

# Política y Seguridad: la gestión de la vida y la muerte

Luis Antonio Ramírez Zuluaga

Candidato a Doctor en Filosofía, Universidad Michel de Montaigne, Burdeos.  
Docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Codirector de la revista *Euphorion*.

Correo electrónico: [luisimple@hotmail.com](mailto:luisimple@hotmail.com)

## Resumen

La vida ha pasado a ser objeto de la administración estatal (eso que Michel Foucault, en cierto sentido, ha denominado “biopolítica”), buscando intervenir de manera positiva en una población, para hacerla vivir; no obstante, en el envés de esa intención de hacer vivir, se gestiona además lo que se debe exterminar o abandonar a la muerte para que una población pueda vivir feliz y en paz. Se conforma entonces una doble continuidad que hace parte de una misma moneda: de un lado, la inclusión que lleva a la seguridad o a la tranquilidad, y del otro, la exclusión que lleva a la extinción. La política, con un nuevo discurso securitario (del que no es ajeno el Estado colombiano), se configura como la gestión, el juego de la vida y la muerte, convirtiéndose así en esa irreductible multiplicidad de instituciones, movimientos, grupos, individuos que luchan y rivalizan por la vida dentro de una agonía indefinida en la que hay unos que deben morir.

**Palabras clave:** Política; seguridad; “seguridad democrática”; contrainsurgencia.

## Política y Seguridad: la gestión de la vida y la muerte

### Divagaciones introductorias

Bajo el latente recuerdo del sufrimiento y la sangre esparcida sobre la tierra, se levanta la promesa del triunfo y la justicia, y el anhelo de que unos hombres alcancen, al fin, una vida en paz, una “vida verdadera”, ya sea sobre esta misma tierra o en el más allá; desde esa promesa y ese anhelo ha sido lícito el hecho de que algunos hombres hayan consentido ser dirigidos por otros o por alguien o algo en particular que ha oscilado entre lo mortal y lo inmortal. Pero hace ya algunos siglos un puñado de hombres, *una horda de rubios* (como diría un intempestivo bigotudo radicalmente aristocrático), con la ambición de tener por juego no sólo los límites de su raza y de sus naciones, sino además la humanidad, el mundo entero, la libertad y la vida misma, ha pretendido dirigir únicamente bajo el designio de lo mortal y dejar atrás el régimen de lo divino y la promesa de la vida en el más allá. Eso ha tomado tiempo, y también tierras –con la magnanimidad de cierto imperialismo humanista–, pues si inicialmente había que abandonar cualquier fundamento divino, todavía ha sido necesario socavar los privilegios de la sangre, la posesión y la invasión (aunque estos dos últimos no hayan perdido aún su vigencia en muchos lados); pero incluso ha sido mucha más ardua la labor destinada a erigir y consolidar los nuevos saberes y técnicas que habrán de servir de instrumento para dirigir la vida de los hombres aquí en la tierra, con sus fenómenos naturales y específicos como el nacimiento, el medio, el clima, la enfermedad, e incluso la muerte en tanto límite de la vida. Surge entonces la comprensión de la política como saber o ciencia sobre el nuevo objeto a dirigir (la población con los fenómenos concomitantes a su medio y su vida), y poco a poco –o incluso, en algunos casos, de manera fulminante– la figura del gobernante rey se va desvirtuando o eliminando para ser remplazada por aquella del estadista: la persona versada en la dirección de asuntos de carácter público, el especialista en estadística, aquél que conoce la aritmética, los datos que informan acerca de la situación de la población que dirige y que gracias a ello podrá potenciar la vida de ésta, garantizando y protegiendo su tranquilidad y su felicidad aquí en la tierra.

En ese nuevo panorama se supone que la figura misma del gobernante tendería a pasar a un segundo plano, en tanto que lo determinante son ya los modos o técnicas para asegurar la vida de la población, y es esa población (conformada ya como “sociedad civil” o simplemente como “sociedad”) la que tendrá ya el derecho de exigir al gobierno que cumpla una función que rebasa el solo fuero del príncipe, la función de responder a las necesidades y a los peligros que amenazan la vida del cuerpo social. Y esas amenazas ya no implicarán solamente los peligros que vendrían de afuera (la sangre derramada por la invasión o la guerra con otras naciones), sino además los múltiples peligros que existen incluso a nivel interno y

cotidiano, y que ponen en riesgo la vida del colectivo: hambrunas, epidemias, desempleo, accidentalidad, etc.

Como se puede notar, el espectro de los riesgos que amenazan la vida antes que disminuir, aumenta; y si en un momento la garantía y protección de la vida ha consistido en el derecho que se reivindica ante el amparo de un gobierno benefactor que debe cubrir asuntos generales para la vida como la salud y la educación, en una segunda instancia el acucioso aumento de todas esas cosas, pequeñas, múltiples, casi infinitas, que amenazan la vida, hará de ello un asunto ampliamente especulativo y muy aprovechable económicamente, pues si un gobierno ya no es capaz de cubrir todo eso, “necesariamente” tendrá que delegarlo a un intermediario que unas veces será mixto, público-privado, y otras completamente privado; he ahí toda esa cantidad de agencias y empresas que se ocupan de asegurar o proteger la vida hasta en el más ínfimo de los detalles: como el vidrio de la ventana que ha roto la onda explosiva de un atentado o el tubo que se ha roto y ha inundado la cocina. Y henos aquí, en la era empresarial de los riesgos, época en la que se tratan de cubrir todos los pormenores que amenazan la vida de un indefenso hombre ciudadano que ha venido a refugiarse en un conjunto cerrado, en un edificio, en un apartamento, en un cuarto.

### **“Proteger la vida”**

La insigne empresa de asegurar la vida no ha derivado en un asunto meramente particular o individual, aún conserva su supuesto carácter general: el de proteger la vida, *la vida de todos y de cada uno*. No obstante, esa pretensión cuasi universal de salvaguardar la vida debe ser contextualizada y actualizada. La gestión que se debe establecer para proteger y asegurar la vida varía de acuerdo a los fenómenos específicos y a las características propias a una población, cuestiones que tienen que ver con los diferentes factores del medio en que ella vive: clima, tipos de enfermedades, determinados problemas de natalidad o mortalidad, e incluso el *medio social* en que ella se ha “desarrollado”. Por ejemplo, en el caso de Colombia se sabe que uno de los grandes factores que amenazan la vida es el conflicto social, la violencia endémica de la cual las explicaciones pueden variar, pero que en términos generales se ha llegado a considerar que ella se ha naturalizado, se ha vuelto “normal” entre nosotros. Y es por ello que una de las funciones que han legitimado, desde hace ya varias décadas, las políticas y las acciones gubernamentales, es la de responder o solucionar ese grave problema que amenaza la vida de quienes viven en este territorio. En ese sentido, por ejemplo, el actual gobierno se ha empeñado desde sus inicios en desplegar una política, la “política de defensa y seguridad democrática”, que tiene virtualmente como pilar de funcionamiento “la protección de la población”.

Claro que la política de seguridad democrática no es comprendida solamente desde la protección que presta el Estado a la población, ella tiene además como

elemento primordial (y que es lo que supuestamente la ha hecho más eficaz) la “participación activa”, la “cooperación solidaria” y el compromiso de toda la población. Este elemento es justamente uno de los “tres pilares” de la Seguridad Democrática. Los tres pilares son: 1. la protección de los derechos de todos los ciudadanos, 2. la protección de los valores, la pluralidad y las instituciones Democráticas, y 3. *La solidaridad y la cooperación de toda la ciudadanía en defensa de los valores democráticos*. Este último pilar –“el apoyo de la población”– ha sido fundamental, y es que además aplica la concepción “democrática” de la política de defensa y seguridad, pues el funcionamiento del Estado depende de “la participación activa y el compromiso solidario de los ciudadanos” (idea de “Estado Comunitario”<sup>1</sup>). El eslogan que brota aquí es: “todos podemos contribuir a la seguridad de todos”.

La seguridad se convierte así en el paroxismo de una sociedad (sociedad de la peste de la seguridad), en la cual ésta permea todo, se acepta por todos lados, se convive con ella, se colabora con ella. Colombia ha sido el laboratorio de una “zona especial de seguridad”. La seguridad se ha *naturalizado* mediante un consentimiento que opera bajo la frase machacona de la autoridad y la institucionalidad que busca “proteger a la población”. La seguridad se convierte además en un verdadero elemento de cohesión (y de coerción) al cual debe sumirse la política y el derecho. Bajo el pretexto de proteger a la población, la seguridad democrática encuentra y se otorga los medios para intervenir a nivel político, a nivel legal y extralegal, a nivel territorial y extraterritorial, pero también a nivel de los comportamientos, articulándose al cotidiano de la nación y al paradigma de una tendencia internacional en la cual la seguridad se ha vuelto un asunto, una apuesta, primordial y general.

Y es que uno podría considerar que es apenas “normal” que una población solicite, consienta y apoye la implementación de una política que supuestamente busca proteger y asegurar su vida; no obstante, de ello se desprende algo que resulta paradójico y que se puede expresar con la siguiente interrogación que hace Foucault: “¿Cómo puede dejar morir ese poder que tiene el objetivo esencial de hacer vivir?” (Foucault, 2000, p. 230).<sup>2</sup> Y para el caso de Colombia, uno puede

---

<sup>1</sup> Desde cuando el actual presidente de Colombia era gobernador de Antioquia, esa forma de “Estado Comunitario” se manifestaba con la organización de “la comunidad en asociaciones de seguridad, porque mientras no haya integración van a seguir avanzando los violentos” (palabras de Álvaro Uribe cuando era gobernador de Antioquia). Había que armar entonces a la población, crear una milicia civil que trabajara en coordinación con las Fuerzas Armadas (informantes o delatores), unas empresas de seguridad para el campo: las Convivir, panacea de la seguridad y la tranquilidad públicas.

<sup>2</sup> En el caso específico del racismo subyacente al régimen nazi, Michel Foucault encuentra la siguiente lógica: “el racismo, justamente, pone en funcionamiento, en juego, esta relación de tipo guerrero –‘si quieres vivir, es preciso que el otro muera’– de una manera que es completamente novedosa y decididamente compatible con el ejercicio del biopoder. Por una parte, en efecto, el racismo permitirá establecer, entre mi vida y la muerte del otro, una relación que no es militar y

preguntarse entonces: ¿cómo es posible que un poder político que dice actuar bajo la vocación de hacer vivir, mate, reclame la muerte, la demande, haga matar, dé la orden de hacerlo, exponga a la muerte no sólo a sus enemigos más directos, sino además a un amplio margen de la población?, ¿cómo es posible que en un ordenamiento social que supuestamente busca la protección de la vida de todos sus integrantes, el poder se ejerza bajo la actividad del asesinato, del derecho a matar? Y aquí la otra pregunta que se hace evidente es ¿de qué peligro o amenaza se debe proteger a la población colombiana? Y al respecto el documento base de la “política de defensa y seguridad democrática”, dice de manera muy explícita: para protegerla “de la amenaza y la arbitrariedad de *las organizaciones armadas ilegales*” (Política de Defensa y Seguridad Democrática”, Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, 2003, párrafo 9, p. 14). Para este gobierno son esas fuerzas ilegales, y en particular las organizaciones insurgentes, las que han minado o socavado la gobernabilidad democrática en Colombia, sometiendo “la población a un régimen de intimidación, violencia y terror”. Es pues claro que la política que busca asegurar la vida en este territorio es una estrategia eminentemente antisubversiva; y pese a que el documento en cuestión diga de manera explícita que el propósito de la seguridad democrática para fortalecer el Estado de Derecho es “la protección de todos y cada uno de los habitantes de Colombia, como dispone la Constitución Política”, se podrá entrever que la población de la que se habla específicamente, aquella que se busca proteger, es la amenazada, intimidada, extorsionada por las fuerzas armadas ilegales.

Ahora bien ¿cómo explicar aún el hecho de que la seguridad democrática pueda ser aceptada por “todos”? Si la política de seguridad democrática ha tenido la intención de cubrir la mayor parte de la población (e incluso toda, según lo manifiesta) mediante ciertas medidas institucionales,<sup>3</sup> de todos modos ha habido algunas comunidades que no se reconocen en ella, pues es evidente que esa política protege un sector de la población del que no hacen parte ciertas capas populares como indios y campesinos.<sup>4</sup> Hay que reconocer que el dispositivo de

---

guerrera de enfrentamiento sino de tipo biológico: ‘cuanto más tiendan a desaparecer las especies inferiores, mayor cantidad de individuos anormales serán eliminados, menos degenerados habrá con respecto a la especie y yo –no como individuo sino como especie– más viviré, más fuerte y vigoroso seré y más podré proliferar’. La muerte del otro no es simplemente mi vida, considerada como mi seguridad personal; la muerte del otro, la muerte de la mala raza, de la raza inferior (o del degenerado o el anormal), es lo que va a hacer que la vida en general sea más sana; más sana y más pura” (Foucault, 2000, p. 230-231).

<sup>3</sup> Además de la creación de una red de informantes y de las ofertas de motivación económica y judicial a los delatores, se han elaborado otras medidas como: el aumento significativo del número de los miembros de las Fuerzas Armadas; el despliegue de fuerzas de seguridad a lo largo de varias de las carreteras del país para proteger la circulación intermunicipal; la creación de puestos permanentes de Policía en las regiones donde no había ya presencia del Estado; el reclutamiento y el despliegue de tropas de “soldados campesinos” en diferentes regiones; etc.

<sup>4</sup> En este sentido, es necesario señalar que, notablemente en el sur del país (sobre todo en el Departamento del Cauca), varias comunidades indígenas han creado sus propias “fuerzas de seguridad” para defenderse de las olas de violencia de los grupos armados (incluyendo la del

seguridad democrática ha logrado arraigarse en un “importante” grupo de la población, no sólo en los denominados “grandes propietarios”, sino también en aquellos pequeños y medianos propietarios que aspiran a engrosar las filas de este “país de propietarios”;<sup>5</sup> y claro, ni los unos ni los otros quieren ver amenazado lo que poca, mediana o ampliamente han adquirido. La estabilidad que busca el régimen actual de la seguridad democrática se basa en un modelo que produce seguridad a quienes tienen dinero para invertir, y los que amenazan esa pretendida estabilidad no son sólo los grupos armados ilegales de la subversión, sino además los movimientos campesinos, indígenas, sindicales, etc. La promesa, el sueño y la existencia real de un “país de propietarios” e inversionistas es lo que ha puesto a proliferar un discurso y una política de seguridad a la que, no obstante, son reticentes ciertas capas populares que saben que este paroxismo securitario conforma y confirma un exclusivo tipo de población del cual ellas están excluidas, haciendo parte más bien de lo que se concibe como amenaza, y es justamente a causa de una política de seguridad que ellas viven en la inseguridad. Y si la exclusión puede llevar a la inclusión en el conflicto armado (como lo reconocen algunas instituciones, como el Municipio de Medellín), ella puede engranarse además en la continuidad que va de la exclusión a la muerte.

### **Administrar la muerte (la hipótesis de “el pez y el agua”)**

Es en la protección de propiedades, propietarios e inversionistas nacionales y extranjeros que se ha desplegado una de las más crueles máquinas de muerte que han existido en Colombia: el paramilitarismo. Ya es sabido que éste ha sido una estrategia gubernamental que se ha amparado, incluso, en lo jurídico.<sup>6</sup> No

---

Ejército nacional que los ha convertido también en un blanco a partir de esa estigmatización, ya oficializada, de que actúan bajo la influencia de la insurgencia armada). También es notable el esfuerzo de los campesinos de San José de Apartadó, quienes han creado lo que ellos denominan “comunidad de paz”, con el fin de tratar de delimitar una frontera virtual al interior de la cual no entrarían o actuarían los actores armados; hay que decir que pese a toda la dificultad que han debido sobrellevar estos campesinos para hacer respetar su decisión –pues ya han tenido que desplazarse y ya han sido blanco de los grupos armados–, ellos continúan resistiendo.

<sup>5</sup> Ésta es precisamente una de las líneas fundamentales del gobierno, que incluso ha generado toda una corriente política y que busca hacer de Colombia un “país de propietarios”: “*Sueño con un País democrático en lo político y en lo económico. Con oportunidades para todos. Con un País de propietarios (...)*”, ha dicho Uribe Vélez dentro de esos 100 puntos del “Manifiesto Democrático”, al cual se puede acceder en el sitio web [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/agosto/07/documen.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/agosto/07/documen.htm).

<sup>6</sup> Ver el artículo *El paramilitarismo en el corazón del terrorismo de Estado en Colombia*, de Hernando Calvo Ospina, que apareció en *Le Monde Diplomatique* y que es de libre acceso en el sitio internet: <http://www.rebellion.org/hemeroteca/plancolombia/030506calvo.htm>. Según Calvo Ospina, el primer decreto expedido en este sentido fue el 3398 de 1965, con el cual se pretendía organizar la defensa de la seguridad nacional y autorizaba el hecho de que algunos grupos de civiles se pudieran armar para contribuir al restablecimiento de la tranquilidad; ese decreto se convirtió luego, en 1968, en la ley 48 (conocida como Ley de Seguridad Nacional y que fue una de las bases legales de la lucha que ha llevado el paramilitarismo contra la insurgencia armada), ley que posteriormente, en 1989, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

obstante, hay que señalar que esta estrategia paramilitar implementada en Colombia no ha sido la única. Ella se asemeja a estrategias elaboradas en otros países de América Latina como El Salvador, México, Honduras, Guatemala, etc. Y detrás de tal semejanza está el hecho de que ella es una estrategia de los Estados Unidos, pues en uno de los manuales de contrainsurgencia que ellos mismos han elaborado, el paramilitarismo es definido así:

“Las fuerzas paramilitares están organizadas para proporcionar autodefensa popular. Operan en sus lugares de origen. Pueden ser de tiempo completo o de tiempo parcial, dependiendo de la situación. Combinan capacidades de infantería básica con técnicas policiales. Ayudan a las fuerzas del orden, incluyendo la búsqueda de la infraestructura de los insurgentes. También proporcionan defensa local contra las fuerzas de combate de los insurgentes. Junto con la policía, separan a los insurgentes del pueblo, evitando que aquellos puedan movilizar fuerzas y recursos. Las fuerzas armadas regulares son el escudo detrás de lo cual discurre el desarrollo político, social y económico. Su misión primaria es proteger a las fuerzas gubernamentales, policíacas y paramilitares ante las fuerzas de combate de los insurgentes” (Field Manual 100-20. *Stability and Support Operations*, Capítulo 6. Foreign Internal Conflicts, United States Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth, Kansas: 1997).

