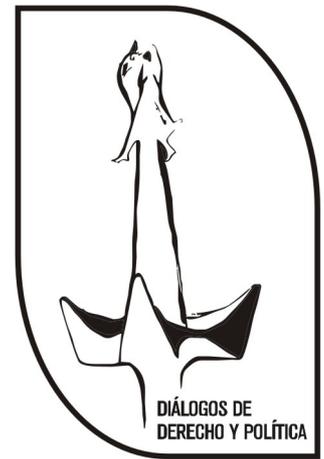
HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y el derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

LONDOÑO Berrío, Hernando; SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1990). *El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?* En: *Foro Penal*. Editorial Temis, Bogotá.

SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Editorial Temis, Bogotá.

_____ (1998). ¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor?: un falso dilema. En: *Estudios de Derecho*, No. 130. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín.

_____ (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O. (coords). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo-Buenos Aires-Madrid, BdeF-Edisofer. págs. 75-118.



Colisión de derechos fundamentales: una visión desde el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa

David Sierra Sorockinas

Estudiante, Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: sierrasorockinas@hotmail.com

Colisión de derechos fundamentales: una visión desde el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa*

Resumen

La construcción de este trabajo se inició con una pregunta: *¿De qué manera se puede resolver la contradicción entre dos derechos fundamentales teniendo como marco de referencia la teoría de la razón práctica para la decisión judicial y la jurisprudencia constitucional colombiana?* Para tratar de buscar una respuesta, se evalúa un caso concreto: la colisión entre el derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la libertad religiosa, en la situación aún más particular del rechazo a transfusiones de sangre por aquellas personas a las que la religión se lo prohíbe

Palabras clave: Derechos fundamentales, Corte Constitucional de Colombia, derecho a la vida, derecho a la libertad religiosa, ley de la ponderación, línea jurisprudencial, principio de proporcionalidad.

* Este artículo se basa en un trabajo presentado por Daniel Muñoz, Lucía Hernández, Daniel Giraldo y David Sierra, para la materia de Derecho Constitucional Colombiano.

Introducción

Uno de los temas de mayor trascendencia en los últimos tiempos en el *neoconstitucionalismo* es la tensión entre los derechos fundamentales y su aplicación en un caso concreto. Es por eso que se propone una pregunta que permitirá concretar el debate: ¿De qué manera se puede resolver la contradicción entre dos derechos fundamentales, teniendo como marco de referencia la teoría de la razón práctica para la decisión judicial y la jurisprudencia Constitucional colombiana? Para tratar de buscar una respuesta, se afronta desde un caso concreto: la colisión entre el derecho fundamental a la vida y el derecho fundamental a la libertad religiosa en la situación aún más particular del rechazo a transfusiones de sangre por aquellas personas a las que su religión se lo prohíbe.

1. Nota preliminar

Como presupuesto para tratar el tema de *colisión de derechos fundamentales*, resulta conveniente y necesario dedicar algún comentario a dilucidar la manera como tales derechos se han entendido en el nuevo constitucionalismo colombiano; es decir, a partir de la promulgación del Estatuto Fundamental de 1991.¹

Según la Corte Constitucional (Criterio tradicional), la fundamentalidad de los derechos puede establecerse en dos sentidos: en primer lugar, un derecho fundamental puede ser aquel que en caso de verse vulnerado cuenta con la posibilidad de ser socorrido por el mecanismo ultra eficaz de la acción de tutela,² y, en segundo lugar,³ un derecho fundamental puede ser aquel cuya regulación forzosamente deberá seguir la vía estatutaria⁴. Sin embargo, el concepto actual dentro de dicha Corporación, radica en entender a los derechos fundamentales como derechos de “aplicación directa”, es decir que pueden ser invocados judicialmente sin necesidad de enunciación expresa del legislador, por lo tanto, no existe para ellos debate político en el que se discuta su contenido esencial.⁵ Finalmente vale citar lo que recoge la Corte Constitucional en la sentencia T-227 del 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett: “La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha

¹ Ver CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis, primera edición. Bogotá.

² Básicamente se pueden resaltar las sentencias de la Corte Constitucional más importantes sobre este tema: sentencias T-002 y T-406 de 1992 y T-227 de 2003.

³ Sobre este acápite, la sentencia C-252 de 1994 resalta los puntos más relevantes.

⁴ “(...) se trata de una ley dotada de *status* privilegiado y rango superior a las demás leyes, en cuanto su objeto es desarrollar una institución constitucional en la cual se pone en juego el modelo político mismo informador de la Carta. Son leyes destinadas a completar la obra del Constituyente en ciertas áreas particularmente estratégicas en la definición del régimen político. Su jerarquía –condicionante de la validez de otras leyes– consiste en que su aprobación requiere de un trámite más complejo y exigente que la ley común y la ley orgánica”. En: CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1998). *Constitución Política de Colombia comentada por la comisión colombiana de juristas. Título VI: De la Rama Legislativa*. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá. pág. 176.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Sentencia SU-225 de 1998*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata⁶ y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona”.⁷

1.1. Derecho fundamental a la libertad religiosa

Nuestro Estado, basado en lo anterior, otorga a cada individuo la posibilidad de escoger la religión que más se acomode con sus opiniones. Esta libertad religiosa es un derecho que tiene todo colombiano por el hecho de nacer y optará desde su crianza los fundamentos religiosos, morales y éticos que guiarán su vida en una sociedad en la que sus demás miembros pueden discernir u objetar sus creencias.

El derecho a la libertad de cultos es aquel que nos permite, ante el estado y ante los miembros de una sociedad, dentro de los límites establecidos, desarrollar plenamente todos los aspectos relacionados con la religión. Dichas libertades están estipuladas en la Constitución colombiana:

1.2. Derecho fundamental a la vida

La vida de una planta es un mero hecho biológico, sin ulteriores consecuencias éticas. En cambio, la vida del ser humano es un hecho biológico, pero también es algo diferente y mucho más importante: un hecho que es protegido por normas jurídicas. En otros términos: “El hecho de la vida constituye el título del derecho a la vida”.⁸ La razón de ello es que si bien nuestra vida es un hecho (dimensión biológica del hombre), tal hecho trasciende la ineludible fatalidad para insertarse en el reino de la libertad (dimensión ética de la persona).

En consonancia con lo que se viene comentando cabe agregar lo siguiente: Una persona que es privada del derecho a la vida, es también desposeída automáticamente de todos los demás derechos. Dice María Rosa García Vilaedell:

La innegable trascendencia de éste, ha llevado a algunos autores a sostener incluso su carácter de derecho absoluto, de tal modo que todos los demás derechos deberían subordinarse a él y ceder ante un conflicto con el mismo. Sin embargo, no hay derechos absolutos y ni tan siquiera el de la vida lo es.⁹

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL (1998). *Ibidem*. En otras oportunidades, la Corte ha señalado que ciertos derechos se trasmutan en subjetivos y, por lo mismo, en fundamentales. Ver, por ejemplo, Sentencia SU-819 de 1999.

⁷ Sentencias T-001 de 1992, T-462 de 1992, T-1306 de 2000.

⁸ RECASENS Siches, Luis (1991). *Tratado general de filosofía del derecho*. Editorial Porrúa, México, 1991. pág. 559.

⁹ GARCÍA Vilaedell, María Rosa (1998). *Libertad de conciencia y derecho a la vida: conflicto de derechos*. En: Estudios de Derecho, Año LX –Segunda Época–, volumen LVII, número 130. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. pág. 226. De igual forma, hay que resaltar que para otros doctrinantes el primer derecho fundamental es el de la dignidad humana. Claro está que considerar a los derechos fundamentales como prevalentes unos sobre otros, parte de la postura filosófica deontológica jurídica seguida por Habermas. Al respecto aconsejo ver el capítulo 5 sobre la ponderación de la obra del profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, en donde aborda el tema de la ponderación desde un aspecto filosófico y las discusiones que se dan en ese entorno. Ver ARANGO Rivadeneira, Rodolfo (2008). *Los*

2. Reglas, principios y normas

Si se desea entender de forma clara y concisa el conflicto que puede desatarse cuando colisionan principios y reglas, o bien, cuando el choque es entre uno y otro. Se hace necesario entender la magnitud o el campo de incidencia que tiene cada uno en el caso concreto, es por esto que se vuelve indispensable para el análisis, el reconocimiento de estos conceptos, sus dimensiones y la relación que mantienen entre sí.

2.1. Visión desde Alexy

Tanto los principios como las reglas son “normas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales”,¹⁰ no regulan por sí mismos su aplicación; deben complementarse con una teoría de argumentación jurídica, que diga cómo es posible una decisión racionalmente fundamentada. Estas semejanzas han sido respaldadas por muchos pensadores, como es el caso de Ronald Dworkin y Robert Alexy, dos de los grandes exponentes de la interacción entre principios y reglas.

Para comenzar, definiremos principios y reglas por separado, y nos detendremos en la situación que se da cuando varios concurren en el mismo caso, o cuando no se conoce exactamente cuál debe ser utilizado, en el caso concreto:

1. Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno; solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Son determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente; por ello lo importante no es los grados en los que se puede actuar. Ellas garantizan “las exigencias de seguridad jurídica, de determinación y de claridad en el sistema de derechos, permiten reconocer qué comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos”.¹¹ Son un conjunto de normas en las que se expresa el “deber ser real”.

Las reglas iusfundamentales no toleran restricciones en su contra, ya que se encuentran incorporadas de modo expreso en la constitución política y son aplicadas por subsunción, es decir, la conducta debe estar supeditada al supuesto de hecho de la regla pertinente, imputándose la consecuencia prevista por esta.¹²

2. Los principios son: “una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión

derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz. Editorial Norma. Bogotá págs. 122–128.

¹⁰ BERNAL Pulido, Carlos (2003). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. pág. 570.

¹¹ *Ibidem.* pág. 577

¹² *Ibidem.* pág. 574

correcta”,¹³ ordenan que se realice algo en relación con las medidas jurídicas y fácticas, en la mayor medida posible. Son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, que forman un conjunto de normas en las que se expresa el “deber ser ideal” de cada disposición de derecho fundamental. Ahora, un deber ser ideal es aquel “que no presupone que lo que debe ser sea posible fáctica y jurídicamente en toda su dimensión; sino que exige un cumplimiento lo más extendida o aproximadamente posible”.¹⁴

Las normas iusfundamentales de principios no tienen validez definitiva sino *prima facie*, lo que significa que no pueden aplicarse por subsunción; sino por ley de ponderación, que formula el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, el cual se sigue lógicamente del carácter principal de las normas; es decir, una teoría de los principios conduce a estructuras de argumentación. De toda aplicación del principio de proporcionalidad siempre resulta una regla. La categorización de una norma como regla o principio dependiendo de la manera como vayan a ser aplicadas y de la forma como hayan de resolverse las colisiones en las que se vean implicadas, es la que va a llevarnos a delimitar el campo de aplicación de un principio o de una regla.

2.2. Visión desde Dworkin

El jurfilósofo norteamericano Ronald Dworkin sostiene que el ordenamiento jurídico no solo está conformado por reglas; sino también por principios; cuando el juez se enfrenta a tomar una decisión enteramente discrecional, la decisión debe provenir de una aplicación rigurosa de los principios jurídicos, además asegura que “existe una única respuesta correcta para cada caso”;¹⁵ lo que lo lleva a estudiar dos criterios de diferenciación:

1. Desde una perspectiva lógica, esto es, desde la solución que ofrecen, las reglas son para la solución de un caso determinado aplicables por completo o inaplicables en lo absoluto; a diferencia de los principios, los cuales no manejan la misma estructura: supuesto de hecho=consecuencia jurídica, no especifican cuando y como deben ser aplicados, ni si deben o no ser aplicados, menos las consecuencias jurídicas de su aplicación. Lo que significa que los principios aún cuando su aplicación va acorde con el caso no determina necesariamente la decisión; solo proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión mientras que si la regla es válida, entonces se aceptan las consecuencias jurídicas; si no lo es, no se tiene en cuenta para la decisión, (lo que denomina todo o nada).