En la línea de esa estrategia antisubversiva cuasi-continental es de notar el particular modo en que distintos gobiernos colombianos (desde la década de los 60's) se han empeñado en amalgamar los grupos subversivos con la población civil de los diferentes movimientos sociales, señalando que, tras el conflicto armado con la insurgencia, la principal ventaja militar de ésta son los vínculos –en forma de complicidad u ocultamiento– que mantiene con esa población civil. Para nadie es un secreto que este ensañamiento es tributario de la “Doctrina de Seguridad Nacional”, concebida durante la Guerra Fría (años 60's) por los Estados Unidos y destinada a neutralizar toda posible propagación del comunismo soviético en América Latina; fue gracias a esa doctrina que se podía considerar a la población civil de un país como “enemigo interno”, como amenaza para la seguridad nacional.

En el marco de dicha Doctrina, han sido organismos como la CIA y la Escuela de las Américas los que han ayudado (entre otras muchas otras cosas) a la elaboración de manuales de contra-insurrección y a la formación de altos funcionarios militares de varios países de América Latina; dentro de ellos se encuentra Colombia, a la que le han ayudado a construir su estrategia antisubversiva desde la visita que hizo el Ejército estadounidense a nuestro país en febrero de 1962 en el marco de la

---

Sin embargo, en 1969 un reglamento de combate de contraguerrilla del Ejército autorizó “organizar en forma militar a la población civil (para que) apoye la ejecución de operaciones de combate (bajo) control directo de las unidades militares”. Calvo Ospina añade además que “en 1976 la revista de las Fuerzas Armadas N° 83 afirmaba que ‘Si una guerra limitada no convencional entraña demasiados riesgos, entonces las técnicas paramilitares pueden proveer una manera segura y útil que permita aplicar la fuerza a fin de lograr los fines políticos’”.

“Misión Yarbrough”. Dentro de los seis manuales contrainsurgentes (1962, 1963, 1969, 1979, 1982, 1987) de la Doctrina de Seguridad Nacional, se puede notar cómo se ha propendido por incluir a la población civil en los conflictos nacionales; los manuales de 1979 (p. 32, 59 y 159) y de 1987 (p. 35) argumentan explícitamente que “en la población civil se fundamenta la existencia de los grupos subversivos.”<sup>7</sup>

En Colombia, el General Landazábal Reyes (quien durante muchos años fue uno de los principales estrategas y teóricos militares en contrainsurgencia y quien fue jefe del Ejército en 1981, ministro de defensa entre 1982-1984 y quien fue posteriormente asesinado en 1998) llegó a emitir el siguiente enunciado: “Si la guerrilla se mueve entre el pueblo como el pez en el agua... [pues entonces] hay que quitarle el agua al pez”. Fue en pleno apogeo de estos principios contrainsurgentes del General Landazábal Reyes que surgió en Colombia el primer precedente de una política nacional de seguridad: el “Estatuto de Seguridad” planteado bajo el gobierno de Julio César Turbay Ayala y con el que se pretendía “defender las instituciones democráticas, hoy asediadas por serios peligros, y defender a los asociados de toda clase de asechanzas para lograr una patria donde se viva en paz, sin sobresaltos, con toda clase de seguridades para la vida y el trabajo.”<sup>8</sup> Fue este Estatuto el que abrió el camino a un debate sobre los alcances y facultades del Estado en materia de seguridad; pero además, fue también bajo la vigencia del “Estatuto de Seguridad” que se disparó la persecución y desaparición de integrantes de organizaciones sindicales, campesinas, estudiantiles, de defensores de derechos humanos, de partidos políticos de oposición, en fin, de las múltiples formas de protesta y organización social autónoma que pasaron a ser consideradas como un objetivo militar dentro de la lucha contrainsurgente. Y es incluso en el marco de esta lucha, que actualmente lleva el pomposo nombre de “guerra contra el terrorismo”, que los “falsos positivos” cometidos por la Fuerza Pública han representado una de las modalidades de punición ejercida en contra de esa amalgama de lo que “no merece vivir” y que entra en ese amplio espectro de lo que se ha catalogado como “enemigo interno”.

## Apostilla

La seguridad es un instrumento político, un mecanismo estratégico, y a la vez un indicador de los problemas que un gobierno se esfuerza en regular, neutralizar o erradicar; y si bien es cierto que en últimas esos problemas no se podrán resolver completamente, se tratará testarudamente de asimilarlos al conjunto, a la vez

---

<sup>7</sup> Ver el documento producido por el CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular) “*La doctrina contrainsurgente del Estado colombiano y la población civil*”, disponible en el sitio internet <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/casotipo/deuda/html/pdf/deuda01.pdf>.

<sup>8</sup> Palabras pronunciadas el 6 de septiembre de 1978 por el ministro de gobierno de la época, Germán Zea Hernández. Ver “*Del Estatuto de Seguridad a la Seguridad Democrática*”, en *El Espectador*, editorial del 7 de septiembre de 2008, p. 18-19.

diferenciado e indiferenciado, de los peligros que se deben aminorar para que “una población” (un tipo particular de población) pueda vivir en paz –eso sí, exponiendo a otros a la muerte–.

Hay pues una instrumentalización de la seguridad en la que se hacen visibles los medios y los procedimientos mediante los cuales una acción pública se empecina en orientar las relaciones entre el gobierno y la población (esa que entra en el marco de una gubernamentalidad posible), pero también las difíciles relaciones entre el gobierno (compuesto ya por sus sujetos administrables: la población) y los peligros que supuestamente debe enfrentar (esos peligros en los que, en el caso de Colombia, ya se han indiferenciado la insurgencia armada, las capas populares, “el terrorismo intelectual”, en fin, todo un basto espectro de “ingobernables”). Y si la seguridad puede ser la elección particular de las técnicas de intervención de un gobierno, hay que decir también que ella produce efectos específicos, efectos que no van únicamente en el sentido de la consolidación de una acción pública hacia el objeto gobernado, sino que comportan simultáneamente la fuerza y la acción propia a otra movilización en la que se levantan diferentes comunidades con sus condiciones y sus prácticas singulares, lo que para una figura centralizante o totalizante del poder queda aún como la excrecencia del espectro de lo ingobernable (tan ancestral como una “horda de primitivos”) y que acecha incluso al borde de la extinción.

## Referencias bibliográficas

Calvo Ospina, Hernando. *El paramilitarismo en el corazón del terrorismo de Estado en Colombia*. En:

<http://www.rebellion.org/hemeroteca/plancolombia/030506calvo.htm>.

Consultado en febrero de 2005.

Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP). *La doctrina contrainsurgente del Estado colombiano y la población civil*. En:

<http://www.nocheyniebla.org/files/u1/casotipo/deuda/html/pdf/deuda01.pdf>.

Consultado en febrero de 2010.

El Espectador. *Del Estatuto de Seguridad a la Seguridad Democrática*. En: El Espectador, editorial del 7 de septiembre de 2008, p. 18-19.

Foucault, M. *Defender la sociedad*, clase del 17 de marzo de 1976, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional. *Política de Defensa y Seguridad Democrática*. 2003, párrafo 9, p. 14.

Uribe Vélez, Álvaro. *Manifiesto Democrático, 100 puntos*. En:

[http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/documentos/agosto/07/documen.htm](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/documentos/agosto/07/documen.htm).

m. Consultado en febrero de 2010.



# La crítica en un entorno trampero

William Fredy Pérez Toro

Docente e investigador del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Candidato a Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: [william.perez@udea.edu.co](mailto:william.perez@udea.edu.co)

## Resumen

El artículo contiene una reflexión sobre la manera como, en las condiciones adecuadas, algunos dispositivos de vigilancia, persecución y castigo incrementan la inseguridad de muchas personas y grupos sociales. Con la historia reciente de las “recompensas por colaboración”, el texto trata de ejemplificar eso que denomina como “un entorno trampero” y el riesgo que “naturalmente” corren las actitudes críticas en una realidad como la colombiana.

**Palabras clave:** Seguridad; recompensas; crítica; conflicto colombiano.

## La crítica en un entorno trampero\*

No es fácil encontrar una definición de seguridad de la cual podamos sentirnos seguros; una que pueda sintetizar los fenómenos que observamos o que permita comunicar la descripción que tenemos en mente. No es fácil porque nuestra experiencia sobre las incertidumbres de la vida social choca constantemente contra la propia razón de ser del concepto, es decir, contra la idea según la cual la sociedad y sus componentes tienen lógicas descifrables, racionales y controlables. Pese a que en nuestros contactos y entornos sociales inmediatos no dejamos de encontrar procesos caóticos o eventos imprevisibles, o aunque “cada nueva vuelta de la tuerca del proceso de racionalización produce nuevas formas de irracionalidad”,<sup>1</sup> en el concepto mismo de seguridad late esa aspiración moderna de aprehender la sociedad a partir de modelos y totalidades o de racionalidades individuales explicables y, aún, predecibles. Por eso probablemente es difícil encontrar una definición satisfactoria.

No obstante esa dificultad, “la cosa” sigue ahí; no dejamos de ansiarla y la imaginamos conforme somos persuadidos de la existencia de riesgos e incertidumbres en grados, lugares y tiempos distintos. La “cosa”, en efecto, depende de múltiples factores y su relatividad acaso pueda ilustrarse citando una vieja crónica de Holman Morris. El periodista, después de haberse “infiltrado” como mendigo en un sector privilegiado de Bogotá, concluía: “(...) el parque de la 93, uno de los sectores más exclusivos, fue para mí durante esas tres horas el sitio más inseguro para la dignidad humana”.<sup>2</sup>

Aunque nos parezca entonces imposible reducir el universo de circunstancias que la rodean o aunque no encontremos una definición satisfactoria, es evidente que ella se localiza en el horizonte de las sociedades y que diariamente se producen insinuaciones al respecto: atribuciones, mediciones, investigaciones y decisiones, es decir, prácticas discursivas y discursos prácticos sobre la seguridad.

Y una insinuación es precisamente lo que se hace en este texto. Una insinuación sobre la seguridad específicamente en un ambiente con suficientes oportunidades para el hostigamiento, la vigilancia y persecución de sectores poblacionales compuestos por personas cuya simple actividad social o profesional los hace presa

---

\* Una versión inicial del texto fue leída el 23 de Febrero de 2010, en el foro “La academia y el ejercicio de la abogacía en contexto de conflicto armado”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Por la lectura del borrador del texto y por sus comentarios, el autor agradece a Julio González Zapata. Las observaciones del maestro Julio no impiden la aventura, todo lo contrario; pero permiten no perder de vista la responsabilidad que también ella implica.

<sup>1</sup> Max Weber. Citado por: Minor E. Salas. *Vade retro, fortuna –el azar- del mundo de las ciencias sociales (con especial énfasis en la ciencia jurídica)*. Doxa, 27, 2004. pág. 384

<sup>2</sup> Hollman Morris. *La noche que fui mendigo*. Soho, 25. Bogotá, 18 de diciembre de 2001. En línea: [http://www.soho.com.co/wf\\_InfoArticulo.aspx?IdArt=488](http://www.soho.com.co/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=488)

fácil de dispositivos diseñados para controlar o eliminar comportamientos *de riesgo* o para neutralizar extraordinarios enemigos del orden. Un ambiente al que aquí se denomina como “un entorno trampero”.

En el primer apartado de este ensayo se hacen algunas consideraciones generales sobre la cuestión de la seguridad; en el segundo, se da un repaso a uno de los dispositivos que constituyen aquel entorno y, en el tercero, aparecen algunos apuntes sobre la cuestión específica de “la crítica” como actividad propia de las comunidades universitarias –más que como un derecho– y sobre la incomodidad que ella genera en un contexto “securitario”.

## 1. Seguridad

Si para hacer una insinuación sobre la seguridad nos fijáramos en las agresiones que han padecido personas de nuestro más cercano entorno, agresiones efectivas y que no eran razonablemente previsibles, podría decirse que en muchos sentidos y en este territorio nuestro, la seguridad depende bastante del hecho de que alguien que quiere algo a como dé lugar no se fije en nosotros. Estar seguros, así, sería no ser escogidos, y sentirnos seguros, confiar en no ser seleccionados.

En efecto, en condiciones de una considerable desigualdad y de una suficiente precariedad institucional, al parecer la seguridad de muchas personas se encuentra librada al azar, la suerte, la chiripa y la confianza en la buena ventura. Esto lo saben bien las madres que apenas pueden encomendar la seguridad de sus hijos a la divina providencia, o las personas que han logrado diseñar por sí mismas técnicas para “no dar papaya” que sorprenderían a muchos especialistas en prevención situacional del delito. Y lo saben también los expertos en seguridad, así ese detalle no quepa –o no quieran que quepa– en sus diagnósticos y análisis globales.

La expresión “precariedad institucional” no quiere significar aquí algo como la ausencia de Estado o de aparatos de fuerza organizados con la finalidad declarada de proveer seguridad. De una parte, porque entre nosotros han pululado aparatos de ese tipo y, de la otra, porque una característica de las sociedades contemporáneas parece ser “la devolución gradual de una parte nada despreciable de la [responsabilidad por la seguridad pública] a los individuos; es decir, se espera que cada uno sea capaz de defender su persona y sus bienes”.<sup>3</sup> Lo que se quiere

---

<sup>3</sup> “Sólo así se explica el crecimiento espectacular que viene experimentando, particularmente en los últimos veinte años, la industria y el comercio de la seguridad (que sin embargo) ha contribuido a profundizar la fractura social entre unos sectores particularmente protegidos y otros que resultan cada vez más vulnerables a la violencia urbana”. Jaume Curbet. *La ciudad del miedo. Magazin Seguridad Sostenible*, 24, 30 de agosto de 2005. Igualmente, dice Garland: “(...) el Estado soberano pasado de moda puede

significar cuando se alude a la precariedad institucional es más bien al hecho de que en muchos sentidos ese mismo Estado o esos aparatos constituyen y han constituido fácilmente entre nosotros una fuente adicional de inseguridad.

Como se sabe, la inseguridad no es una especie de condición igualadora, ni todas las personas tienen la misma probabilidad de ser víctimas de cualquier agresión. La presencia de un riesgo más o menos generalizado no implica que todas las personas se encuentren en iguales condiciones de vulnerabilidad frente a cualquier tipo de amenazas. Hay evidentemente “protecciones” que pueden poner las libertades y la integridad de algunos grupos sociales y personas más o menos distantes de algunas agresiones, o que las pueden hacer más o menos inmunes a ellas. Por eso es que, por ejemplo, cualquier campesino colombiano se encuentra en riesgo de sufrir un desplazamiento forzado, o cualquier ciudadano podría ser perjudicado por el comercio de medicamentos adulterados, o cualquier joven podría llegar a padecer un abuso policial, pero es palpable que existen comunidades y personas con mayores factores de riesgo y ciertas condiciones sociales que hacen mucho más probable su victimización en el caso de prácticas como éstas.

“Cualquiera puede llegar a ser víctima de la inseguridad” es un dicho fácilmente aceptable, pero que oculta más de lo que dice y que, por supuesto, nada explica. De hecho, la popularidad de esa sentencia requiere de un adecuado silencio sobre las diferencias que existen entre grupos sociales y personas respecto de alguna o algunas de las manifestaciones de inseguridad, y sobre el hecho de que los factores de riesgo o los factores protectores, como las agresiones, no se distribuyen equitativamente en todos los grupos sociales. Precisamente la clave del éxito del concepto de “seguridad” es que se lo vacía muy fácilmente de este carácter político.<sup>4</sup> Por esto es que cuando la inseguridad es pública y adecuadamente invocada, nos percibimos rápidamente miembros de una y la misma comunidad, sin aspiraciones ni condiciones diferentes, amenazados todos por los mismos peligros y en la misma medida; expuestos por igual a tenebrosos agentes cuyas acciones no parecieran tener relación con nuestras propias racionalidades o con las formas de organización, distribución y funcionamiento de la sociedad. No es extraño entonces que una palabra con tales virtudes aparezca siempre en las campañas, programas y discursos de políticos y gobernantes.

“Cualquiera puede llegar a ser víctima de la inseguridad” es una afirmación admisible si con ella se quiere significar que resulta difícil predecir una agresión, pero es una afirmación engañosa en cuanto advertimos que existen factores de

---

proveer castigo pero no seguridad”. David Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa, 2005, p. 323

<sup>4</sup> Véase en términos similares las alusiones al “significado menos que político” que otorgamos al miedo, en: Corey Robin. *El miedo. Historia de una idea política*. México, Fondo de Cultura Política, 2004.

riesgo que *elevan la probabilidad* de que una tal agresión ocurra.<sup>5</sup> Aquello es contingente, pero sobre esto podemos tener alguna certeza; es decir que ningún resultado es *necesario* tratándose de comportamientos humanos, pero que podemos documentar las condiciones que rodean la vida de las personas, los contextos sociales y las configuraciones institucionales que hacen más o menos *probable* ese resultado.