¹³ DWORKIN, Ronald (1980). *¿Es el derecho un sistema de normas?* En: *La filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México. pág 89.

¹⁴ GUNTHER, Klaus (1998). En: BERNAL Pulido, Carlos (2003). Op. cit.

¹⁵ ALEXY, Robert (1998). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: Revista Doxa número 5. pág. 139.

2. Desde el punto de vista del peso específico, “los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: dimensión, peso específico o importancia”.¹⁶ En la colisión de principios el juez toma una decisión no significando esto la subordinación de un principio a otro, sino simplemente un juicio que determinará el sentido de la decisión; mientras con las reglas el supuesto de hecho previsto sí tiene lugar en la realidad, se aplicará y excluirá así la aplicación de cualquier otra regla del sistema. Los principios tienen una dimensión de peso que las reglas no, si colisionan dos principios, “se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor”.¹⁷

En conclusión, para Dworkin la distinción entre reglas y principios radica en que: si solo se exige una determinada medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de una regla; si se exige en mayor medida el cumplimiento, se trata de un principio. Las normas más concretas serían reglas y las más generales serían principios.

2.3. Situaciones de choque

En contra del primer criterio de distinción de Dworkin, Alexy plantea que tanto los principios como las reglas se aplicarán de forma: todo o nada, no habría diferencia ni carácter lógico entre ellos. Y con respecto al segundo sostiene que las reglas son normas que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible” solo pueden ser cumplidas o no. Los principios se definen como “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diversos grados.¹⁸ Con lo anterior, Alexy entra en una contradicción ya que el último criterio de distinción es de carácter lógico y no solo una diferencia de grado, que fue la crítica que le hizo a Dworkin con respecto a su primer criterio. Luego del estudio acerca de las diferencias y semejanzas entre principios y reglas, se ubicarán las múltiples situaciones que se presentan cuando colisionan dos o más reglas, dos o más principios o en su defecto una regla con un principio:

- Cuando se presenta un conflicto entre reglas y una no puede ser declarada inválida según los criterios de jerarquía, posterioridad y especialidad, solo puede solucionarse mediante la introducción de una de ellas en la cláusula de excepción (la regla ha de aplicarse siempre, a excepción de los casos que caigan bajo el supuesto de hecho prescrito por la regla, está última determinará la solución). No se habla de contradicción entre ellas, sino una tensión, ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”.¹⁹

¹⁶ BERNAL Pulido, Carlos (2003). Op. cit. pág. 571

¹⁷ ALEXY, Robert (1998). Op. cit. pág. 141.

¹⁸ BERNAL Pulido, Carlos. Op. cit. pág. 573.

¹⁹ ALEXY, Robert (1998). Op. cit. pág. 143

- Si el conflicto es entre principios, según Alexy “uno de los principios tiene que ceder ante el otro”;²⁰ pero sin declararse inválido. Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, es decir, el de mayor peso se impone, por un proceso llamado ponderación, del que surge una regla condicionada por las circunstancias del caso específico. La solución de conflictos entre principios no solo es significativa para el caso concreto, puede establecerse en razón de una decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos. Formulando una ley de colisión: “condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forma el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente”.²¹ Sin embargo, no se puede construir una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión porque existe la posibilidad de nuevas combinaciones de características en los casos.
- Cuando colisiona una regla con un principio debe detectarse en el sistema el principio en el que está sustentada la norma y resolver mediante el método de la ponderación posteriormente explicado en detalle.
- Con los principios constitucionales como los de la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social, se entienden incorporadas las formas principales del derecho racional de la modernidad. No son normas vagas, sino una tarea de optimización. En cuanto a la forma jurídica, al fondo son siempre de contenido moral. Si el conflicto es entre derechos fundamentales, o entre uno de estos y otro bien constitucional, “la norma que resuelve la colisión es la norma iusfundamental adscrita, que opera como premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia que resuelve el caso”.²²

3. Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Tres criterios para fallar

La racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad son criterios que nos sirven para darle una valoración con sentido a las normas jurídicas, analizando y estudiando detenidamente las disposiciones legislativas y constitucionales. Lo anterior se realiza con el fin de cimentar sus criterios, sus decisiones a la hora de adoptarlas en el control de constitucionalidad.

Bernal Pulido, en su libro presenta dos funciones principales de los criterios a los cuales se ha hecho referencia en este capítulo: “son criterios *orientadores* mediante los cuales la Corte Constitucional intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; son criterios *valorativos* mediante los cuales la

²⁰ ALEXY, Robert (1994). *Teoría de los derechos. “allgemeine lehre der grundrechte”*. München.C.H. Beck. Pág. 88.

²¹ ALEXY, Robert (1998). Op cit. pág. 147.

²² BERNAL PULIDO, Carlos (2003). Op cit. pág. 576.

comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la corte constitucional".²³

3.1. Criterios de racionalidad

Cuando hablamos de racionalidad en las decisiones de la Corte Constitucional hacemos referencia a las exigencias de las sentencias y las motivaciones que debe satisfacer para que sean racionales, en otras palabras, que sea un sucedáneo de la objetividad. La doctrina constitucional considera varios criterios de racionalidad,²⁴ la dificultad que plantean estos criterios es que propenden por un carácter ideal que los aleja de la misma racionalidad.

3.2. El principio de proporcionalidad

Este principio cumple una función muy importante en un ordenamiento jurídico. Ya que es el encargado de dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de poderes públicos que afectan los derechos fundamentales. Para que el principio de proporcionalidad sea legítimo debe estar fundamentado en tres reglas esenciales:

*Principio de idoneidad:*²⁵ cada vez que se usa el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales debe alcanzar un fin idóneo, constitucionalmente legítimo. En otras palabras, este principio se conoce como adecuación; por lo tanto es allí donde se debe buscar la relación de medio a fin.

Principio de necesidad: siempre debe satisfacer una necesidad más favorable para ese derecho fundamental objeto de análisis, ésta se escogerá de entre todas las posibles para alcanzar el objetivo perseguido.

Principio de proporcionalidad en sentido estricto: el derecho fundamental al cual se hace referencia la corte constitucional en ejercicio del test de proporcionalidad siempre debe tener un vínculo con la importancia del objetivo que se persigue; si este último no tiene esa relación con el derecho fundamental no tendrá validez jurídica.

3.3. El criterio de razonabilidad

Su uso está en manos de los jueces, los cuales, a través del criterio de razonabilidad fundamentan sus decisiones. Este es, posiblemente, el más polémico de los tres criterios analizados en este capítulo, esto se debe a que existen múltiples exposiciones que lo plantean de diferente manera.

²³ BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El Derecho de los Derechos*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá. págs. 62 y SS

²⁴ BERNAL Pulido hace una clasificación interesante de los criterios mayormente reconocidos por la doctrina, Ver: *Ibidem*. págs. 63–65.

²⁵ Antes del principio de idoneidad, hay que ubicar un fin o finalidad constitucional de igual rango que el Derecho Constitucional, por ejemplo, otro derecho constitucional, un deber fundamental, etc.

Razonabilidad como concepto subsidiario de la “estricta racionalidad”. Esta clase de razonabilidad, según Atienza, será estrictamente racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, si respeta los principios de práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad); si encuentra fundamento en una fuente jurídica y no debe estar fundada en criterios éticos o políticos. Estos criterios son muy similares a los de la racionalidad, sin embargo cuando en la racionalidad tenemos un caso difícil, sus criterios guiarían a una decisión no admitida por el derecho, es ahí cuando debe aceptarse una decisión razonable, y, para que esta se pueda dar, sólo necesita de la aceptación de la comunidad y que, al mismo tiempo, genere un equilibrio para el caso concreto.²⁶

Razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad. Para que una decisión sea razonable no puede ser arbitraria, ya que debe estar legitimada por una fuente jurídica. Así se prohíbe el abuso del poder público y se tiene en cuenta el individuo, creando así una decisión razonable. De lo anterior podemos deducir que todo acto que no este fundamentado en lo anterior, no será razonable y, por tanto, no será legítimo.

3.4. Relaciones entre racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad

Entre estos tres criterios existen relaciones, las cuales se estudiarán a continuación:

Racionalidad-razonabilidad (primer significado). Como lo dijimos anteriormente, la razonabilidad es en principio, una racionalidad en sentido estricto y su semejanza la pudimos ver en los pasos para su creación tan semejantes entre sí. Cuando se quiere conseguir una decisión razonable que sea aceptada por la comunidad y que al mismo tiempo genere un equilibrio en el caso concreto deben aplicarse criterios de racionalidad, puesto que estos ayudan a identificar qué se necesita para que la comunidad acepte la decisión.

Otra semejanza se basa en la idea de que los dos criterios buscan establecer un equilibrio, además, toda decisión racional intenta ser razonable.

Proporcionalidad-razonabilidad (segundo significado). Su semejanza radica en el principio de idoneidad de la proporcionalidad, ya que para alcanzar este fin es necesario que exista, que sea jurídicamente relevante y con base en el segundo significado de la razonabilidad pueda ser considerado como una razón que justifica el acto. Es prácticamente decir que el fin justifique los medios.²⁷

Racionalidad-proporcionalidad. Para la toma de una decisión de constitucionalidad los criterios de la racionalidad cumplen la función de reglas procesales y así poder realizar los principios de proporcionalidad. Los criterios de racionalidad orientan en el examen de la ley para verificar si esta es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Podemos ver por ejemplo cómo

²⁶ ATIENZA, Manuel (1989). *Para una razonable definición de razonable*. En: Revista española de Derecho Constitucional número 7. España.

²⁷ PERERA Carrasco (1984). *El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional*. En: Revista española de Derecho Constitucional número 11. España.

influyen los criterios de saturación y coherencia. La saturación nos permite examinar todos los argumentos interpretativos y normativos, mientras que la coherencia nos invita a considerar los precedentes. Los criterios de racionalidad regulan la argumentación jurídica que integra los principios de proporcionalidad.

4. La ponderación como mecanismo para la solución de choques de derechos

Quizás uno de los problemas que presentan las cortes en el mundo es que el derecho actual no está compuesto sólo por reglas (normas jurídicas en estricto sentido), sino que también tienen principios. El problema con estos principios es que no se les podía aplicar la regla general de subsunción que se le aplica a las reglas en general, no obstante gracias a los estudios de Ronald Dworkin y Robert Alexy, se pudo determinar que “los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.”²⁸

Sin embargo, se ha observado que entre los principios puede haber una colisión gracias a su redacción abstracta y muchas veces juegan en sentido contrario; para estos casos, se necesita de un método particular, *la ponderación*²⁹ o como también se le conoce el principio de proporcionalidad en sentido estricto.³⁰ En Palabras de Carlos Bernal Pulido: “La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución del caso”.³¹

4.1 Estructura de la ponderación

Para realizar este método se requiere de un orden, yendo de la mano de Alexy es necesario tener en cuenta tres elementos que hacen parte de la estructura de la ponderación: La ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación consiste en sopesar dos principios, mediante la regla “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³² Esto se corresponde con la definición de principios expuesta anteriormente, es decir,

²⁸ ALEXY, Robert (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pág. 95

²⁹ La palabra ponderación se deriva del latín *pondus* que significa peso.

³⁰ En la doctrina alemana también se le conoce como juicio de adecuación, por ejemplo los doctores P. Lerche y U. Meyer-Blaser utilizan la expresión en sus obras *Übermaß und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* respectivamente.

³¹ BERNAL Pulido, Carlos. Op cit. pág. 97

³² ALEXY, Robert (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. pág.161

“pone en manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”.³³

El peso relativo³⁴ de un principio en la ponderación depende del caso. Hay que ser muy enfáticos en el tema porque no se puede caer en el error de que los principios como tal tienen un peso ya definido,³⁵ pues éste solo depende de los casos específicos.