Como se sospechará, determinar el tipo de riesgo, el grado de vulnerabilidad o los factores protectores presentes en cada caso, implicaría observar detenidamente episodios, lugares, comunidades, grupos sociales y contextos. Es lo que hacen muchas indagaciones victimológicas o lo que se cree que hacen los diagnósticos de las perspectivas gerenciales del crimen. Lo normal, sin embargo, es que en esos trabajos se preste ya muy poca o ninguna atención a los procesos directamente relacionados con la actuación institucional y a los dispositivos de vigilancia, persecución y castigo que propician la agresión de tantas personas. Ellos no se encuentran en cuestión allí, a menos que se trate precisamente de hacerlos más eficaces o de extender su utilización sobre viejas y nuevas “poblaciones amenazantes”. Esos enfoques se ocupan básicamente de los sujetos peligrosos, de su localización y entornos, y de la clasificación de los territorios y poblaciones a los cuales pertenecen; es decir, de poblaciones *de* riesgo para el orden social, económico y político, y no de poblaciones *en* riesgo de sufrir los embates de esos mismos órdenes.<sup>6</sup>

Este ensayo se interesa precisamente por las poblaciones *en* riesgo de ser agredidas por el sistema penal, debido a la existencia, entre otros factores, de un contexto social bastante conflictivo y de un entramado institucional que se hace crecientemente de dispositivos facilitadores de la infamia, el hostigamiento, la persecución o, lo que es lo mismo, la inseguridad. Así, de una parte, en un territorio que vive una o varias disputas armadas, repleto de paisajes y mensajes que insisten<sup>7</sup> en la omnipresencia del enemigo, en la patria acechada, en medios y

---

<sup>5</sup> “La expresión ‘factores de riesgo’ pretende indicar precisamente la ausencia de una relación causal mecánica determinista. Por ello la relevancia de los factores de riesgo (...) no queda desmentida porque en algunos casos se produzca violencia sin que ninguno de esos factores se encuentre presente, o porque no se produzca violencia a pesar de la existencia de un número de ellos”. Elena Larrauri. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª. Ed. México, Siglo veintiuno, 2009. pág. 247

<sup>6</sup> Con razón en las introducciones de ese tipo de trabajos se insiste en recordar la muerte (la “revaluación” se suele decir) de perspectivas como la reacción social, el etiquetamiento y la criminología crítica.

<sup>7</sup> No solo grandes teóricos de la propaganda se han referido a la insistencia en mensajes de ese talante. El Manual de Estilo de la Presidencia de la República es ejemplar: “habrá hechos, anuncios, declaraciones, etc., que se repitan según si el Editor General o los editores lo consideran e, incluso, si es decisión del Presidente de la República repetirlo, *como parte de la estrategia de comunicación que indica que mientras más se repita el mensaje, más cala en la opinión pública.*” Secretaría de Prensa, Presidencia de la República de Colombia. *Manual de estilo*. 2ª. edición, Imprenta nacional, octubre de 2009. pág. 27. La cursiva se agrega.

resultados bélicos o punitivos laudables, y en una sociedad en la cual lo mínimo que se espera de la ciudadanía es la plena solidaridad con la gesta heroica de sus gobiernos, es apenas esperable que las libertades de las personas no sólo se encuentren amenazadas por tanta violencia, sino que ellas mismas no se constituyan como medios indisponibles para el poder político o que no logren un margen razonable sobre el cual ese mismo poder no puede decidir. Y de otra parte, en condiciones de una notoria distribución desigual –no sólo– de seguridad, la profusa activación de dispositivos de vigilancia y persecución, y de mecanismos de denuncia o delación, evidentemente han dado lugar a que no sólo la delincuencia tema –si es que teme–. O dicho de otra manera, no es sólo a las personas que delinquen o que se encuentran dispuestas a delinquir a quienes se dirige el mensaje en esos casos; y no es sólo el mundo de la criminalidad el que puede llegar a sentirse inseguro en sociedades en las cuales sus políticos y gobernantes pueden admitir franca y públicamente que un mundo de rufianes y difamadores es posible.

En cuanto “la provisión de seguridad pública” sea apenas un pretexto para reforzar la protección de muy pocos intereses, personas o grupos; en cuanto la seguridad sea colonizada por lenguajes, prácticas y finalidades bélicas, y en cuanto los dispositivos que se anclan en ella se vuelvan contra la certeza, la tranquilidad y la convivencia, francamente es un disparate referirse al *servicio público de seguridad ciudadana*. Sería por lo menos más honesto aludir a una y la misma vieja política de defensa del Estado y de sus más inmediatos beneficiarios o usufructuarios.

En tales condiciones, finalmente, es razonable suponer que existe un plus de riesgo, un ambiente de especial hostilidad para quienes tratan de observar detenidamente esos artefactos culturales, de seccionar y rearmar los discursos, las decisiones y prácticas de un tal poder; para quienes tratan de comparar hechos y situaciones, refutar afirmaciones, formular hipótesis alternativas y especulaciones razonables, recaudar evidencias y hacer explícitas sus propias conclusiones y convicciones. En tales condiciones, el ambiente social y político es especialmente repelente a la crítica.

Con todo, es importante no olvidar que un entorno en el cual las actitudes críticas o reparonas pueden fácilmente ser seleccionadas y agredidas no es construido para la coyuntura ni a instancias de un gobierno exclusivamente. Es importante recordar que no sólo durante la reciente cruzada contra la criminalidad se han enfatizado formas de persecución penal “exóticas” que asegurarían “el fin del fin de la inseguridad”. Es bueno recordarlo para no perder de vista el largo plazo de aquellas prácticas y sus efectos, y nuestro papel como ciudadanos: cualquier sistema de trucos y maleficios, como se sabe, requiere de la actividad del sacerdote pero sobre todo de la impavidez de la congregación.

En efecto, que políticos y gobernantes puedan proponer tranquilamente la conformación de sistemas o dispositivos de persecución como los que entre

nosotros se ensayan y estabilizan, no sólo permite advertir lo miserable que se hará la interacción social, sino que también da cuenta de la bellaquería en que se han formado y de la que se alimentan las relaciones ciudadanas y las de la ciudadanía con sus gobiernos. Formas de penalidad como esas no surgen ni se quedan en el vacío; ellas dan cuenta de -y contribuyen a- la formación de nuestras ideas sobre la autoridad, el orden, la convivencia y la ley. Con esas maneras de vigilar, perseguir o castigar:

(...) no sólo decidimos cómo enfrentar a un grupo de personas marginadas de la sociedad, ya sea para disuadirlas, marginarlas o incapacitarlas (...). Tampoco estamos simplemente desplegando recursos económicos o de poder con fines criminológicos. También, y al mismo tiempo, nos definimos a nosotros mismos y a nuestra sociedad de maneras que quizá resulten medulares para nuestra identidad cultural y política.<sup>8</sup>

Tal vez eso pueda explicar, por ejemplo, que en una sociedad como la nuestra plagada de mafias, cambalaches oscuros, compensaciones e intercambios subterráneos, estímulos y gratificaciones letales, el gobernante se atreva a ofrecer públicamente dinero en efectivo a estudiantes de colegios y universidades que brinden información eficaz en la lucha contra el crimen organizado. Y tal vez eso explique, sobre todo, que haya quienes respalden la iniciativa. Ahora sí, como decía hace tanto tiempo Francisco Gutiérrez: “Increíble, trágicamente, en un bizarro juego de espejos el Estado imita a su imitador”.<sup>9</sup>

## 2. Las recompensas

Por lo menos durante las dos últimas décadas se ha perfeccionado entre nosotros un complejo sistema de vigilancia y persecución que, posiblemente en procura de la seguridad del orden o de su constante negociación, ha incrementado los márgenes de inseguridad de muchas personas y, en el lenguaje de la guerra, ha producido cuantiosos y costosos “efectos colaterales”.

En ese decurso son muchos los fenómenos que han contribuido a la formación de un entorno trampero para las libertades y naturalmente para la crítica. Pero en el listado de medios de los cuales se vale esa controvertible manera de hacer seguridad, ocupan un lugar destacado dispositivos que otorgan premios o compensaciones por la información, denuncia o delación de actividades ilegales. Se trata de instrumentos penales y bélicos cuyos momentos de aparición y cuyas justificaciones se pueden documentar fácilmente consultando la ley y los discursos gubernamentales. Su impacto en la criminalidad puede consultarse también en los datos que informe tras informe tratan de mostrar la inevitabilidad de esos aparejos

<sup>8</sup> David Garland. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México, Siglo Veintiuno, 1999. pág. 320

<sup>9</sup> Francisco Gutiérrez Sanín. *¿Ciudadanos en armas?* En: Jaime Arocha, et. al. *Las violencias: inclusión creciente*. Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional, 1998. págs. 199-200

y esa especie de promesa según la cual “este año sí”, con la que desde hace décadas se justifica precisamente la estabilización de programas como aquellos.

Los efectos nefastos de esos dispositivos, en cambio, han de consultarse en los extensos listados de personas hostigadas, perseguidas, enjuiciadas o victimizadas por un conjunto de formas penales que resultan ser propicias para la infamia, el artilugio, la trampa y, por supuesto, para la “solución” de conflictos entre la crítica y el orden, entre gobernantes y opositores, entre agentes corruptos y querellantes y, aún, entre personas con intereses puntuales o “cuentas pendientes”:

La justicia colombiana (...), por las condiciones sociales y políticas de confrontación y emergencia en que se encuentra inmersa y a las cuales es desde luego funcional, se encuentra repleta de instrumentos, principios y objetivos adquiridos en el supermercado de la oportunidad donde se compra todo lo que a uno no le hace falta, pero que puede utilizar para finalidades no precisadas inmediatamente o no declaradas. Sin embargo, como ocurre con los instrumentos de guerra y sus impredecibles consecuencias, sobre ese primer desfiguramiento del derecho penal, se levanta otro nivel aún más dramático a mi parecer: la utilización del derecho penal y de la administración de justicia como instrumento táctico de combate, por parte ya no del estado, sino de los particulares en el tratamiento o “solución” de sus conflictos” (...). El juez, por la precariedad de la investigación en una sociedad que no colabora porque no cree, acude a las recompensas y a los beneficios por delación, o simplemente acepta lo que el arrepentido, en un caso, quiera señalar de otros (...). La sociedad aprende mucho más de lo que se sospecha, de la pedagogía de la violencia del sistema penal: si no puedes eliminarlo totalmente, entrégalo, delátalo, encácelalo.<sup>10</sup>

Es conveniente advertir que este ensayo no desconoce que esos dispositivos han procurado justificarse con el argumento de la desarticulación de poderosas organizaciones criminales, la captura de grandes capos, el combate de la impunidad o el fortalecimiento de la administración de justicia en momentos de crisis. Tampoco se desconoce ahora que, en efecto, por lo menos esos capos, organizaciones e impunidad han existido.

De hecho, en sus momentos de mayor auge, esa manera de combatir criminalidades ha sido defendida como “un mal necesario”. Carlos Lemos diría en su momento que mecanismos como esos constituían “el más repugnante de los

---

<sup>10</sup> Alba Lucía Navegas. *Administración de justicia. De la independencia y la mediación, a la dependencia y la ficción*. Tesis de grado. Medellín, Especialización en Instituciones Jurídico Penales, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, 1999. págs. 3 y 24. Este trabajo indaga el problema –como dice la autora– “a escala”, en dos expedientes (Nº 1299 y 1415). Concluye que recompensas y beneficios han hecho que la administración de justicia devenga “operadora de un derecho penal de enemigo, no sólo ya en el mezquino sentido institucional o público de reducción del criminal, sino también en el sentido privado de eliminación alterna y recíproca de criminalidades enfrentadas. Es la operadora de la vieja –siempre renovada– red del control institucional, pero también la alquiladora de una neutralizadora atarraya estatal, puesta al servicio de arrendatarios privados con puntuales averías en sus propias redes” (pág. 54).

instrumentos con que cuenta la justicia para que no caigamos en algo peor: la impunidad”.<sup>11</sup> Pero esos dispositivos no sólo se justificarían como un mal indeseable, sino también como un instrumento fundamentalmente coyuntural. Así lo decía la Corte Constitucional:

Es, ciertamente, doloroso y trágico que haya sido necesario recurrir a medidas de esta clase, que están tan distantes de los principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal, pero que son, por un desgarrador sino, respuesta a una crisis aterradora: ojalá todo esto conduzca a la serenidad que la patria merece.<sup>12</sup>

Vistos casi veinte años después, lo terrible de esos argumentos es, de una parte, que en lo sucesivo hubo muchos momentos en los cuales se incrementaron y diversificaron los fenómenos que se invocaron como causa y destino de esas “lamentables” estrategias. De otra parte, una tal “respuesta coyuntural” se quedó con nosotros durante las décadas siguientes, produciendo los “efectos no deseados” que produce todo “mal necesario”. Aún Enrique Parejo había visto oportunamente la consecuencia de esa política: “A pesar de que pueda dar resultados prácticos (...), termina corrompiendo la administración de justicia. Delatar a los criminales es un deber de todos los ciudadanos. No es ético que se haga por dinero”.<sup>13</sup>

Pero precisamente esos resultados –pírricos– que lamentara Parejo González en 1993, eran exhibidos dos años más tarde como una justificación de la política de beneficios y recompensas por el entonces joven pero ya influyente penalista Francisco José Sintura. Una tal política, decía:

“(…) permitió el sometimiento de cerca de 49 verdaderos cabecillas de organizaciones delincuenciales del narcotráfico y el terrorismo, amén de la desarticulación de grupos de justicia privada, de organizaciones de traficantes de drogas y del abandono voluntario de actividades guerrilleras (...) Quizá ningún país del mundo pueda demostrar resultados tan concretos en la lucha contra la delincuencia organizada (...)”.<sup>14</sup>

Pero otra vez, vista esta razón dos décadas después, es bastante llamativo que durante cada año de los que siguieron hasta hoy tuviéramos siempre “resultados concretos”. Como si en efecto, una cosa fuera la eficacia de la ley y otra su efectividad; es decir, que una cosa es que se profieran condenas, se entreguen o capturen capos, se desarticulen organizaciones, se paguen recompensas, etc., y otra es que dejen de aparecer capos, organizaciones ilegales, y por supuesto,

<sup>11</sup> “La ley del sapo. La delación tiene algo de repugnante, pero puede ser la única manera de dismantelar a las organizaciones criminales. ¿Cómo ha funcionado en otros países?”. *Semana*, 564, 22 de marzo de 1993.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 1993.

<sup>13</sup> “La ley del sapo (...)”. *Op. cit.*

<sup>14</sup> Francisco J. Sintura. *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*. Medellín, Dike, 1995

informantes y caza recompensas. Como si, en efecto, en las condiciones sociales y políticas adecuadas, aquellas grandes delincuencias se relevaran generacionalmente pese a la proliferación de mecanismos de persecución como los que se han citado. Como si el “desgarrador sino” que mencionara la Corte Constitucional fuera más bien el de tener crisis permanentes, grandes organizaciones criminales y, cómo no, políticas de sometimiento a la justicia, programas de recompensas y beneficios, negociadores del castigo, ciudadanía forzada y, por supuesto, males y enemigos necesarios. Como si, en síntesis, esos peligrosos e indeseables dispositivos penales no conjuraran los fenómenos a los que dicen hacer frente, sino que se perpetúan con ellos.

Desde luego que los eternos “resultados concretos” son aún presentados como una justificación válida, en cuanto –se dice– la situación sería aún peor de no haberse aplicado aquellas medidas.<sup>15</sup> Pues bien, lo que aquí se sospecha es que esa forma de privilegiar resultados y no medios controlables, o esa forma de flexibilizar los límites normativos de las democracias y los estados de derecho, no sólo han incrementado la inseguridad de muchas personas, sino que, sobre todo, ha impactado nuestras maneras específicas de entender cosas como la seguridad, la solidaridad y la ciudadanía. Entre la recompensa por delinquir y la recompensa por denunciar; entre la gratificación de la criminalidad que delata y la criminalización del indefenso que calla<sup>16</sup> y en medio de la voracidad del fenómeno que se dice atacar y el desenfreno de la respuesta institucional, se induce una especie de seguridad igualmente de crisis, una solidaridad remunerada y para la ocasión, y una ciudadanía bastante pasiva frente a las condiciones de restricción, desconfianza e incertidumbre “del mundo que nos tocó vivir”.

Una última justificación con la cual se presentan medidas como las que aquí interesan, se vale de la comparación con nuestro propio pasado o con la historia de esos dispositivos en otras naciones. Cada gobierno ha defendido los procedimientos exóticos, “duros” o dudosos en la lucha contra la criminalidad, diciendo también que “esto no es nuevo ni exclusivo del gobierno actual”, o citando la vigencia de medidas similares en algunos países de la región o en sociedades desarrolladas. Como se sabe, la comparación es un truco tan fácil como frágil si, prescindiendo de las precauciones adecuadas, se buscan otros momentos,

---

<sup>15</sup> Inclusive la inconveniencia de esos mecanismos apenas si se la menciona cuando ellos no conducirían a resultados de ese tipo: “Empiezo por insistir en que no estoy de acuerdo con combatir el crimen en Medellín con universitarios informantes pagados. *Pero no porque sean universitarios, o informantes o pagados, sino porque esa medida no tiene nada que ver y no presenta ninguna relación con las causas, la dinámica y la ubicación del crimen emergente en esa ciudad*” (cursiva no original). Alfredo Rangel. *Informantes y sapos*. *Semana*, 6 de febrero de 2010. En: <http://www.semana.com/noticias-opinion/informantes-sapos/134616.aspx>

<sup>16</sup> “Hay que escoger entre ser solidarios o ser encubridores. Hay que escoger entre una cultura de pasividad frente al crimen o una cultura de compromiso contra el crimen”. “Declaración del Presidente Álvaro Uribe Vélez al concluir el Consejo de Seguridad en Cali”. 1 de febrero de 2010. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2010/febrero/01/13012010.html>.

lugares o situaciones cuya contrastación permite defender la situación o el momento presentes. Esa manera de citar instrumentos del pasado para justificar su utilización en el presente, constituye una falacia muy conocida y un ejercicio bastante miope y conservador.

Además, el argumento según el cual “de que las cosas hayan sido o sean así en Italia, en Estados Unidos o Perú, se sigue que así deban ser en Colombia”, no sólo omite mencionar las fuertes críticas y los importantes controles de los cuales han sido objeto esas medidas en otras sociedades, sino que también deja de lado el hecho de que esas sociedades no presentan históricas y constantes confrontaciones armadas, de duración y signo diversos, y con alcances y actores distintos. Tal como lo advertía hace ya dos décadas Stanley Cohen, es posible abordar cuestiones equivalentes sobre las reacciones organizadas a la delincuencia en unas y otras sociedades, pero siempre que se tenga en cuenta que el problema del delito tiene una configuración particular en “sociedades estructuradas en torno a la violencia política” y en las cuales existe “fragilidad del discurso liberal democrático”<sup>17</sup>.

Los matices son pues determinantes en una sociedad en la cual la penalidad se encuentra directamente afectada por la vigencia de disputas armadas; en la cual “la guerra” o “el combate” contra el delito no son sólo hipérbolos recurridas para ilustrar las patologías de la respuesta penal, o en la cual la figura del “enemigo” no es sólo una metáfora y ni siquiera un proyecto sobre la manera de proceder con cierto tipo de criminalidades.<sup>18</sup> Probablemente con Manuel Cancio en mente, quien ha dicho que “«Derecho penal del ciudadano» es un pleonismo, «Derecho penal del enemigo» una contradicción en los términos”, Julio González nos ha permitido captar las diferencias de nuestra específica experiencia penal con esta ironía: “Derecho penal del enemigo es un pleonismo y derecho penal del ciudadano una contradicción en los términos”.<sup>19</sup>

## 2.1 La continuidad

Si se examinan apenas las últimas décadas, es decir, si se prescinde de historias menos recientes referidas a la remuneración por informes sobre bandoleros,<sup>20</sup> las recompensas fueron amparadas durante los años ochentas, por ejemplo, en el decreto 3673 de 1986, en los decretos 1199, 1631, 2034 y 0051 de 1987 y en el 180 de 1988.

<sup>17</sup> Stanley Cohen. *Visiones de control social*. Trad. Elena Larrauri. Barcelona, PPU, 1988, pág. iv.

<sup>18</sup> Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003, pág. 61.

<sup>19</sup> Comunicación personal.

<sup>20</sup> “Industria de la delación”, así lo denominan Gonzalo Sánchez y Donny Meertens. *Bandoleros, gamonales y campesinos: El caso de la violencia en Colombia*. Bogotá, El Áncora, 1983.

Durante la década del 90, la materia aparece, por ejemplo, en el decreto 2790 de 1990, 099 de 1991; 2110 y 1847 de 1992; en la ley 40 de 1993, en los decretos 1901 y 2238 de 1995, en la ley 282 de 1996. No sobra recordar ahora que justo comenzando la década, ya algunos temas en materia de justicia penal fueron acordados “por las fuerzas políticas” y enriquecidos por “las distintas fuerzas sociales”, con ocasión de la Asamblea Nacional Constituyente en ciernes. En los términos explícitos de acto jurídico que convocó la Constituyente, temas como “la rebaja de penas por colaboración eficaz” y “el pago de recompensas” formaban parte de aquellos que “después de ser aprobados por el pueblo, determinarán el ámbito de competencia de la Asamblea y, por consiguiente, el contenido de la Reforma”.<sup>21</sup>

En la última década, el tema de las recompensas se integra ya formalmente en las estrategias de intervención sobre la cuestión criminal.<sup>22</sup> La “política de defensa y seguridad democrática” del gobierno que va de 2002- 2010, alude a las recompensas, primero, como un instrumento para lograr “la desarticulación de las organizaciones del secuestro” a partir del estímulo a las agencias y funcionarios implicados en la tarea: “se destinarán recursos para: (...) ejecutar planes de pago de recompensas por resultados”.<sup>23</sup> En segundo lugar, aquella política supone la creación de un “programa de recompensas (...) para aquellas personas que, como informantes de los organismos de seguridad del Estado, den a conocer información que conduzca a la prevención de atentados terroristas o a la captura de los integrantes de las organizaciones armadas ilegales” y “para la denuncia de bienes pertenecientes a personas u organizaciones vinculadas al terrorismo o al narcotráfico”.<sup>24</sup>

En el curso de este período es elocuente la Directiva Ministerial Permanente 029 de 2005, firmada en su momento por quien cinco años más tarde fuera candidato a ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación. En ella se aludía al pago de recompensas, entre otras cosas, “por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de las organizaciones armadas al margen de la ley”.<sup>25</sup> Igualmente, el

<sup>21</sup> Decreto legislativo 1926 de 1990 (24 de agosto).

<sup>22</sup> Esbozada ya en el programa de gobierno del entonces candidato presidencial. Véase: *Manifiesto Democrático*. 100 Puntos. En: [http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-85269\\_archivo\\_pdf.pdf](http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-85269_archivo_pdf.pdf)

<sup>23</sup> Esta iniciativa forma parte de la línea de acción D: “Proteger a los ciudadanos y la infraestructura de la Nación” y del programa de “Protección contra el secuestro y la extorsión”. Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional de Colombia. *Política de Defensa y Seguridad Democrática*. 2003, pág. 52

<sup>24</sup> Este programa forma parte de La línea de acción E: “Cooperar para la seguridad de todos”. En: *Ibid.* pág. 61

<sup>25</sup> Un ex secretario de Gobierno de Antioquia declaraba tres años más tarde: “Encuentro una relación directa entre la Directiva Ministerial y el incremento de las ejecuciones extrajudiciales, por lo menos en Antioquia: en el año 2002, se conocieron 7 denuncias; en el 2003, 21; en el 2004, 47; en el 2005, 73; en el 2006, 122, y en el 2007, 245 denuncias. Eso me indica que sí hay

decreto 1400 de 2006 es ilustrativo. Este decreto, vigente durante un año, creó una “bonificación” (que podría ser hasta de doce asignaciones básicas mensuales, determinada por el Presidente de la República) para miembros de la fuerza pública y funcionarios del DAS destacados por su participación en “operaciones de importancia nacional”. Como se sabe, el “efecto colateral” de medidas como estas ha sido documentado por muy diversos organismos y personas,<sup>26</sup> y ha determinado que el propio gobierno revise públicamente sus decisiones al respecto.<sup>27</sup>

También existe actualmente un programa bastante desarrollado de recompensas a desmovilizados que colaboren con las autoridades, con la administración de justicia o con la Fuerza Pública. Desde la ley 418 de 1997 y 702 de 2002, pasando por los decretos 128 de 2003 y 2767 de 2004,<sup>28</sup> hasta la ley 1106 de 2006 y la Directiva Permanente 16 del mismo año (Ministerio de Defensa), el pago de bonificaciones económicas a los desmovilizados es ya un programa estable: “En la

---

una relación de estímulo por parte de la Directiva 029”. En: *Exigen derogar directiva que reglamenta recompensas a Fuerza Pública*. Agencia de Prensa IPC. En: <http://reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900sid/LSGZ-7LCDMG?OpenDocument>

<sup>26</sup> “Entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2007, se registró que por lo menos 8.559 personas habrían sido detenidas arbitrariamente por la fuerza pública y por lo menos 1.122 habrían sido ejecutadas extrajudicialmente por miembros de la fuerza pública entre julio de 2002 y diciembre de 2007”. Comisión Colombiana de Juristas. *Declaración oral presentada al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. 10º período de sesiones, 27 de marzo de 2009. Igualmente, según informe de la Coordinación Colombia Europa y Estados Unidos, “entre el primero de enero de 2007 y el 30 de junio de 2008, al menos 535 personas perdieron la vida como consecuencia de ejecuciones extrajudiciales que realizaron los agentes de la Fuerza Pública”. En: *El Espectador*, jueves 30 de 2008.

<sup>27</sup> La Directiva 002 de 2008 pretende corregir los excesos que se imputaban a la Directiva Ministerial Permanente 029 de 2005 y el Decreto 1664 de 2007 derogó el Decreto 1400 de 2006. Otras directivas con pretensiones correctivas pueden verse en el documento que “presenta el estado de avance de las 15 medidas formuladas en noviembre de 2008 como resultado de las investigaciones adelantadas por la comisión transitoria para el «caso Soacha»: Ministerio de Defensa Nacional. *Avances en el cumplimiento de las 15 medidas adoptadas por el Ministerio de Defensa Nacional*. Noviembre 2008–mayo 2009. En: <http://www.mindefensa.gov.co>

<sup>28</sup> Con fundamento en esos decretos, la Ministra de Defensa de entonces (a la postre precandidata a la Presidencia de la República en 2010), emitió una directiva sobre bonificaciones: “(...) para asignarle precios por cada pieza de material de guerra que entregaran, el gobierno investigó cuanto costaba en el mercado negro. Según las tablas de valores del Ministerio de Defensa, por cada fusil que el desmovilizado entregue se paga un millón de pesos, pero por el cubo o dado, dispositivo sin el cual el fusil no funciona se paga 500 mil pesos. Si alguien llega a detectar un misil tierra-aire se le ofrecen 18 millones, por un teléfono satelital, un millón, por minas anti persona cien mil pesos y por cada computador portátil, millón y medio. La tabla de valores contempla también bonificaciones por narcóticos, instrumental quirúrgico, medicamentos, y hasta semovientes (mulas, caballos o ganado)”. *Plata y plomo*. Semana, 16 de junio de 2008. En: <http://www.semana.com/noticias-on-line/plata-plomo/112767.aspx>

práctica, las formas de colaborar son múltiples; entre ellas se destacan: demostrar la voluntad de paz, entregar información, denunciar, declarar o señalar a otra persona, entregar material de intendencia o de guerra, participar en operativos, motivar a otros combatientes a desmovilizarse”.<sup>29</sup>

Aún si se consideran apenas las consecuencias para los propios desmovilizados, el efecto de esos programas sigue siendo inquietante: “en el 2005, de cada 109 personas desmovilizadas, 8 murieron en operativos de la fuerza pública; entre 2006 y 2007 se recibieron 15 denuncias de desmovilizados que se encontraban en situación de inseguridad debido a su participación en operativos; y entre los años 2003 y 2007, el Estado pagó aproximadamente 16 mil millones de pesos en bonificaciones a personas desmovilizadas”.<sup>30</sup>

De los riesgos que estos programas implican pueden dar cuenta los informes que constantemente presentan las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, ya en 2005 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, exponía que desde el establecimiento de esa oficina en Colombia “como puede apreciarse en los informes presentados por el Alto Comisionado entre 1998 y 2005”, se ha observado que las detenciones ilegales o arbitrarias constituyen, por su número y por su frecuencia, una de las más inquietantes violaciones de los derechos humanos registradas en el país. Y agrega:

Especial preocupación siente la Oficina por las aprehensiones masivas y por las detenciones individuales basadas “en investigaciones e indicios poco sólidos, en informes de inteligencia militar, en señalamientos anónimos o en testimonios de dudosa credibilidad”. Estas privaciones de la libertad, además de vulnerar los derechos fundamentales de sus víctimas, tienden a crear en la ciudadanía un clima de zozobra y de incertidumbre bajo el cual se quebranta la tranquilidad pública, se nubla la pacífica convivencia y se alteran las bases de un orden justo. Por lo demás, ya es manifiesto que la mayoría de las personas afectadas por estas irregulares e injustificables capturas recobran la libertad tras sufrir el encarcelamiento prolongado y la estigmatización social. En algunos casos esa estigmatización parece haber producido consecuencias letales.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración. *Colaboraciones con la justicia y la fuerza pública por parte de ex integrantes de guerrillas*. Bogotá, Embajada de Suecia y Universidad Nacional de Colombia, noviembre de 2008.

<sup>30</sup> Procurador General de la Nación. “Discurso en el acto de presentación del informe del primer año de ejecución del proyecto «Seguimiento a las políticas públicas en materia de beneficios administrativos y socio-económicos otorgados a la población desmovilizada»”, 2008. Citado en: *Ibid.*

<sup>31</sup> Michael Frühling. *Las detenciones arbitrarias son incompatibles con el estado de derecho*. Intervención en el acto de presentación del informe sobre detenciones arbitrarias elaborado por la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos. Bogotá, 17 de agosto de 2005. En: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0569.pdf>. Y por supuesto: *Informe final de la Misión Internacional de Observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad en Colombia*. En: [http://www.dhcolombia.info/IMG/informe\\_misionobservacion\\_ejecuciones.pdf](http://www.dhcolombia.info/IMG/informe_misionobservacion_ejecuciones.pdf).

Más recientemente Plinio Apuleyo parecía captar, ahora sí, el problema:

Existen. Son más numerosos de lo que pueda imaginarse. Los falsos testigos han logrado a veces que sus mentiras, presentadas como revelaciones en la prensa nacional, tengan gran resonancia. Tres intereses de distinto orden los mueven. El primero es la venganza. El segundo son los beneficios que depara una falsa delación (...). La tercera razón proviene de la guerra jurídica (...). El dicho de que en Colombia a nadie se le niega un auto de detención puede parecer cínico. Pero es hoy una triste y alarmante verdad”.<sup>32</sup>

El propio ministro de defensa ha sentenciado hace poco lo siguiente: “Los colombianos no pueden creer en versiones de delincuentes.”<sup>33</sup>

La incertidumbre, la inseguridad que ha desatado el recurso constante a dispositivos como los que ahora se comentan es mucho más evidente, y bastante irónico por cierto, cuando ellos aplican en casos relevantes o visibles. Casos frente a los cuales viejos criminólogos críticos y abolicionistas podrían exclamar: “¡mucho se les dijo!”. Así, “creerle a los delincuentes” es un hecho lamentado ahora por quienes sin embargo justificaron, instauraron y financiaron los programas de recompensas y beneficios por colaboración eficaz; muchos políticos y ex funcionarios de alto nivel se escandalizan por el hecho de que la justicia penal pueda hacer seguimientos y adelantar pesquisas sin que la persona por la cual se averigua lo sepa; o muchas personalidades que han sido determinantes en la aceptación y fortalecimiento de este sistema penal, reniegan hoy porque “a partir de cualquier anónimo se desata una investigación”.

¡Mucho se les dijo que fueran medidos!, pensaría también un garantista serio. Pero confiaron, como siempre han confiado en evitar la máquina que ellos mismos recrean y alimentan, o en activar su vieja capacidad política para no ser seleccionados. No entendieron que ese instrumento de la política criminal no es confiable, que es una máquina eventualmente fuera de control y que puede responder a finalidades insospechadas; que la institución preferida por ella, la prisión, es insaciable, y que las técnicas de vigilancia, investigación y

---

En prensa, por ejemplo: *La estrategia de capturas masivas del gobierno podría ser un remedio peor que la enfermedad*. Semana, 6 de octubre de 2003, págs. 30-35; *Liberados por fallo absolutorio campesinos víctimas de captura masiva en Sabana de Torres*. Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, 9 de marzo de 2010. En: <http://www.prensarural.org/spip/spip.php?article3698>; y finalmente: Equipo interdisciplinario ad hoc sobre impunidad y memoria. *Memoria de la impunidad en Antioquia*. Instituto Popular de Capacitación y Corporación Jurídica Libertad. Colombia, 2010.

<sup>32</sup> Plinio Apuleyo M. *Mentiras han llevado a la cárcel a civiles y militares inocentes*. Cambio, 19 de noviembre de 2008. En: [http://www.cambio.com.co/informeespecialcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR\\_CAMBIO-4675035.html](http://www.cambio.com.co/informeespecialcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4675035.html)

<sup>33</sup> “Ministro de Defensa rechaza acusaciones de ‘Don Mario’ contra el general Mario Montoya”. Febrero 18 de 2010. En: <http://www.wradio.com.co/nota.aspx?id=955441>

enjuiciamiento fundadas en recompensas y gratificaciones por delación, no sólo hacen inciertas las libertades de inocentes, desposeídos o críticos, sino eventualmente también las de algunos culpables, privilegiados y amanuenses, tradicionalmente inmunes a la persecución penal.

Mucho se les dijo y se les sigue diciendo que por favor tengan prudencia y que activen la imaginación a la hora de intervenir la cuestión criminal. Una cuestión que en muchos aspectos es problemática, pero que es social y que se mantiene intocada en muchos de sus factores determinantes; una cuestión que involucra la vida de muchas personas, que moldea y desata sentimientos y que define en buena parte el tono moral y la identidad de una comunidad políticamente organizada.

## 2.2 La escala

A diferencia de otros sectores de la actividad estatal, o tal vez a costa de ellos, los recursos públicos dedicados al pago de recompensas parecen estar siempre disponibles. En 2005 por ejemplo, el ministro de defensa se refería así a la disponibilidad presupuestal para el año siguiente: “(...) podemos garantizarle a la opinión pública que podemos hacer las operaciones presupuestales para adicionar lo necesario, para duplicar, triplicar o quintuplicar el valor de las recompensas a pagar”.<sup>34</sup> O todavía más contundentemente, el propio presidente de la república lo decía de esta manera en 2008: “Si nos tenemos que gastar el Presupuesto de Colombia pagando recompensas, nos lo gastamos”.<sup>35</sup>

Si en 2005 se pagaron 7.716 millones de pesos en recompensas, cinco años después el ministro de defensa Gabriel Silva informaba que “Sumando todos los recursos para el presupuesto del 2010, estamos partiendo de un potencial de recompensas que puede llegar a los 100 mil millones”<sup>36</sup>

Aunque la destinación de tal cantidad de recursos públicos requeriría de una suficiente y detallada programación, es obvio que se trata en este caso de una excepcional forma de justificación y ejecución presupuestal. Se trata en efecto de gastos previamente imprecisables y cuyo fundamento apenas si puede verificarse una vez se hace el desembolso, a partir de una escala de recompensas igualmente incierta.