La fórmula del peso fue realizada por ALEXY y expuesta en el epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*. De acuerdo con esta fórmula, la manera para encontrar el peso concreto de un principio participante en la ponderación, puede reconstruirse analíticamente por medio de la siguiente ecuación:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC * GP_iA * SP_iC}{WP_jC * GP_jA * SP_jC}$$

Según esta fórmula, el peso concreto del principio P_i , en relación con el principio P_j , En una ponderación que se lleve a cabo en las circunstancias C , depende de la importancia del principio P_i en las circunstancias C (IP_iC), multiplicada por el peso abstracto del principio P_i en el sistema constitucional (GP_iA) y por el grado de seguridad de las premisas que con que la afectación de este principio pueda determinarse (SP_iC), todo esto dividido por la importancia concreta del principio P_j en las circunstancias del caso concreto (WP_jC), multiplicada por el peso abstracto del principio P_j en el sistema constitucional (GP_jA) y por el grado de su seguridad de las premisas que con que la afectación de este principio pueda determinarse (SP_jC).

A estas variables puede otorgarse un valor, según la escala triádica leve, media e intensa en términos exponenciales: leve= 2^0 media= 2^1 intensa= 2^2 , es decir, uno reemplaza estos números en las variables y da un número entero.³⁶

El tercer elemento son las cargas de la argumentación, “éstas operan cuando hay un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del

³³ BARRY (2003). *Argumentos Políticos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. pág. 7.

³⁴ “El peso que el derecho fundamental y el principio que sustenta la intervención legislativa tienen en la ponderación depende esencialmente de dos variables: 1. Peso abstracto. Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución mayor será su peso en la ponderación. 2. Peso concreto. Cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación”. En: BERNAL Pulido, Carlos (2003). Op. cit. pág.760.

³⁵ DWORKIN, Ronald, Op. cit. págs 84 y ss.

³⁶ ALEXY, Robert (2002). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. En: Revista española de Derecho Constitucional número 66. pág. 25. También se encuentra una explicación clara sobre este tema en BERNAL Pulido (2005). Op. cit. págs.101-102.

peso”.³⁷ Rigen dos cargas de la argumentación³⁸ que se sopesan para que dé un resultado, es decir, la construcción de una regla de precedencia condicionada, esto es, “una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el principio fundamental que fundamenta la restricción legislativa.”³⁹

4.2. Los límites de la ponderación

No obstante, la ponderación como un método humano no se escapa del subjetivismo, propio de las ciencias humanas a pesar de que Alexy lo mantenga recalcando, “es posible hacer juicios racionales”.⁴⁰ En primer lugar, no existe un criterio objetivo para establecer los factores que determinan el peso. En este punto hay que desmitificar a los positivistas, pues, como sabemos, esto depende más de un juego subjetivo que sólo se lo dará quien opere el caso, ya que dependiendo del operador le pondrá los valores. En otras palabras, se hace lo que el juez quiere llegar en palabras de Duncan Kennedy, a “la sentencia que quiere llegar”.⁴¹ En segundo lugar, se puede decir que la aplicación de las cargas depende de la postura del juez. Es decir, el “operador directo” de los casos es aquel que decide qué carga la gran mayoría de las veces por sus mismas convicciones ideológicas. Con lo anterior podemos decir que la ponderación no sólo es un procedimiento algorítmico, al que por si sólo se llegue a una respuesta correcta; por el contrario, dependiendo del operador podemos encontrar varias respuestas válidas en el derecho. Pero no podemos tampoco irnos al otro y desacreditar este método, porque como tal es de gran utilidad, con un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites.

5. Línea jurisprudencial: tratamientos médicos para las personas que se los impide la religión

5.1 Revisión del caso

Cabe resaltar, que el propósito de esta línea no es categorizar como “buena” o “mala” las creencias de un grupo religioso, mucho menos pretende cuestionar su fe, su doctrina o la interpretación que estos realizan; no se trata de poner en duda o de ratificar ideas implícitas o explícitas en sus prácticas, sólo se trata de mirar cómo sus planteamientos dan cuenta de un choque de derechos que deberían ser estudiados para evitar un atropello entre los principios

³⁷ BERNAL Pulido, Carlos (2005). Op. cit. págs. 102-103.

³⁸ “Carga de la argumentación a favor del derecho fundamental. Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. Carga de argumentación a favor de las relaciones de precedencia establecidas en casos anteriores. La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos. La inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla”. En: BERNAL Pulido, Carlos (2003). pág. 789.

³⁹ ALEXY, Robert (2003). Op. cit. págs. 90-91.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Epílogo*, Op. cit. pág 33 y ss.

⁴¹ KENNEDY, Duncan. *La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 47 (2006). Traducción por Juan F. González Bertomeu.

relacionados. Con ello, sólo se busca mostrar un poco de su cultura, de sus pensamientos. Conociendo que su abstención proviene de una creencia religiosa nos adentramos en el tema, única y exclusivamente para entenderlo, no para cuestionarlo.

La Corte Constitucional, máxima defensora de los derechos fundamentales de los colombianos en uso de sus facultades determinadas en la Carta de 1991, sienta su posición frente al problema suscitado por las personas religiosas (en especial los Testigos de Jehová) que en virtud de profesar su fe, impiden que se les practiquen transfusiones sanguíneas u otros tratamientos médicos aún a costa de su propia vida.

Tal situación enfrenta los derechos fundamentales de la libertad religiosa y de cultos (artículo 19 y en concordancia con el artículo 18 de C.N.) contra el derecho fundamental a la vida (artículos 11 y 44 de la C.N.).

Frente al tema citado la Corte Constitucional ha fallado -en relación al rechazo de transfusiones de sangre u otros tratamientos médicos-; sentando una jurisprudencia que apunta a garantizar para casos futuros el libre desarrollo de su autonomía, teniendo en cuenta que no se atente contra la vida humana.

La jurisprudencia ya ratificada de la Corte Constitucional sienta el precedente respecto al caso en las últimas sentencias:

5.2 Hechos

5.2.1 Primera Sentencia

En la sentencia T-411 de 1994, la novena sala de revisión de la Corte Constitucional confirma la sentencia de procedencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Caldon. En la cual se tuteló el derecho a la vida y a la salud de una menor.