<sup>34</sup> “12 mil millones o más en recompensas pagará Mindefensa en 2006”. Bogotá, 26 de diciembre de 2005. En: <http://www.mindefensa.gov.co/index.php?page=181&id=3179>

<sup>35</sup> “Hasta \$100 millones de recompensa por asesinos de soldado en Caquetá”. Julio 12 de 2008 <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/julio/12/05122008.html>

<sup>36</sup> “El Presidente Uribe animó al Ministro Silva a cumplir con ese compromiso, pues recalcó que esos recursos «son sagrados». «Ministro, esa platica es sagrada. El que no paga la recompensa se sala. No nos dejemos salar, Ministro. Esa platica es sagrada», subrayó el Mandatario». “Pago de recompensas a informantes en todo el país estará al día a 31 de diciembre: mindefensa”. Medellín, 14 de diciembre de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/diciembre/14/06142009.html>.

Durante las últimas dos décadas se han presentado variaciones como las siguientes en la escala de recompensas: Durante el gobierno de Virgilio Barco, se ofrecían 100 millones de pesos por información que permitiera la captura de Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha; durante el gobierno de Cesar Gaviria, 1.000 millones de pesos en el caso de Pablo Escobar (en febrero de 1993, la oferta ascendió a 6,7 millones de dólares).<sup>37</sup> Durante el gobierno de Ernesto Samper, se ofrecían 5.000 millones de pesos en los casos de los hermanos Rodríguez Orejuela, José Santacruz Londoño, Helmer Herrera y Víctor Patiño Fómeque.<sup>38</sup> Durante el gobierno de Pastrana se ofrecían dos millones de dólares por cada uno de los cabecillas de las Farc, un millón de dólares por cada comandante de bloque y 500.000 dólares por los cabecillas de los comandos conjuntos, y entre 50.000 y 250.000, por comandantes de frentes, columnas, compañías, guerrillas y escuadras. Más tarde, en el gobierno que termina en 2010, los guerrilleros de las Farc han sido localizados en niveles, así: objetivos de alto valor, o miembros del secretariado de las Farc: 5.000 millones de pesos; comandantes importantes y cabecillas: hasta 1.700 millones de pesos; milicianos: 1.000 millones de pesos.

A propósito de la recompensa del guerrillero conocido como “alias Rojas”, el ministro de defensa de entonces y candidato presidencial en 2010, daba lo que podría ser una pista de la manera como se determina finalmente aquella gradación: “[...] Esto es como un taxímetro, en la medida en que la información se va evaluando, se va valorando y se va pagando (...)”.<sup>39</sup> En este caso, como se sabe, el taxímetro determinó dos recompensas de 2.500 millones de pesos.

Esta otra declaración puede dar igualmente un indicio sobre los criterios en que se basa aquella escala:

Por el momento, la recompensa es hasta de un 15 por ciento del valor de la cuenta o de incautación, pero en casos excepcionales el Presidente y el Ministro de Defensa pueden negociar un porcentaje mayor (...). Eso no estaba contemplado dentro de las recompensas, eso lo incluimos y, por consiguiente, a partir de este momento,

---

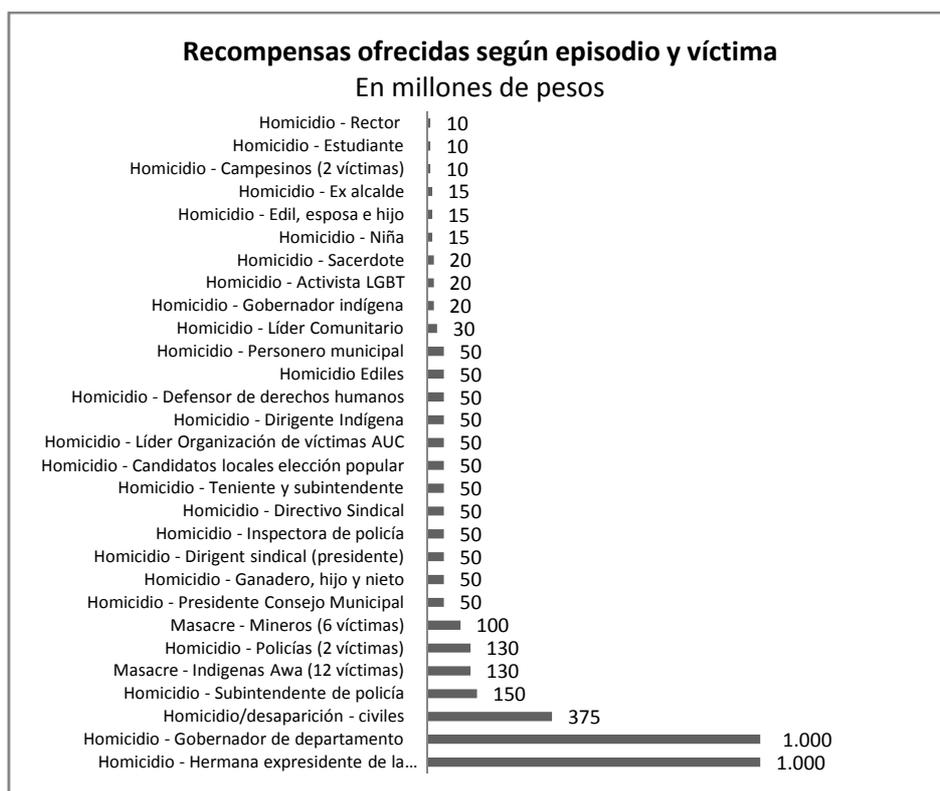
<sup>37</sup> *Delatar sí paga*. Semana, 770, 3 de marzo de 1997. Véase igualmente: *La política de recompensas en gobiernos anteriores*. Semana, 16 Junio. En: [http://www.semana.com/wf\\_InfoArticulo.aspx?IdArt=112769](http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=112769)

<sup>38</sup> Finalmente, se cobraron recompensas por los hermanos Rodríguez, cada una de ellas por 1.500 millones de pesos; por José Santacruz, una de 500 millones y otra de 2.000 millones. “Esta última fue pagada a un informante que se identificó como ‘El Patriota’, quien representaba a un grupo de hombres que se unieron en busca del premio mayor”. *Ibid.*

<sup>39</sup> “Gobierno pagará recompensa por información entregada por alias Rojas y otros 3 informantes”, Ministerio de Defensa Nacional. En: <http://www.mindefensa.gov.co/index.php?page=181&id=6797&PHPSESSID=8b18118d6fe38464bc460ba63bb031> (consultado mayo 31, 2008).

cualquier persona que nos señale dónde hay dinero de las Farc o nos diga cuál cuenta es realmente de las Farc, y se pueda comprobar, recibirá una recompensa.<sup>40</sup>

Se trata pues de una escala de recompensas cuya contabilidad es tan difícilmente asequible (“gastos reservados”),<sup>41</sup> como imprecisables son los criterios que determinan el monto en cada caso. En la siguiente gráfica sobre recompensas por homicidios puede verse una muestra (2006-2010) tomada al azar de diversas fuentes de prensa y páginas gubernamentales.



<sup>40</sup> “Definido monto de recompensas a quienes entreguen dineros o propiedades de las Farc”. Bogotá, 17 de febrero de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/febrero/17/14172009.html>

<sup>41</sup> Ley 1097 de 2006 (noviembre 2). **Artículo 1o.** “Definición de gastos reservados. Los gastos reservados son aquellos que se realizan para la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes (...). los gastos reservados podrán realizarse dentro y fuera del país y se ejecutarán a través del presupuesto de funcionamiento o inversión. Se distinguen por su carácter de secreto y porque su programación, control y justificación son especializados”. **Artículo 5o.** “Reserva legal. La información relacionada con gastos reservados gozará de reserva legal por un término de 20 años (...). La información por su carácter reservado no podrá hacerse pública y el informe respectivo se rendirá en informe separado que tendrá también el carácter de reservado, al cual solo tendrán acceso las autoridades competentes con fines de control político, penal, disciplinario o fiscal”. **Artículo 6o.** “Legalización de gastos reservados. En aquellos casos en que por circunstancias de tiempo, modo y lugar o atendiendo a condiciones de seguridad no sea posible la obtención de todo o parte de los soportes, los gastos podrán ser respaldados para efectos de su legalización, solamente en aquellos casos de infiltración y penetración a grupos al margen de la ley, con una relación detallada de gastos e informes respectivos de resultados (...)”

Independientemente de las múltiples preguntas que puedan sugerir esas gradaciones de las recompensas o de las hipótesis que puedan formularse con una aproximación rigurosa a la lógica, el alcance, el costo y los efectos concretos de las recompensas, aquí sólo se trata de ilustrar el hecho de que la oferta ha sido abundante y variada, no sólo en relación con la cantidad ofrecida o con la víctima, tal como se ve en la gráfica, sino en relación con muchos otros eventos no incluidos allí: recompensas por información sobre organizaciones ilegales, por información que permita la captura de sus miembros, por la entrega de alguno de ellos o de sus bienes; recompensas por entrega de material de guerra, intendencia y comunicaciones; por información que permita detectar cuentas bancarias ilegales de esos grupos, hospitales clandestinos, válvulas para el robo de gasolina, fosas comunes, caletas con dinero, víveres secos, etc;<sup>42</sup> recompensas por información sobre secuestradores o por la entrega de secuestrados; recompensas por información sobre autores de hurtos,<sup>43</sup> sobre pirómanos,<sup>44</sup> sobre “invasores” de predios rurales<sup>45</sup>; recompensas para quienes suministren información sobre bienes producto de la captación de dineros o recaudo no autorizados;<sup>46</sup> por información sobre responsables de panfletos amenazantes,<sup>47</sup> recompensas preventivas<sup>48</sup> y, aún, recompensas “a entidades territoriales que presten colaboración eficaz, en la aprehensión de mercancías de contrabando”.<sup>49</sup> Recompensas ofrecidas por la

---

<sup>42</sup> *Recompensas a desmovilizados por ubicación de soldados y policías secuestrados*. Bogotá, 7 de mayo de 2004. En: <http://www.mindefensa.gov.co/index.php?page=181&id=549>

<sup>43</sup> *Recompensa de 20 millones de pesos por caso Gardezabal ofreció la Policía Nacional*. En: [http://www.eltiempo.com/colombia/occidente/recompensa-de-20-millones-de-pesos-por-caso-gardezabal-ofrecio-la-policia-nacional-\\_5133048-1](http://www.eltiempo.com/colombia/occidente/recompensa-de-20-millones-de-pesos-por-caso-gardezabal-ofrecio-la-policia-nacional-_5133048-1)

<sup>44</sup> *Mindefensa pagará recompensas de hasta 20 millones de pesos por pirómanos*. 6 de enero de 2010. En: <http://www.mindefensa.gov.co/index.php?page=181&id=10043&PHPSESSID=bb4ca745189d914496096351e564dca5>.

<sup>45</sup> “¿Hemos pagado alguna recompensa por información sobre invasores? [...] ¡Ofrecámosla si eso ha sido muy útil en el país (...). A uno le dicen: «no, esa gente es muy unida, se unen para invadir y nadie va a delatar al otro». Mentiras. Los delincuentes terminan acusándose los unos a los otros [...]. Los delincuentes terminan traicionándose, y la recompensa ayuda a que se traicionen. Hay que romperlos con la recompensa, mi General”. Álvaro Uribe Vélez. Consejo Comunitario de Popayán, Cauca, 15 de marzo de 2008. En: <http://colombia.indymedia.org/news/2008/03/83984.php>

<sup>46</sup> Decreto legislativo 044 de 2009.

<sup>47</sup> “Gobierno anuncia recompensas por quienes promuevan y difundan panfletos amenazantes”. 23 de marzo de 2009. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/marzo/23/05232009.html>.

<sup>48</sup> “A partir de la fecha se autoriza una *recompensa preventiva*, que se le pagará a aquellas personas que informen sobre un plan para asesinar a un sindicalista, a un trabajador o a un maestro, y que con esa información se pueda evitar ese asesinato”, explicó Uribe Vélez. *Recompensas preventivas para evitar asesinatos de sindicalistas y maestros*. 1 de mayo de 2008. En: <http://web.presidencia.gov.co/sp/2008/mayo/01/10012008.html> (la cursiva es agregada)

<sup>49</sup> Ley 383 de 1997.

presidencia de la república, por gobernadores y alcaldes,<sup>50</sup> por la policía nacional o por el departamento administrativo de seguridad DAS.

Y es posible que, tal como lo dice un analista mexicano respecto de esa práctica puesta en marcha por el gobierno de Felipe Calderón, este mecanismo de las recompensas constituya “una medida mediática y de impacto” y que “probablemente funcione mientras el gobierno mantenga la chequera abierta. Cuando ya no haya dinero no habrá soplones”.<sup>51</sup> Pero sobre todo, aquí se trata de advertir que la existencia de esa opción en una sociedad con tantos conflictos vigentes, tiene un costo muy alto de inseguridad:

El pago de recompensas es una práctica extendida, presente en todas las democracias. Y su reglamentación constituye la aceptación de esta realidad. Pero en la práctica la política de recompensas parece haber tenido consecuencias escabrosas. Así lo demuestran las escandalosas revelaciones sobre los jóvenes desaparecidos de Soacha, a las que se han ido agregando noticias sobre casos similares a lo largo y ancho del territorio nacional. El propio fiscal general, Mario Iguarán, ha llamado la atención sobre las consecuencias de esta política y ha solicitado su revisión”.<sup>52</sup>

Desde otro ángulo, la propia Corte Constitucional estuvo decidida muy tempranamente a asumir otros efectos previsibles de las recompensas; es decir, aquellos que se siguen para las personas que se involucran en ese mercado: las recompensas han de ser entendidas, dijo la Corte, como “un estímulo que, a la vez, constituye *compensación por el riesgo que asume la persona que de ese modo presta su ayuda a las autoridades*”.<sup>53</sup>

Probablemente hace muchos años pudimos haber abandonado la referencia al ámbito de la política criminal como el lugar exclusivo para comprender el sentido, surgimiento y consolidación de dispositivos como los que aquí se han mencionado. Posiblemente pudimos haber pensado en un campo mucho mayor,

---

<sup>50</sup> Véase la “contribución especial sobre contratos de obra pública” autorizada por la ley 428 de 1997 (prorrogada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002): cada municipio ha de constituir una cuenta especial destinada, entre otras cosas, al pago de “recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad”.

<sup>51</sup> Erubiel Tirado. En: Ricardo Ravelo. *Se buscan soplones*. Proceso, 05, 04, 09, p 17.

<sup>52</sup> El Espectador, 1 Noviembre 2008. <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo87344-directiva-ministerial-029-de-2005>

<sup>53</sup> Corte Constitucional. *Sentencia C-683 de 1996* (la cursiva es agregada). Refiriéndose a la publicación de los datos de una persona que estando ya capturada aparecía aún en partes de guerra y anuncios de recompensas, la Corte había entendido ya que en “una guerra contra el Estado y la sociedad civil (...) la propaganda es una de las armas de todos los conflictos bélicos. Arma de la cual la Constitución no priva al Estado en su lucha contra los delincuentes organizados”. (En esta misma providencia, extrañamente decía más adelante la Corte que la colaboración puede ser estimulada mostrando los logros conseguidos, lo cual significa “sencillamente, poner la propaganda al servicio de la paz”). Corte Constitucional. *Sentencia T-561 de 1993*.

integrado por las múltiples estrategias de intervención sobre la cuestión criminal, el desorden público y las amenazas contra el Estado; un campo que integrara la política penal, pero también los planes de defensa del Estado, los programas locales -comunitarios o no- de prevención del delito, las técnicas de control de incivildades, los planes cívico militares, los programas de reinserción, las redes de informantes y de cooperantes, la industria de la vigilancia privada, los programas de recompensas y beneficios, los procesos de negociación o renuncia estratégica del castigo, los planes de proximidad y las casas de justicia, la redefinición constante de penas, términos procesales, grados de infracción y competencias, los estados de excepción, los toques de queda, y, aún los programas de asistencia que estén evidentemente dirigidos a congelar la situación social, como una forma de prevención, respecto de aquellos a quienes se declara asistir. El campo, en síntesis de la política pública de seguridad.

Con ello, de una parte, probablemente hubiéramos dejado de ver tanta discontinuidad, incoherencia o inexistencia en la política criminal. De otra parte, podríamos haber mantenido las preguntas directas no sólo por el objeto de la definición criminal sino por el objeto de la seguridad: por qué, para qué o para quién. Pero sobre todo, así podríamos haber advertido no sólo los costos de los desfases normativos, del proceso o de la pena, sino también los costos y efectos de los instrumentos de los cuales una tal política pública de seguridad se vale. Es decir que así estuviéramos sumando hace mucho falsas denuncias, delaciones infundadas, detenciones injustificadas, ejecuciones remuneradas, poblaciones puestas en riesgo, cooperantes victimizados, negociaciones selectivas del castigo, abusos de la vigilancia privada, transformaciones urbanas securitarias y excluyentes, costos de la prisión, errores judiciales, restricciones situacionales a la libertad, costos y consecuencias de una cultura militarizada, efectos de la confusión entre la respuesta policial y los procedimientos de combate, etc. En pocas palabras, tendría un mayor sentido la pregunta ¿por qué entonces tanta inseguridad? Y algunas pistas tendríamos para responder con mayor seguridad ahora ¿qué es la seguridad?

### **3. Por el ¿derecho a? la crítica (casi una adenda)**

El tema desarrollado en los apartados anteriores ha sido presentado en un foro celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. El evento traducía la inquietud que genera la persecución penal de académicos y defensores de derechos humanos, soportada en ese tipo de “motivos fundados” que construye hoy el sistema penal a partir de mecanismos como los que se han aludido en este texto. En concreto, se trataba de discutir nuestra preocupación por aquello que solemos denominar “el derecho a la crítica”. Esta última parte es entonces una especie de adenda sobre la cuestión específica.