El Juzgado, se pronunció de la siguiente manera: resolvió tutelar el derecho a la vida y a la salud de la menor, y en consecuencia ordenó a sus padres que la pusieran a disposición del Hospital “con el fin de que pueda recibir atención médica calificada.”

Respecto al caso correspondiente, la Corte Constitucional reconoce que el derecho a la expresión de la libertad religiosa está limitado por el orden público y el bien común.

“Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior. Por lo demás es de la esencia de las religiones en general, y en particular de la cristiana, el propender por la vida, la salud corporal y la integridad física del ser humano; por ello no deja de resultar paradójico que sus fieles invoquen sus creencias espirituales,

como ocurre en este caso, para impedir la oportuna intervención de la ciencia en procura de la salud de una hija menor. No existe pues principio de razón suficiente que pueda colocar a un determinado credo religioso en oposición a derechos tan fundamentales para un individuo como son la vida y la salud.”⁴²

5.2.2. Segunda Sentencia

Acorde con el lineamiento la Corte se expresa por medio de la sentencia T-474 de 1996 evaluada por la sala octavaba de revisión, en la cual se revisa una tutela interpuesta en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga.

Resuelve, confirmar, el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, Santander, a través del cual negó por improcedente la acción de tutela contra los particulares demandados y en cambio la concedió contra el Instituto de los Seguros Sociales de esa ciudad, entidad a la que ordenó proseguir con el tratamiento al menor, de acuerdo con el consentimiento que para el efecto dieron los padres.

El Juzgado ordenó: rechazar por improcedente la acción de tutela, ya que no encajaba la acción de tutela contra particulares de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no obstante, ordenó al Instituto de Seguros Sociales continuar con el tratamiento médico proporcionado al menor, según la autorización de sus padres.

En dicho caso la corte se expresó de la siguiente manera:

si en cumplimiento de tales preceptos (*la libertad religiosa*) pretende adoptar decisiones que ponen en peligro su propia vida, como es rehusar un tratamiento médico que en opinión de los especialistas es esencial dada la gravedad de su estado, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho fundamental a la vida sin el cual no sería posible la realización de los demás derechos que consagra la Carta Política.⁴³

5.2.3. Tercera Sentencia

Finalmente, concluye esta línea la sentencia T-659 de 2002, en la cual la sala Novena de revisión de la Corte Constitucional decide revocar la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Familia de Pereira que rechazó la tutela interpuesta. En su lugar, se niega por carencia actual de objeto, ya que al momento que llegó la tutela a la Corte, la Señora a la cual se le había tutelado ya había fallecido.

A pesar de las consideraciones anteriores la Corte decide manifestarse con el fin de que se cree un precedente:

La demandada era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y,

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-411 de 1994*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-474 de 1996*. M.P. Fabio Morón Díaz. Las cursivas fuera del texto.

según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.⁴⁴

5.3. Explicación de la línea

Es difícil sacar una sub-regla, que es a lo que se pretende llegar mediante el precedente judicial, porque como se enmarcó anteriormente, esta línea es caótica y ello dificulta saber con exactitud cuál era la voluntad de la Corte en conjunto. Sin embargo, se puede llegar a pensar que la Corte llegaría a tener una postura más liberal, ya que las tendencias políticas, económicas y sociales así lo demuestran, ya que impulsan la autonomía del individuo, encerrándolo en una esfera impenetrable muchas veces para el mismo Estado.

También podemos decir que la línea no sigue un curso definido. Por el objeto de estudio de las primeras sentencias (T-411 de 1994 y T-474 de 1996), ya que en éstas, lo que se discutía ponía en juego la vida de un menor de edad, y como sabemos, en la gran mayoría de legislaciones del mundo priman los derechos de los menores de edad⁴⁵, no obstante, es rescatable que en ambas sentencias se resalta el valor de la vida sin conectarlo necesariamente con los de los niños, es decir que se le da a la vida el valor de *derecho fundamental absoluto*, del cual parten los demás derechos. Además también se hace referencia que este derecho (la vida), no tiene límites y que por el contrario las libertades sí tienen unos límites y que estos no son sólo cuando se daña a otra persona, sino que también pueden verificarse cuando se dañe la misma vida humana, propia o ajena.

Los lineamientos de la Corte frente este tema han mostrado dos posturas diferentes. La primera de ellas conservadora, que trata de mantener el orden y donde el estado es el encargado del orden público, no la visión del Estado absoluto propuesta por Hobbes, sino la de Carl Schmitt, quien decía que “el Estado debe estar por encima del derecho⁴⁶”, es decir, el estado debe terminar imponiendo su autoridad a las otras personas y una de las mejores formas es por medio de una sentencia en casación. No obstante, la sentencia T-659 de 2002, se sale de este presupuesto y explica que el Estado no puede intervenir en la autonomía de la persona y no puede obligarla a hacer algo que va en contra de su libertad, basándose en los lineamientos expuestos por Kant, con base en los cuales la autonomía del hombre no puede ser vulnerada por el Estado.⁴⁷

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-659 de 2002*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁵ En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política es clara en el artículo 44 inciso tercero, al señalar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”.

⁴⁶ DUVERGER, Maurice (1980). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Ariel, Barcelona. pág. 192.

⁴⁷ KANT, Emmanuel. Op. cit. pág. 46.

Más que la imposición de una conducta o actitud por el Estado, lo destacable de la última sentencia de la Corte, es que deja algunas dudas si sobre el valor de la vida, al decir que este ya no es un principio absoluto. Otro punto para recalcar es que las libertades están ganando mayor poder y se les está dando un valor muy alto de importancia, como medio de expresión de la autonomía humana.

Un punto que no hemos trabajado y es importante, es el valor subjetivo que se le puede dar a la sentencia T-659 de 2002, ya que como se expresó anteriormente, la tutela se quedó sin objeto de estudio por la muerte de la tutelada. En dicha sentencia la Corte no trabaja el tema tan detalladamente, primero porque no tenían la premura del tiempo, pues no se estaba dependiendo o defendiendo la vida de nadie con el fallo, y la segunda causal que va ligada a la anterior, es que el derecho fundamental a la vida no tenía todo el valor, pues en el caso en concreto cuando llegó a la sala novena de revisión, ya se había muerto la demandada, por lo tanto, no iba a tener una presión por medio del accionante a que le otorgara la importancia al derecho a la vida. Claro está, valga la salvedad, que no por eso la sentencia dejó de ser válida o no tiene seriedad, pero ¿cómo hubiera sido resuelto el caso se la demandada no hubiera fallecido?

El mayor problema que reviste la Corte en esta línea es que lo que se están discutiendo dos derechos fundamentales, y tiene como uno de los órganos supremos de justicia, velar por que dichos derechos no sean vulnerados a las personas. Es en este punto donde tiene importancia de la línea porque se está dejando precedente sobre un choque directo de derechos fundamentales, y que de dicho encuentro se sacarán valiosas conclusiones que no se tratarán en este capítulo sino que serán retomadas en el siguiente.

Conclusiones

Es preciso dejar en claro que la inclinación por uno u otro derecho no es dogmática; es decir, que el derecho a la vida no puede colocarse por encima de la libertad religiosa en todos los casos que se puedan presentar, ni viceversa. En algunas ocasiones se otorga mayor peso al derecho a la vida, y habrá otras en las que la libertad religiosa debe salir victoriosa: todo dependerá de las particularidades del caso concreto.

Claro está que dentro del debate filosófico, existen dos posturas claras sobre los derechos fundamentales. De un lado, existe una concepción deóntica de los derechos fundamentales, es decir son expresados como normas y están por fuera de la apreciación de los jueces (Habermas).⁴⁸ De otro, se ubica la posición, de no hacer la diferenciación tajante entre principio y normas, en esta postura filosófica es donde es posible llevar a cabo la ponderación (Putnam, Halpin o Sen).⁴⁹

Luego del análisis hecho durante el desarrollo del tema y apoyados en Robert Alexy cabe señalar que el choque de derechos no puede ser mirado desde una

⁴⁸ ARANGO, Rodolfo. Op. cit. págs. 122-123.

⁴⁹ *Ibidem*.

óptica global; es decir, de forma que abarque cualquier situación; por el contrario, se hace necesario que exista especificidad a la hora de analizar el enfrentamiento de los derechos.

Cuando se presenta un choque entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa, lo que en realidad colisiona es la posibilidad que una persona tiene de seguir viviendo y la libertad de que dispone para darle un rumbo a esa misma vida. Con otras palabras y a modo de interrogación: ¿será más importante que una persona simplemente viva o que pueda vivir de acuerdo a los dictados de su conciencia? Porque como lo dicen muchos de los magistrados de la Corte Constitucional, el derecho a la vida no sólo es vivir sino vivir dignamente.

Evidentemente, nos vemos abogados a opinar sobre un problema que entraña un dilema ético de gran envergadura y, en consecuencia, no se puede dejar de sentir cierto temor por lo que de ello se derive. Pero, la posición adoptada parte del siguiente aserto fundamental: todos los seres humanos deben tener garantizada la innegable posibilidad de decidir, y para ello es preciso que puedan elegir, y para elegir es necesario que prefieran y para preferir es ineludible que sepan estimar o valorar. Desde el punto de vista de Recansés Siches: nadie debe ser privado de la estructura estimativa de su vida.

Cabe anotar que esas decisiones que toman las personas solo serán legítimas en la medida en que sus efectos no interfieran o no vulneren el ámbito de decisión de sus congéneres, es decir, de las otras personas. Además, hay algo que no puede perderse de vista: *que la diversidad es inevitable*, y pensamos que las opciones son diferentes porque atienden a distintos modos de vida, que merecen la pena, empleando las palabras del filósofo británico Isaiah Berlin. Tal consecuencia se deriva forzosamente del pluralismo que la Carta Política de 1991 ha decidido acoger. Aunque haya modos de vida que nos parezcan insoportables, estamos obligados a tolerarlos, no porque la naturaleza nos lo ordene sino porque nuestra Constitución así lo ha dispuesto.

En suma: dilucidamos que nadie, ni siquiera el Estado esta legítimamente autorizado para decidir si la vida de una persona debe continuar o no su curso, y, además, consideramos que cuando alguien decide dejar de vivir esgrimiendo como argumentos los dictados de su conciencia, podemos oponernos a él aduciendo demostraciones morales o teológicas, pero no nos esta permitido impedirselo jurídicamente, pues hay cosas sobre las cuales el individuo es el único apto para tomar decisiones.

Otro punto que nos pareció importante, es el problema del enfrentamiento de los derechos fundamentales cuando se encuentra en medio de éste un menor de edad; si bien es cierto que conocer la edad en la que una persona adquiere conciencia o capacidad para decidir se vuelve un reto para el operador jurídico, o para cualquiera que esté interesado, pues a pesar de que, ya ha sido establecido por el ordenamiento⁵⁰ una edad en la que el menor debe ser

⁵⁰ Para un análisis detenido del concepto de las mayorías de edad, remítase al Código Civil Colombiano, artículo 34: sobre las edades y su nombramiento (modificado por la Ley 27 de 1977) y al artículo 1504 sobre capacidad absoluta y relativa.

escuchado, fácticamente aún no se tienen las bases para asegurar a qué edad del niño se puede tener en cuenta su opinión acerca de sí mismo. Esto es de importancia porque en numerosas ocasiones la Corte se ha enfrentado al choque de derechos anteriormente mencionado donde los directamente implicados son menores de edad. Y ante esto hemos deducido que en dichos casos prima la protección del derecho a la vida, convirtiéndolo en el principio más fundamental y celosamente protegido; es decir magnificándolo al punto de volverlo absoluto.