Que los miembros de una comunidad universitaria se junten a reclamar o defender su “derecho a la crítica” es sin duda un gesto necesario y valiente; pero

también es un hecho que da cuenta por sí mismo del carácter de la sociedad y de los gobiernos de estos tiempos. Y que la universidad o algunos de sus miembros se vean obligados a defender lo que un tal derecho evoca, puede compararse con casos tan desconcertantes como el de un sacerdote que reclama su derecho a mediar entre dios y los feligreses; como el del guardameta de un equipo de fútbol defendiendo su derecho a evitar los goles del equipo contrario; como el de un policía protestando por su derecho a combatir el crimen; como el de un político defendiendo su derecho a hacer promesas, o como el de un gobernante protestando por su derecho a iniciar incendios que después heroicamente apagará.

Pero en todo caso es comprensible que este tipo de comunidades reclamen lo que reclaman, pues allí hay suficiente evidencia de la forma como en la sociedad colombiana y en presencia de un entramado institucional propicio para la perfidia gratificada y la infamia recompensada, las actitudes críticas son fácilmente escogidas. En las condiciones presentes estar seguros, como se ha dicho, pareciera consistir en el hecho de no ser seleccionados; y los miembros de una comunidad como esta, naturalmente crítica, carecen de buenas razones para confiar en que no lo serán.

Ejercer la crítica es lo que se hace en la universidad. Es por lo que cualquier sociedad sacrifica una parte de sus recursos y funda centros académicos, lugares para el examen riguroso de verdades vigentes, conocimientos comunes, mitos y encantamientos; lugares para la formulación de procesos y medios más prácticos, de alternativas menos costosas o de finalidades más éticas; de estéticas más diversas, de horizontes más amables o de técnicas más eficientes; de caminos más adecuados y controlables o de argumentos más documentados, más racionales o más razonables.

En comunidades como esta, por eso, hay quienes se resisten a creer que el alzhéimer es una maldición y tratan de encontrar su origen, reducir el padecimiento de los enfermos o buscar la cura. En comunidades como ésta, no pocas personas evalúan críticamente la afirmación según la cual por la patria hay que morir o matar, y por eso tratan de encontrar posibilidades menos violentas de construir o sostener instituciones, leyes, consensos o solidaridades. En comunidades como ésta, hay quienes se han negado a admitir que los trasplantes de órganos son contra natura y han logrado que algunas personas prolonguen su existencia. Aquí, por ejemplo también, algunas personas sospechan que los órdenes jurídicos no son una fatalidad; otras han intuitido que el género es una atribución, y muchas más no encuentran evidencia de que las mujeres dañan el orden cósmico si se niegan a parir.

Aquí, en esta comunidad, se logran establecer “extrañas” relaciones entre terremotos y pobreza. Aquí hay quienes creen que la noticia sobre cualquier episodio requiere de una indagación rigurosa y no de la repetición de los dichos de

la prensa oficial. En comunidades como estas, hay personas que tratan de encontrar maneras de perfeccionar la resistencia de los materiales, lo mismo que personas que tratan de encontrar las estafas de las empresas constructoras de viviendas. Aquí los referendos suelen ser eso: referendos, y no la decisión impoluta de la democracia, la manifestación trascendental del deseo del pueblo o del alma de las naciones.

Aquí es tan natural que las personas sean críticas. Y que se depriman, que se alarmen, que se pellizquen, pero no sólo por la homilía o por el lenguaje del predicador, sino porque esas personas trabajan con hallazgos, examinan justificaciones, revisan antecedentes y miden efectos. Aunque las personas en esta comunidad tienen fuertes convicciones, es normal que muchas de ellas sigan siendo críticas, y que por eso cambien de opinión y revisen sus creencias; pero esos cambios y revisiones no suelen responder al mensaje traído por las almas en pena o al temor que inspira un elegido de los dioses o de los hombres.

En esta comunidad es natural que se pregunte una y otra vez qué, cuánto, cómo, dónde y por qué; que se examinen una y otra vez las respuestas y que se propongan contestaciones, réplicas y controversias diversas. Y como por lo menos es lo que pública y frecuentemente exhiben los miembros de esa comunidad, es raro que eso nada más pueda hacerlos terroristas o aliados, defensores, auxiliadores o encubridores. Pero es fácil que en un ambiente adecuado de confrontaciones, patriotismo, sospecha y ciudadanía remunerada, muchos vean -o quieran ver- terrorismo en esas actitudes. Es así precisamente porque un tal ambiente resulta propicio para la formación de muy precarias actitudes críticas, es decir, para la rápida asimilación de aquellas maneras de preguntar y responder, con lo que quiera que signifique hoy ser terrorista.

Resulta pues entendible que exista una actitud crítica en algunos sectores sociales, pero debiera ser también fácilmente comprensible que ella es muy conveniente para la sobrevivencia o conformación de una sociedad democrática. Aunque, por supuesto, es explicable que esa misma actitud e idea de sociedad resulten incómodas para muchos poderes públicos y privados soportados precisamente en verdades incuestionables, conocimientos comunes, mitos y encantamientos. Es explicable, porque una actitud crítica resulta ser peligrosa para el régimen, el orden, la ley o las instituciones, en la misma medida en que ese régimen, orden, ley o instituciones prefieren el designio divino, el despotismo, la intolerancia, la exclusión, la democracia apenas nominal o el silencio. Por eso probablemente es que en ciertos órdenes la crítica sea vista siempre como una peligrosa subversiva. Y por eso también ha de ser que se la suele localizar deliberadamente en universidades públicas, grupos defensores de derechos humanos, sindicatos, asociaciones y organizaciones comunitarias.

Pero aquellos regímenes y sus operadores no son tontos. Ellos saben que sus enemigos, en el pleno sentido, tienen otras maneras de proceder, niegan la legalidad o la transgreden seriamente y están en otra parte. Lo que ocurre más bien es que no pueden darse el lujo de distinguir, porque quedarían desnudos. En un territorio con tantos y tan diversos ejércitos e intereses enfrentados, por ejemplo, muchos miembros de comunidades como la universitaria suelen ser hostigados, amenazados o enjuiciados “no tanto por estar de un lado o del otro, sino porque no quieren estar ni con el uno, ni con los otros”.<sup>54</sup>

Excepto en el caso de serias patologías –¡que las hay! –, los gobiernos y muchos de sus funcionarios saben, aunque no puedan o no quieran admitirlo públicamente, que quienes reclaman sus derechos, quienes defienden los derechos de otros o quienes observan críticamente las formas de organización de su sociedad, no responden al tipo de enemigo que ellos tienen en mente. Es probable inclusive que esos gobiernos y agentes encuentren una gran tranquilidad el día que logren convencerse seriamente de que aquellos críticos y reparones a los cuales no han parado de hostigar e incriminar, son realmente lo que han buscado o que lo que les han ordenado buscar durante tanto tiempo. Tal vez así ni siquiera tendrían que pagar informantes, por ejemplo, o no tendrían que gratificar a nadie con el fin de reforzar la acusación; o tal vez les ofrecerían un trato, un programa de desmovilización, un beneficio judicial suficientemente tentador. Pero la protesta social y la crítica no son por sí mismos lo que esos agentes quisieran que fuera, y por eso invierten tanto tiempo y recursos en la artimaña, el artilugio, la recompensa, el hostigamiento y, cómo no, en formas extrajudiciales de silenciamiento.

No es fácil “acallar la crítica” y es francamente torpe el orden que trata de hacerlo con la aplicación deliberada de angustia o de dolor sobre el cuerpo del perseguido o, lo que es lo mismo, sobre la consciencia de su comunidad. Es terrible cuando se hace y hasta puede neutralizar por un tiempo la actividad crítica de muchas personas, pero esas maneras de silenciamiento suelen producir efectos sorprendentes e inesperados en el largo plazo. Por eso a veces, en momentos de “lucidez”, un orden permite la “libertad de crítica” siempre que los canales de su recreación, expresión o difusión se encuentren suficientemente domesticados; es decir, siempre que sean medios para el atontamiento, para los mitos, para la magia, la ilusión, la dominación o los destinos escritos. La “criminalización del pensamiento crítico” es apenas un medio, entre otros, utilizado con fines más ambiciosos u objetivos de mayor alcance que los de amedrentar unos profesores, unos defensores de derechos humanos, unos líderes comunitarios, etc. Un medio en fin, para lograr verdaderas transformaciones sociales que, desde luego, muy poco tienen que ver con la democracia o con la libertad.

---

<sup>54</sup> Gonzalo Sánchez G. *El compromiso social y político de los intelectuales*. Miami, marzo de 2000. En: [http://www.mamacoca.org/junio2001/sanchez\\_intelectuales.htm](http://www.mamacoca.org/junio2001/sanchez_intelectuales.htm)

Finalmente lo que defienden estas comunidades cuando se juntan a reclamar su “derecho a la crítica”, es realmente su libertad de pensamiento, su libertad de expresión, su presunción de inocencia, su derecho a la vida. Cosas de esas respecto de las cuales el sacrificio de muchas personas tuvo efectos sorprendentes e inesperados en el largo plazo; cosas de esas que son cada vez más comprensibles por más personas, y que las comunidades y grupos sociales siguen defendiendo de las maneras que razonablemente, críticamente, se les figuran adecuadas.

El sentido crítico de la universidad sin embargo no podría estar en discusión tal como lo estaría “un derecho”. Muchos miembros de este tipo de comunidades todavía suelen actuar *como si fueran*, no *como si debieran ser* críticos. Y por supuesto que hay embates contra esa manera de ser, intentos externos e internos de transformación de la crítica en apenas un derecho, o lo que es lo mismo, intentos de transformación de la universidad en un lugar para el ejercicio *relativo e hipotético* de la actividad que hasta ahora le ha otorgado sentido: la crítica.

## Referencias bibliográficas

Cohen, Stanley. *Visiones de control social*. Barcelona, PPU, 1988.

Curbet, Jaume. *La ciudad del miedo*. *Magazín Seguridad Sostenible*, 24, 30 de agosto de 2005.

Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México, Siglo Veintiuno, 1999.

\_\_\_\_\_ *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Gedisa, 2005.

Jaime Arocha, et. al. *Las violencias: inclusión creciente*. Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional, 1998.

Jakobs, Günther y Cancio, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003

Larrauri, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª. Ed. México, Siglo veintiuno, 2009

Morris, Hollman. *La noche que fui mendigo*. En: *Soho*, 25. Bogotá, 18 de diciembre de 2001.

Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración. *Colaboraciones con la justicia y la fuerza pública por parte de ex integrantes de guerrillas*. Bogotá, Embajada de Suecia y Universidad Nacional de Colombia, noviembre de 2008.

Presidencia de la República. *Política de Defensa y Seguridad Democrática*. Bogotá, 2003

Ricardo Ravelo. *Se buscan soplones*. *Proceso*, 05, 04, 09

Robin, Corey. *El miedo. Historia de una idea política*. México, Fondo de Cultura Política, 2004.

Salas, Minor E. *Vade retro, fortuna –el azar- del mundo de las ciencias sociales (con especial énfasis en la ciencia jurídica)*. *Doxa*, 27, 2004

Sánchez, Gonzalo y Meertens, Donny. *Bandoleros, gamonales y campesinos: El caso de la violencia en Colombia*. Bogotá, El Áncora, 1983.

Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República de Colombia. *Manual de estilo*. 2ª. Ed. Imprenta nacional, octubre de 2009.

Sintura, Francisco José. *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*. Medellín, Dike, 1995.

Vanegas, Alba Lucía. *Administración de justicia. De la independencia y la mediación, a la dependencia y la ficción*. Tesis de grado. Medellín, Especialización en Instituciones Jurídico Penales, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín, 1999.

### **Páginas consultadas**

<http://www.cambio.com.co>

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://www.elespectador.com>

<http://www.eltiempo.com>

<http://www.hchr.org.co>

[http://www.mamacoca.org/junio2001/sanchez\\_intelectuales.htm](http://www.mamacoca.org/junio2001/sanchez_intelectuales.htm)

<http://www.mindefensa.gov.co>

<http://www.mineducacion.gov.co>

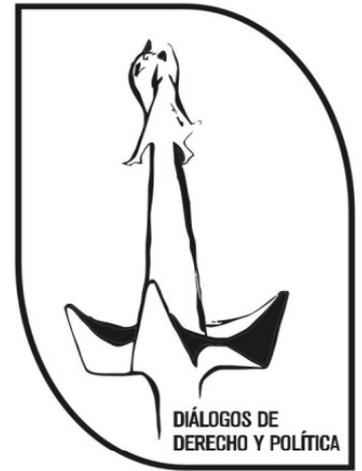
<http://www.prensarural.org>

<http://www.presidencia.gov.co>

<http://www.semana.com>

<http://www.senado.gov.co>

<http://www.soho.com.co>



## La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones

Mario Montoya Brand

Abogado y magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Magíster en Filosofía Política y Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Escuela de Derecho, Universidad Eafit.  
Correo electrónico: [mbrand@eafit.edu.co](mailto:mbrand@eafit.edu.co)

## Resumen

El presente artículo es una aplicación parcial de los resultados de la tesis doctoral defendida por el autor en el Doctorado en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, a finales del año 2009. Aquí se presentan algunas reflexiones generales respecto del estado de emergencia social –así como de las medidas excepcionales adoptadas durante el mismo– decretado por el Gobierno Nacional mediante decreto legislativo 4975 de diciembre de 2009, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en días recientes. A pesar de referirse a la situación planteada mediante dicho estado de excepción, el análisis que se propone cobra vigencia en el sentido de que asume un modelo analítico que parte de la exposición de las tensiones y los dilemas entre diferentes alternativas presentes en los sistemas políticos contemporáneos al momento de dar tratamiento a muy diversos tipos de problemas propios de las sociedades complejas.

**Palabras clave:** estado de emergencia social; estados de excepción; Gobierno Uribe; Estado de derecho; tensiones y dilemas en sistemas políticos contemporáneos.

## La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones<sup>\*\*</sup>

### Introducción

El Gobierno Uribe declaró el estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, y en su desarrollo expidió una serie de decretos legislativos<sup>1</sup> y otros decretos ordinarios<sup>2</sup> que han ido regulando la materia en su

---

\* Agradezco a la profesora de la Universidad Eafit, María Helena Franco, la juiciosa revisión que hizo de una versión previa de este texto. Así mismo, debo reconocer la valiosa colaboración de la estudiante Nataly Montoya Restrepo.

\* Es preciso indicar que este texto fue elaborado y presentado a consideración del equipo editorial de la revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*, previo a que la Corte Constitucional declarara la inexecutable del Decreto 4975 de 2009, “*Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social*”, mediante la sentencia C-252 de abril 16 de 2010, así como de las demás medidas adoptadas en razón de dicho estado de excepción. Para consultar esta decisión y aquellas otras correspondientes al control de constitucionalidad de los demás decretos proferidos con ocasión de la emergencia social, pueden verse los comunicados n° 20 y 21 de abril 21 de 2010, y el registro de video de la rueda de prensa en el sitio web <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

<sup>1</sup> Decreto 074 de enero 18 de 2010, “[p]or medio del cual se introducen modificaciones al régimen del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –Fonsat– y se dictan otras disposiciones”; Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”; Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”; Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “[p]or el medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”; Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”; Decreto 131 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del plan obligatorio de salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 132 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” y Decreto 133 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>2</sup> Decreto 120 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol; Decreto 358 de 4 de febrero de 2010, “[p]or el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de 21 de enero de 2010” y Decreto 398 de 5 de febrero de 2010, “[p]or medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010”.

conjunto. El Gobierno argumentó que con las medidas contenidas en las mencionadas normas busca salvar de su crisis el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, mejorar sus condiciones financieras y resolver los problemas de acceso de los usuarios. Según el Gobierno, en términos generales, la situación de crisis se debe a las siguientes causas: el crecimiento abrupto y acelerado entre los años 2007 a 2009 de las demandas del servicio de salud por parte de los usuarios; el incentivo a consumir drogas y tratamientos costosos; los medicamentos con precios alterados; el hecho de que los departamentos y el distrito capital están en déficit; la deuda de más de 37 mil millones de pesos a las Empresas Promotoras de Salud -EPS- y a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS-; la estructura estatal funciona de manera ineficiente; la capacidad de vigilancia, control y sanción está desbordada; la Corte Constitucional ordenó cumplir con todas las prestaciones en salud definidas por la Constitución, las leyes y la jurisprudencia constitucional.

Las medidas más conocidas decretadas con la emergencia social son: costear las prestaciones excepcionales en salud, es decir, las que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS- con el patrimonio de los pacientes o sus familiares previa verificación de sus capacidades de pago (las cesantías, las pensiones, dineros del grupo familiar y líneas de crédito); crear el Fondo para las Prestaciones Excepcionales en Salud -FONPRES-, con dineros limitados hasta agotarse, que son recaudados a través del impuesto sobre las ventas -IVA- para la cerveza, el cigarrillo y los juegos de azar; el FONPRES será administrado por miembros del Gobierno Nacional o nombrados por este último; el FONPRES empezaría a operar seis meses después de la entrada en vigencia del decreto respectivo; sancionar en ciertos casos a los médicos con prisión o multas; autorizar las aseguradoras para administrar el Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito -SOAT- también administrarán el Fondo del Seguro de Accidentes de Tránsito -FONSAT-; controlar la evasión y la elusión en el pago de cotizaciones; establecer estándares obligatorios para el médico tratante en materia de tratamientos y medicamentos (en decreto expedido con posterioridad, el médico puede apartarse dando razones de peso); definir que el POS se corresponde con el núcleo esencial del derecho a la salud; determinar que el POS se establecerá también con criterios de participación ciudadana; redefinir la autonomía médica como la capacidad de autorregulación y como sujeción a estándares; determinar que la capacitación de los médicos se efectuará con recursos provenientes de los juegos de azar, licores y multas; ordenar estudios sobre la viabilidad del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- que iniciarán en el año 2011; y por último, ordenar estudios de programas de saneamiento financiero de las entidades del sector.

La declaratoria de emergencia social tiene un conjunto de antecedentes jurídicos mediatos: los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981), diversos artículos

constitucionales, las leyes 100 de 1993, 137 de 1994, 1122 de 2007, diversas líneas de jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional,<sup>3</sup> entre otros; y un antecedente jurídico inmediato: se trata de la Sentencia T-760 de agosto de 2008, en la cual la Corte Constitucional determina que existen importantes fallas en la regulación del SGSSS y ordena al Gobierno resolver todos los problemas del sector salud no resueltos hasta ese entonces.

Tomado en su conjunto, este material normativo permite afirmar que en Colombia el SGSSS es fuente de violación sistemática y permanente de numerosos derechos constitucionales, algunos de los cuales son además derechos fundamentales (Constitución Política, artículos 44 y 46), para el caso, el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al acceso a la salud,<sup>4</sup> el cual es clave si se considera que se trata de un servicio público esencial.<sup>5</sup> La salud, además, es un derecho irrenunciable y su prestación debe ser progresiva (Constitución Política, artículo 366). Ya desde 1992, la Corte Constitucional ordenó a los diferentes gobiernos, que cumplan con las tareas necesarias para alcanzar las metas de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidas por la Constitución (Constitución Política, artículos 48, 49 y 365). Es necesario advertir también que los recursos aportados al SGSSS son contribuciones parafiscales, es decir, son ingresos tributarios, hacen parte de los ingresos públicos, pero afectan a un determinado grupo social y deben utilizarse únicamente para beneficio del propio sector. Igualmente, conviene señalar que el SGSSS está organizado en dos regímenes: el contributivo, configurado por trabajadores dependientes o independientes que aportan al SGSSS, y el subsidiado, hoy mayoritario, sin empleo, cuyos dineros son provenientes del régimen contributivo y de las entidades territoriales.

---

<sup>3</sup> La jurisprudencia es sumamente extensa y puede encontrarse un mapa de su evolución y contenido en la mencionada Sentencia T-760 de 2008.

<sup>4</sup> En palabras de la Corte Constitucional: “El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” Cfr. Sentencia T-760 de 2008.

<sup>5</sup> Cfr. Ley 100 de 1993, artículo 2; Corte Constitucional Sentencias SC 450 de 1995 y SC 663 de 2000.

Las órdenes de la Corte Constitucional relativas al SGSSS han sido sistemática y gravemente incumplidas por los diferentes gobiernos, incluidos los dos períodos del Gobierno Uribe, y el resultado general es el de una porción altísima de la población nacional sin un cubrimiento efectivo en materia de salud, más allá de que estén catalogados en los niveles 1 y 2 del Sisben, y en consecuencia, se encuentren situados en el régimen subsidiado. Simultáneamente, se han venido interponiendo y tramitando miles de acciones de tutela para resolver por vía judicial los casos de muchísimas de las personas desatendidas por el SGSSS.<sup>6</sup>

Por último, conviene señalar que el estado actual de cosas es que los diferentes decretos expedidos por el Gobierno se encuentran sujetos al pronunciamiento del Congreso, que puede derogarlos, adoptarlos como legislación permanente o dejarlos vigentes durante el periodo de la emergencia; simultáneamente, la Corte Constitucional adelanta el juicio de constitucionalidad de los mismos, que puede concluir con la declaratoria de inexecutable o executable total o parcial. Ambas decisiones están pendientes. La pregunta fundamental para el derecho es si el Presidente violó o no violó la Constitución y otras normas jurídicas que configuran el llamado bloque de constitucionalidad, es decir, el parámetro jurídico para juzgar esta declaratoria de estado de excepción. Pero más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas, hay aspectos políticos en la declaratoria de emergencia social que permiten caracterizar ciertos perfiles del Gobierno Uribe.

### **Propuesta de análisis**

Este texto asume que un buen modelo para presentar la situación que se plantea de manera panorámica y profunda, es el de las tensiones o, quizás mejor, el de los dilemas entre diferentes alternativas presentes en los sistemas políticos contemporáneos para dar tratamiento a muy diversos tipos de problemas propios de las sociedades complejas. Así, por ejemplo, un gobierno, una institución en general, la sociedad o una persona, pueden posicionarse frente a una situación determinada tomando en cuenta diferentes alternativas de tratamiento que pueden oscilar entre puntos polarizados tales como el de democracia/autoritarismo, liberalismo/conservadurismo, mercantilismo/derechos humanos, integración/desintegración social, entre muchos otros. Mirada en su conjunto, la respuesta que dé un gobierno a una situación determinada, puede coincidir en extremos que permitan caracterizarla simultáneamente como autoritaria, conservadora, mercantilista, desintegradora, etc., o bien, democrática, liberal, proclive a los derechos, integradora, entre otras. Sobre esta base se procede a desarrollar el modelo de análisis propuesto.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, al tomar cifras presentadas por la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional estima que entre 1999 y 2005, las tutelas interpuestas para la protección del derecho a la salud, tienen una participación en el número total de tutelas, que oscila entre el 24.7% en 1999 al 36.1% en 2005.

## 1. Tensión entre demoliberalismo (Estado de derecho) y autoritarismo (razón de Estado)

Es perfectamente válido entender al constitucionalismo como el conjunto de límites formales y materiales que se establecen sobre el poder político, en particular, sobre el gobierno.<sup>7</sup> Dentro de los límites formales recogidos por el constitucionalismo suelen encontrarse aquellos que provienen del estado de derecho: gobierno de las leyes y no gobierno de los hombres, separación y equilibrio entre poderes,<sup>8</sup> legitimidad del poder político en el sentido de su origen popular y legalidad del mismo porque el poder se ajusta en su ejercicio a las formas legales. Los límites materiales más importantes se componen sin duda de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales.<sup>9</sup> La lógica de los límites, propia del estado de derecho, se expresa en la claridad y precisión de las funciones y atribuciones que corresponden a cada órgano o institución del Estado, así como también en el tipo de actos que emiten<sup>10</sup>. Es lo que Kelsen llama estado de derecho en sentido técnico o material, el cual se compone de “[...] ciertas y determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe de Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, etc.”<sup>11</sup>

Por el contrario, el autoritarismo, que sin duda puede asumir muy diversas formas –tales como el absolutismo, el totalitarismo o la dictadura– se caracteriza por

---

<sup>7</sup> De acuerdo con Carl Friedrich “[e]l absolutismo, en todas sus formas, prevé la concentración del poder; el constitucionalismo, al contrario, el reparto del ejercicio del poder”. Cfr. Friedrich, Carl (1937). *Constitutional government and democracy*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975. En el mismo sentido, Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 139.

<sup>8</sup> La fórmula de Montesquieu es bien conocida: “Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el Monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente”, o también, “[n]o hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” p. 146 Cfr. Montesquieu (1748). *Del espíritu de las leyes*. México: Editorial Porrúa, 2001. Libro undécimo: “De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”.

<sup>9</sup> De ahí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispusiera en su artículo 16: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes no tiene constitución”.

<sup>10</sup> En Kant aparecen diferenciados los tres poderes y los actos en que se concretan: ley, decreto y sentencia. Cfr. Kant, Immanuel (1797). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel filosofía, 1996, 280 pp.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. pp. 152-153

rechazar el consenso como base del gobierno y sustituirlo por el principio de mando, normalmente concentrado en una o en pocas personas.<sup>12</sup> Algunos de sus más importantes rasgos están enmarcados en la inclinación por el orden, la disciplina, las jerarquías y el correlativo rechazo del desorden, la igualdad y la libertad.<sup>13</sup> La diferencia decisiva en lo que respecta al gobernante se halla en el principio de libertad que rige su posición y el de sometimiento de los gobernados, es decir, la perfecta inversión del Estado de derecho, o en otro sentido, de la democracia liberal. Dado que es común que los modelos autoritarios conduzcan a la concentración del poder en pocos o en un solo gobernante, es igualmente frecuente que los modelos de gobierno autoritarios coincidan con formas de gobierno personalistas,<sup>14</sup> es decir, aquellas en las que el binomio dominación/obediencia se centra más en la persona del gobernante (carismática) que en el derecho (dominación legal con administración burocrática) que rige su cargo.<sup>15</sup>

Con esta breve introducción es posible demostrar el carácter autoritario de las decisiones de emergencia del Gobierno Uribe, así por ejemplo:

1.1 El recurso al estado de excepción en su modalidad de emergencia social, en vez de recurrir a la legislación ordinaria o de la normalidad, es quizá la prueba más contundente del autoritarismo. Ya había advertido Ferrajoli acerca de los riesgos que implicaba el estado de excepción para el estado de derecho hasta el punto casi de demostrar su incompatibilidad total,<sup>16</sup> y en ese sentido existe

---

<sup>12</sup> Cfr. Stoppino, Mario. *Autoritarismo*. En: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (Coord.) *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997. p. 125

<sup>13</sup> Considera asimismo Kelsen que es perfectamente comprensible que "...precisamente este tipo [de gobierno] sea un fanático de la disciplina rígida y de la obediencia sin límites y que, de hecho, encuentre su mayor placer no sólo en mandar sino en obedecer. La identificación con la autoridad: tal es el secreto de la obediencia." Cfr. KELSSEN, Hans. *Forma de Estado y filosofía* (Parte de "Essays in legal and moral philosophie" Ed. Por D. Reidel - 1933). En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 114

<sup>14</sup> Medellín Torres, Pedro. *La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia*. En: *Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos Universidad de Antioquia, Medellín, no. 26, Enero-Junio, 2005, pp. 126 y ss.

<sup>15</sup> Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. pp. 173-180.

<sup>16</sup> "[Así] se entiende, además, la contrariedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la "defensa del estado de derecho y la democracia. Formulado así, el principio de la razón de Estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es estado valorado como "democrático", "constitucional" o "de derecho", bien porque el cambio de los medios legales se

una presunción de inconstitucionalidad –es decir, de autoritarismo– en cada declaración del estado de excepción que debe resultar derrotada sólo después de largas y profundas motivaciones, pruebas y argumentaciones, para llegar a la conclusión de que no había otra alternativa sino la peligrosa decisión<sup>17</sup> de abandonar el estado de derecho.

La Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, establece un test a superar por la declaratoria de emergencia social, compuesto de tres momentos sucesivos: en el primero de ellos, debe cumplirse con un presupuesto fáctico, referido a demostrar que los hechos que dan lugar a la declaratoria son sobrevinientes; en el segundo, se efectúa un análisis valorativo para determinar la gravedad e inminencia de esos hechos; en el tercer momento, se desarrolla el juicio de suficiencia, dirigido a demostrar que los medios ordinarios con los que cuenta el ordenamiento jurídico para tratar la supuesta situación crítica, no son suficientes o efectivos para superar los hechos que motivaron esa declaración.

Sin que sea imprescindible entrar en detalles, puede afirmarse que el presupuesto fáctico presentado por el Gobierno falla por una razón principal: los hechos invocados no son sobrevinientes porque todos ellos hacen parte de situaciones previstas desde los debates a los que se dio lugar con la expedición de la Ley 100 de 1993 y posteriormente, con la Ley 1122 de 2007, y además han sido detectados por cada uno de los gobiernos posconstitucionales, incluidos precariamente en algunos de sus planes de desarrollo, advertidos desde 1992 hasta 2008 por la Corte Constitucional en numerosos fallos, y por los organismos de control en conceptos rutinarios.

En cuanto al presupuesto valorativo, no queda duda acerca de que se trata de hechos graves e inminentes, pero la gravedad e inminencia no puede obedecer a criterios de oportunismo gubernamental. La gravedad e inminencia eran evidentes desde años atrás con la crisis hospitalaria, el ingente recurso a la tutela y los reportes generales acerca del estado del SGSSS. El Gobierno Uribe no reaccionó durante 7 años sucesivos a la gravedad e inminencia de la crisis del sistema de salud hasta que la Corte Constitucional expidió la Sentencia T-760 de 2008. Incluso lo hizo tarde, más de un año después de la última orden judicial.

---

presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión.” Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 813-814.

<sup>17</sup> El frecuente uso del término “decisión” en estas materias inexorablemente evoca y remite al pensamiento decisionista del autoritarismo defendido por Carl Schmitt. Al efecto véase Schmitt, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

Por último, en lo que hace relación al juicio de suficiencia, es imprescindible advertir una serie de violaciones de la Constitución de la máxima importancia: en primer lugar, el derecho a la salud es un derecho fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada por parte de la Corte Constitucional, lo cual es reconocido por el Gobierno en la declaración del estado de excepción y en los decretos reglamentarios, por tanto, atendiendo al artículo 152 de la Constitución, su desarrollo requiere de ley estatutaria y no de un decreto de emergencia social, con el cual se elude el principio democrático del origen parlamentario de las leyes, de la participación de todos en las decisiones que los afectan, del principio de representación y de la posibilidad de debatir y construir compromisos mayoritarios en el Congreso;<sup>18</sup> en segundo lugar, el Decreto 131 de 21 de enero de 2010, regula la autonomía profesional de los médicos,<sup>19</sup> y dado que ella está enmarcada dentro de un derecho fundamental, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución Política, su reglamentación sólo procede mediante ley estatutaria, al tenor del artículo 152 de la Constitución Política; en tercer lugar, el estado de emergencia desarrolla una reforma tributaria que debe ser tramitada por el Congreso de la República a través del trámite legislativo respectivo,<sup>20</sup> y no de una emergencia social; en cuarto lugar, el estado de emergencia desarrolla una reforma estructural del SGSSS, lo cual significa una reforma de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, cuya competencia corresponde al Congreso de la República, con el respectivo trámite legislativo; en quinto lugar, el Gobierno tuvo la oportunidad de presentar partidas presupuestales superiores para la salud dentro del presupuesto general de la nación, y sin embargo no lo hizo; en sexto lugar, casi todas las medidas de vigilancia, control y sanción incluidas dentro del estado de emergencia son medidas ordinarias, enmarcadas dentro del artículo 189 de la Constitución Política, y por lo tanto, no requerían de un estado de

---

<sup>18</sup> “La democracia, al limitar la autoridad, relaja también la disciplina; por eso se opone a todo poder absoluto, incluso el de la mayoría. El poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos nacionales o económicos, aún cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente, por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que procede el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso, el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso.” Cfr. Kelsen, Hans. *Forma de Estado y filosofía* (Parte de “Essays in legal and moral philosophie” Ed. Por D. Reidel-1933). En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 145

<sup>19</sup> Que por cierto queda definida de manera absolutamente contraria a cualquier significado de autonomía, esto es, como subordinación o dependencia, pues el decreto la determina como “capacidad de autorregulación y como sujeción a estándares”.

<sup>20</sup> De hecho, el gobierno presentó un proyecto de ley similar en la legislatura pasada.

emergencia; más aun, muchas de ellas ya estaban creadas, como es el caso de aquellas referidas al control de precios de los medicamentos, cuya competencia corresponde al Ministerio de Protección Social, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Comisión Nacional de Regulación en Salud; en cualquier caso, no hay noticia alguna por parte de las instituciones de vigilancia y control acerca del desborde argumentado por el gobierno; en séptimo lugar, y en relación directa con el punto anterior, es necesario señalar que si el SGSSS llegó al estado actual, ello se explica en parte por la propia inoperancia del Gobierno Nacional, aceptada en los propios decretos de emergencia, y también, por la precariedad en el cumplimiento de las competencias propias de la Fiscalía, la Procuraduría y la Superintendencia de Salud, entre otras entidades. En suma: violación del principio de división de poderes y alegación del propio dolo gubernamental.

Precisamente, este último punto encaja bien con una crítica que se puede formular al enfoque de lucha anticorrupción de la emergencia social.<sup>21</sup> Aunque pueda parecer una afirmación sorprendente, la corrupción no existe,<sup>22</sup> y por tanto, la lucha anticorrupción es un invento sin objeto, y por ello mismo, carecen de objeto legítimo todas las instituciones que justifican su existencia en este supuesto enemigo. La corrupción no es nada diferente a la agrupación –con fines de amedrentamiento y reforma– de una serie de delitos, faltas disciplinarias y otros tipos de violación a los ordenamientos jurídicos, los cuales ya tienen existencia jurídica independiente, así como también instituciones que cuentan con atribuciones para investigarlos, juzgarlos y sancionarlos. La corrupción no agrega nada. Pero la llamada “lucha anticorrupción” sí permite agregar cosas: una estructura burocrática que suele depender del Presidente, que es paralela a las instituciones judiciales, disciplinarias y de vigilancia y control, creadas por la Constitución; y de otro lado, argumentos políticos para justificar las reformas de interés gubernamental, que nadie aceptaría de otra manera. En este último sentido, las denuncias de corrupción y los escándalos súbitos suelen ser el primer paso a dar antes de iniciar procesos de reforma, tales como las reestructuraciones administrativas tan abundantes hasta el día de hoy, incluyendo la del SGSSS que promueve la emergencia social que aquí se examina. La lucha anticorrupción es una lucha innecesaria que sólo se superpone a las atribuciones ya existentes. Toda la institucionalidad burocrática que crea la emergencia social es superflua, son recursos perdidos, que trasladan atribuciones de la Fiscalía, la Procuraduría, la Superintendencia de Salud, el control interno y el control de tutela, al Gobierno Nacional.

---

<sup>21</sup> Reglamentado por medio del Decreto 126 del 21 de enero de 2010.

<sup>22</sup> Montoya Brand, Mario. *La instrumentación política de la corrupción*. En: *Estudios Políticos*, Medellín: Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. No. 16. Enero – junio de 2000. pp. 103-117.

Un reparo más a la emergencia social y que se enmarca en el juicio de suficiencia, es el recurso al derecho penal como *prima ratio* y no como última *ratio*, pues el Gobierno Nacional no agota todos los recursos institucionales existentes antes de recurrir a la fuerza extrema del Estado. Esta política gubernamental es más criticable aun si se toma en cuenta que se trata de un estado de emergencia social, y que el recurso a medios penales acompañan a todas las demás medidas, como si simplemente todos ellos se encontraran al mismo nivel dentro de un estado de derecho.