Si la Corte en su afán de hacer justicia debe ceñirse a lo establecido fáctica y jurídicamente, como debe fallar en los casos en los que un menor tenga la capacidad para decidir (fácticamente capaz); pero el Sistema lo declara inhabilitado (jurídicamente incapaz), es un problema que se ha venido presentando en el mundo del derecho y no se le ha tratado tal vez de una forma muy profunda; el tema de los impúberes, es un tópico muy complicado de abordar y que irradia a todo el sistema jurídico, pero sólo nos centraremos, en el conflicto de derechos fundamentales, basándonos en la sentencia T-474 de 1996, donde es un menor adulto el que está en medio del conflicto. Como ya se analizó anteriormente, el derecho que prima es el derecho a la vida, sin embargo, esto nos deja un interrogante ¿Los impúberes no están capacitados para tomar sus decisiones? O mejor aún ¿Cuál es la barrera infranqueable entre un joven de 18 años y uno de 17 años? Porque, como se vio en el capítulo anterior los mayores de edad están capacitados para tomar sus decisiones, ¿será que el derecho positivo todavía es el que rige muchas de las actuaciones dentro del nuevo constitucionalismo colombiano?

Por todo lo anterior, quedan un par de interrogantes abiertos que ayudaran al lector a cuestionarse e inmiscuirse en la situación anteriormente planteada: ¿Qué sentido tiene que sigamos viviendo sino podemos hacerlo como personas, es decir, de acuerdo con los dictados de nuestra conciencia? ¿Puede el derecho obligarnos a aceptar tal carga?

Referencias Bibliográficas

ALEXY, Robert (1998). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: Revista Doxa número 5.

_____ (2002). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. En: Revista Española de Derecho Constitucional, número 66.

_____ (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ALEXY, Robert (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ARANGO Rivadeneira, Rodolfo (2008). *Los derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz*. Editorial Norma, Bogotá.

ATIENZA, Manuel (1989). *Para Una Razonable Definición De Razonable*. Revista española de derecho constitucional nº 7. España.1989.

_____ (2006). *Fundamentos del rechazo a la transfusión de sanguínea por los Testigos de Jehová. Aspectos ético-legales y consideraciones anestésicas en su tratamiento*. En: Revista Española, Anestesiol, Reanim.

BERNAL Pulido, Carlos (2005). *El Derecho de los Derechos*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

_____ (2003). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CHINCHILLA Herrera, Tulio Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis, primera edición. Bogotá.

_____ (1998) *“Constitución Política de Colombia comentada por la comisión colombiana de juristas. Título VI: De la rama legislativa”*. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-002 de 1992*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ *Sentencia T-406 de 1992*. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____ *Sentencia T-452 de 1992*. M.P. Fabio Morón Díaz.

_____ *Sentencia T-430 de 1993*. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____ Sentencia T-067 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____ Sentencia T-411 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____ Sentencia T 465 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández.

_____ Sentencia T-200 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____ Sentencia T-474 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

_____ Sentencia C-616 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____ Sentencia SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ Sentencia C-088 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.

_____ Sentencia C-479 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica.

_____ Sentencia T-662 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ Sentencia T-659 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

_____ Sentencia T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____ Sentencia T-227 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

_____ Sentencia C-1175 de 2004. M.P. Humberto Sierra Porto.

DUVERGER, Maurice (1980). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Editorial Ariel, Barcelona.

DWORKIN, Ronald (1980). *¿Es el derecho un sistema de normas?* En: La filosofía del derecho. Fondo de Cultura Económica, México.

GARCÍA Vilardell, María Rosa (1998). *Libertad de conciencia y derecho a la vida: conflicto de derechos*. En: Estudios de Derecho, Año LX—segunda época—

, Volumen LVII. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

KANT, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Crítica de la razón práctica, La paz perpetua*. Editorial Porrúa. México, 2004.

KENNEDY, Duncan (2006). *La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies*. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 47. Traducción por Juan F. González Bertomeu.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2002). *El derecho de los jueces*. Editorial Legis, Bogotá.

MADRID-Malo Garizábal, Mario. *Sobre las libertades de conciencia y de religión*. Defensoría del Pueblo de Colombia. Bogotá, 1996.

MARTÍNEZ Marulanda, Diego. *Fundamentos para una introducción al derecho*. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, 2005.

PÁEZ LEAL, Sandra Yaneth (2003). *Consagración fundamental del derecho a la vida en la Carta Política de 1991*. En: Temas Socio-Jurídicos, Vol. XXI, número 45.

PERERA Carrasco (1984). *El Juicio de Razonabilidad en la Justicia Constitucional*. En: Revista Española de Derecho Constitucional número 11.

RECASÉNS Siches, Luis (1991). *Tratado general de filosofía del derecho*. Editorial Porrúa. México, 1991.

SMITH, Martin L. (1997). *Ethical perspectives on Jehovah's Witnesses' refusal of blood*, Cleveland Clinic Journal of Medicine, Volumen 64 número 9.

_____ (1999). *Transfusión de sangre y testigos de Jehová, un juego a tres bandas*. En: Trabajos de Hematología y Hemoterapia, volumen 44 número 5.

Cibergrafía

<http://www.methodisthealth.com//blood/transfuse.htm>

http://www.metareligion.com/Religiones_del_mundo/Cristianismo/Denominaciones/testigos_de_jehova.htm

<http://www.laprensahn.com/reportajes/0104/reli5.htm>

Leyes y Decretos

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial Leyer, vigésima segunda edición. Bogotá, 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Bogotá, Legis Editores S.A., 2005. Decimocuarta edición.

Declaración aprobada por Asociación Medica Mundial. Lisboa, 3 Octubre de 1981.

Decreto 2737 de 1989, Diario Oficial No. 39.080 del 27 de noviembre de 1989.

Decreto 1571 de 1993, Diario Oficial No. 40.989 del 12 de agosto de 1993.

Ley 74 de 1968, Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, diciembre 26.

Ley 16 de 1972, Convención Americana Sobre Derechos Humanos: "pacto de San José de Costa Rica", diciembre 30.

Ley 23 de 1981, Diario Oficial No. 35.711 del 27 de febrero de 1981.

Ley 133 de 1994. Diario Oficial No. 41.369, de 26 de mayo de 1994.