Por el contrario, los mecanismos más recurridos del estado social de derecho en Colombia para garantizar el derecho fundamental a la salud, como ocurre con la tutela, resultan claramente desalentados por los decretos de emergencia, que no se limitan a intentar resolver los problemas del SGSSS, y que como consecuencia el recurso desmedido a la tutela para lograr la protección de la salud se vea reducido por el mejoramiento del SGSSS, sino que explícitamente se pronuncia contra su uso.<sup>23</sup> Así pues, sin mecanismos concretos que garanticen aquel derecho, la tutela sigue siendo la única opción, y mediante la emergencia, el decreto insinúa que se la abandone.

Es por prácticas políticas de este tipo que un clásico como Kelsen concluye desde una perspectiva sumamente crítica a propósito del estado de necesidad – léase estado de excepción o de emergencia social– que “[e]n el estado de necesidad, el estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de libertad de sus súbditos incluso sin base legal, privarles de su propiedad, aún destruirla sin previa indemnización; en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma constitución por parte de los órganos estatales, especialmente por parte del jefe del Estado. Se habla de un <derecho de legítima defensa del Estado> y se argumenta del modo siguiente: el Estado tiene que vivir, y si es imposible que esto sea por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, especialmente el órgano supremo, el monarca, están obligados a hacer cuanto sea preciso para mantener el Estado.”<sup>24</sup>

Y la explicación, para sorpresa de algunos, descansa en el iusnaturalismo –tan coincidente con el autoritarismo– que motiva imperceptiblemente los estados de necesidad: “[n]aturalmente, esto no es más que un razonamiento político-jusnaturalista que, como de ordinario, pretende hacerse pasar por Derecho positivo. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que <vivir>, suele

---

<sup>23</sup> El Decreto 128 de 2010, dentro de sus “considerandos”, busca evitar la “necesidad de acudir al juez de tutela”.

<sup>24</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. pp. 262 y 263

ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del <estado de necesidad política>. Del derecho de legítima defensa precisa distinguir la posibilidad (expresamente admitida en muchas constituciones) de suspender temporalmente, en caso de guerra o de alteraciones del orden público, las determinaciones referentes a los derechos de libertad de los súbditos, o incluso otros preceptos constitucionales: lo cual lleva aparejada la facultad concebida a las autoridades públicas de invadir ampliamente la libertad de los particulares. Esto es lo que constituye la proclamación del estado de sitio o estado de excepción.”<sup>25</sup> No es otra cosa que el tono salvífico del estado de excepción para el SGSSS, que desde luego, como suele ocurrir con casi todos los estados de excepción, dejará el sistema peor después de aplicar el remedio.

- 1.2 Toda la emergencia social se declara como respuesta al mencionado pronunciamiento de la Corte Constitucional en el cual se ordena al Gobierno Nacional cumplir con la Constitución en materia del derecho fundamental a la salud. Esta respuesta normativa, más los pronunciamientos del Gobierno por los medios de prensa, expresan un sentimiento gubernamental encaminado a sostener que la Corte Constitucional tiene la culpa de la crisis en materia de salud, y que sus órdenes sólo se pueden cumplir mediante la violación del estado de derecho, es decir, por vía de excepción. En el fondo de todo esto, el Gobierno parece decir que la responsabilidad jurídica y política de la crisis del SGSSS se explican porque la Corte Constitucional con sus pronunciamientos sobrecargó el SGSSS de salud, que venía siendo bien manejado por el Gobierno Uribe. En este sentido, la emergencia social y su uso político, es sólo un episodio más de las persecuciones gubernamentales a los jueces, y de manera especial, un intento adicional por desalentar controles judiciales sobre las actividades del Gobierno, muy útil en una época en la que se discute una reforma a la justicia, respecto de la cual las expectativas del Gobierno son las de obtener una mayor autonomía respecto del Tribunal Constitucional.
- 1.3 Debe admitirse que los asesores del Gobierno son sumamente habilidosos para encontrar en la Constitución fisuras constitucionales, que permiten a los gobiernos prácticas que nadie habría previsto en la Asamblea Nacional Constituyente. En materia tributaria es claro que el principio constitucional que rige la legislación sobre la materia es que no hay impuesto sin representación, y por tanto, se confía en que toda legislación y reforma sobre la materia se aprueba después de seguir el procedimiento de ley respectivo en sede del Congreso. Contrariando este marco normativo, los diferentes gobiernos habían expedido hasta ahora verdaderas reformas tributarias bajo la

<sup>25</sup> *Ibidem.*, pp. 262-263. Subrayas en el original.

modalidad excepcional de la conmoción interior, muy asociada a la guerra, con todos los costos que implicaba en materia de legitimidad, y especialmente porque luego debía intentarse con mucha dificultad blanquear estas normas, es decir, convertirlas en legislación ordinaria o de la normalidad. Pues bien, la emergencia social, al tenor del artículo 215 de la Constitución Política, es mucho más laxa en estas materias y es permisiva en cuanto autoriza con mucha facilidad a pasar de lo extraordinario a lo ordinario en materia impositiva. Luego, en un trámite parlamentario mucho más corto que el que se requiere para aprobar una reforma tributaria, la emergencia social puede ser aprobada, y con ello, todos los impuestos decretados bajo la excepción.

1.4 La declaratoria de emergencia considera una práctica que debe ser objeto de estudio, la cual se mueve entre el derecho y la política. Se trata del ya clásico recurso a la negociación del derecho, consistente en expedir abundantes órdenes, de diverso contenido, con numerosos destinatarios, para quienes se dispone copiosas medidas que desmejoran gravemente sus derechos. Lanzada la emergencia social en la que se incluye todo este complejo paquete de reformas jurídicas, se producen dos efectos de enorme utilidad para los gobiernos: en primer lugar, un fraccionamiento de los intereses de los diferentes actores involucrados, quienes se dispersarán en ejercicios de autoprotección de sus derechos, divididos en grupos de interés (médicos, pacientes, personal administrativo, etc.); y, en segundo lugar, una tendencia de cada uno de los actores a combatir por mínimos, pero en marcos sectoriales o de grupos de interés, es decir, a pelear con una perspectiva pesimista para obtener que las penas sean menores, los impuestos más bajos, las multas menos elevadas. En último término, lo que el Gobierno se propone es elevar la oferta de riesgo y dolor, para sacar mínimos en una situación de alta incertidumbre, para luego proceder a negociar con cada uno de los sectores de manera separada y conciliar la emergencia social con grupos de interés improvisados y fracturados, muy probablemente obteniendo la aprobación de los puntos centrales de la agenda gubernamental.

1.5 En relación directa con el punto anterior, está el recurso presidencial a la retractación -pública- pero no jurídica de algunas de las más resonantes medidas, adoptadas bajo la emergencia social (penalización de médicos y vinculación del patrimonio familiar a los gastos del tratamiento, sirven como ejemplos). En varias alocuciones presidenciales y entrevistas periodísticas, el Presidente ha sido claro en que deroga estas decisiones o ha manifestado su disposición a que el Congreso las derogue, pero él no lo hace directamente. El mensaje que le llega a la audiencia es que el Presidente reconsideró su actitud cerrada frente a un tema tan polémico, es decir, que de buena voluntad recapacitó. Sin embargo, las referidas medidas no son derogadas por medios jurídicos, es decir, que ellas se encuentran vigentes. Esta es una muestra muy interesante del personalismo presidencial que ha instalado con más fuerza el

Presidente Uribe en los últimos años. La opinión pública ha ido asumiendo que la palabra del Presidente es el ordenamiento jurídico mismo, mientras que el derecho se ha tornado menos importante o vinculante. Este personalismo presidencial es uno de los más significativos riesgos de una democracia, y expresa claramente la enorme diferencia que existe entre la democracia entendida como un gobierno *del* pueblo y la democracia entendida como un gobierno *para* el pueblo.<sup>26</sup>

- 1.6 El Gobierno ensaya una interesante estrategia encaminada a producir confusión en los órganos judiciales encargados de efectuar el control constitucional de las medidas, en cuanto expide simultáneamente decretos de estado de emergencia social, que en virtud del artículo 215 de la Constitución Política serían estudiados por la Corte Constitucional, y decretos ordinarios, temáticamente relacionados,<sup>27</sup> pero algunos de los cuales son a su vez reglamentarios de decretos legislativos que desarrollan el estado de emergencia social,<sup>28</sup> y que a pesar de ello, son expedidos como si fueran decretos ordinarios, con base en las facultades presidenciales del numeral 11, del artículo 189 de la Constitución Política, los cuales serían de control de la Corte Constitucional, pero van al Consejo de Estado. Así pues, se expiden decretos legislativos cuyo control corresponde a la Corte Constitucional, decretos ordinarios, temáticamente afines, pero cuyo control corresponde al Consejo de Estado, y decretos reglamentarios de los decretos de emergencia, pero supuestamente con base en el artículo 189 de la Constitución Política, para enviarlos al Consejo de Estado. Toda una estrategia para provocar confusión y divergencias en los órganos de control buscando el famoso “choque de trenes”, con lo cual se obtiene el objetivo autoritario de fortalecer al Gobierno Nacional al debilitar sus correlativos controles.

---

<sup>26</sup> De nuevo Kelsen interpreta con toda claridad este tipo de expresiones gubernamentales que pasan como “liderazgo”: “[n]aturalmente, no puede negarse la existencia de algo como el liderazgo dentro de un Estado democrático, y tampoco que la forma democrática de gobierno no impide, aunque tampoco favorezca, el surgimiento de líderes fuertes que pueden obtener el apoyo entusiasta de las masas. Tampoco puede negarse que la ascensión de una personalidad así puede traer como consecuencia la aniquilación de esta forma de gobierno y su sustitución por una autocracia franca o por una dictadura pretenda pasar por democracia.” Kelsen, Hans. *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988.

Y respecto de los sutiles engaños a propósito del sentido de la democracia y su relación con el pueblo, el propio Kelsen afirma que “[e]n tal ‘verdadera’ democracia, el pueblo puede estar ‘representado’ por una élite, una vanguardia o incluso por un líder carismático. Lo único que se necesita para ello es desplazar el acento, en la definición de democracia, de ‘gobierno del pueblo’ a ‘gobierno para el pueblo’.” KELSEN, Hans. *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988, p. 212-213.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el Decreto 120 de 21 de enero de 2010.

<sup>28</sup> El Decreto 358 de 4 de enero de 2010.

En síntesis, el estado de emergencia es autoritario en cuanto prefiere la emergencia a la normalidad, la decisión autocrática a la democrática, la legitimación del Gobierno a la credibilidad del juez constitucional, la *última ratio* a la *prima ratio*, el personalismo presidencial al ordenamiento jurídico, la concentración del poder al respeto por la división y el equilibrio entre poderes.

## 2. Tensión entre mercado y derechos humanos

Los decretos de emergencia se inscriben en la línea estatal (del Congreso y del Gobierno, y no de los jueces) de mercantilización de la salud, que es un grado superior al de la simple privatización, entendida esta última como la prestación del servicio de salud con la participación de los particulares. La mercantilización de la salud no se queda en la participación de los particulares en la prestación, sino que traslada el eje central del SGSSS –el usuario– al prestador privado, quien en términos del mercado lo único que busca es la propia maximización del beneficio. Una paradoja fundamental radica en que la privatización suele correr paralela a un proceso de debilitamiento de las funciones de vigilancia, seguimiento y control del Estado, y en último término, de aseguramiento del derecho a la salud, (Constitución Política, artículos 49 y 365)<sup>29</sup> para dar lugar a la simple lógica del enriquecimiento de algunos particulares, usualmente segmentos de cadenas oligopólicas. Los derechos fundamentales del usuario, su frecuente condición de debilidad manifiesta, la grave situación de quienes padecen una enfermedad, especialmente si se trata de niños, ancianos, desplazados, entre otros, apenas importan al sistema de salud. Así pues, en el dilema que se plantea entre el mercado y los derechos humanos, entre la rentabilidad y el derecho fundamental a la salud, la respuesta del sistema es que todo su orden gira alrededor de la factura y no del paciente, de la economía y no de la salud. Es por eso que el sistema llama “enfermedad de alto costo” a lo que los médicos califican como “enfermedad catastrófica”. Es por eso también que la salud es un gran negocio con claros ganadores y perdedores.<sup>30</sup>

Pueden ser referidos dos ejemplos en los cuales se recoge claramente este enfoque dentro de la declaratoria de la emergencia social, los decretos que la desarrollan y otros que le son paralelos pero temáticamente afines: el primer ejemplo, es el del traslado de los costos de las prestaciones excepcionales al paciente y a sus familiares,<sup>31</sup> con lo cual se releva al sistema de pagarlas, con dineros provenientes

<sup>29</sup> Esto ocurre, por ejemplo, al reducir sensiblemente el número de personas y los recursos en las instituciones de control, o también, al crear instituciones “sin dientes”, para controlar y sancionar a los agentes privados o públicos que proveen el servicio.

<sup>30</sup> Léase el artículo “Dónde está la bolita” publicado en *semana.com*, el 30 de enero de 2010, por el reconocido periodista e investigador Daniel Coronell.

<sup>31</sup> Decreto 128 de 21 de enero de 2010

de los impuestos y aportes de los trabajadores y empleadores. La prueba de la capacidad económica del paciente y de los familiares será un asunto particularmente problemático, entre otras cosas por la incompatibilidad con la urgencia propia de las enfermedades de alto costo. El segundo ejemplo, es cuando se le entrega a las aseguradoras el dinero del fondo para financiar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT– (FONSAT); lo cual significa que se libera –con el Decreto 074 de 2010– a las EPS de la carga de asumir los sobrecostos que deberían complementar al SOAT luego de superados los 800 salarios mínimos diarios legales vigentes; igualmente, con cargo al SOAT se elevaron los topes a 1.100 SMDLV y para beneficiar las cargas de las aseguradoras –que nunca manifestaron dificultades económicas–, redujeron el 20% del valor de la prima que deberían girar a la subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito –ECAT– del FOSYGA. Así, dicha subcuenta ECAT dejará de ser superavitaria y no quedarán los excedentes que han salvado a la red pública hospitalaria por atenciones a aquellos pobres por los que nadie responde.<sup>32</sup>

Es difícil sostener que en el marco de un modelo de estado social de derecho, por lo menos en la formulación constitucional, este orden económico y social propio del sistema de salud colombiano pueda ser calificado como justo, en los términos del artículo 2 de la Carta.<sup>33</sup> Por el contrario, parece muy injusto, y al parecer el estado de emergencia social contribuye a consolidarlo mediante claras desviaciones del poder institucional. Igualmente, parece superflua toda intención de establecer si el SGSSS colombiano hace prevalecer el interés general de la población sobre el particular de las EPS privadas.

### 3. Tensión entre integración y desintegración social

La emergencia social del Gobierno Uribe, prefiere la desintegración social a la integración social como forma de dar respuesta extraordinaria a los problemas de

---

<sup>32</sup> Estos datos son tomados de Reyes Forero, Germán. “Serán sancionados los médicos y odontólogos que se salgan de los parámetros de la racionalidad económica de los servicios de salud”. En: [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p\\_id=23986617&p\\_siteid=37](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p_id=23986617&p_siteid=37). , Consultado el 5 de febrero de 2010.

<sup>33</sup> De nuevo Kelsen, el desconocido por muchos, ofrece una clave de pensamiento socialista: “...creo ser lo suficientemente objetivo como para reconocer, que la seguridad económica para la gran masa es más importante que todo lo demás, y que yo no tengo el derecho de ser políticamente activo para la conservación de un sistema económico en el que yo y mis iguales nos encontramos bien, y actuar contra un sistema económico del que yo tenga que aceptar que funciona en interés de las grandes masas y al que yo creo –así lo queramos o no los beneficiarios de la economía libre– pertenece el futuro. De esta manera plena simpatizaba yo personalmente con un partido al mismo tiempo socialista y democrático, y de esa simpatía no hice nunca un secreto.” Kelsen, Hans. *Autobiografía* (1927, 1947). Editado por Matthias Jestaedt y traducido y presentado por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008, p. 117-118

larga duración que aquejan el SGSSS. Es la vieja práctica política de sortear las crisis mediante el enfrentamiento provocado de sectores, grupos de interés, poblaciones, entre otros. Es necesario advertir que ya desde la Constitución – artículo 336– se promueve este enfrentamiento al aprobar la norma que dispone financiar la salud con los impuestos provenientes del licor, el tabaco y los juegos de azar, es decir, se enfrentan los viciosos (fumadores, alcohólicos y apostadores) con los enfermos y pobres. Cabe decir dos cosas: la primera, no es del todo claro que los fumadores, alcohólicos y jugadores de azar sean quienes mayores gastos le impliquen al sistema de salud,<sup>34</sup> en cualquier caso, a nadie se le ocurriría agradecerles por contribuir al sostenimiento del SGSSS; la segunda, beber, fumar y apostar suelen ser prácticas más frecuentes entre las personas de bajos recursos, con lo cual la paradoja es que son los mismos pobres quienes sostienen el sistema de salud que no los atiende. Los decretos de emergencia social subrayan este enfrentamiento paradójico al incrementar el recaudo proveniente de este tipo de consumos.

Además, los decretos de emergencia promueven un claro enfrentamiento entre sectores, de una parte los estratos 5 y 6, y de la otra los estratos 0 a 4, pues más allá de las advertencias hechas a propósito de que la salud terminan pagándola los pobres que apenas la disfrutan, el presidente Uribe expresó en varias alocuciones televisivas que sólo los estratos 5 y 6 pagarían con sus propios recursos los gastos excepcionales en salud. La medida al parecer no se sostuvo, pero la práctica gubernamental de lanzar medidas para experimentar reacciones ya dice bastante del talante gubernamental. Probablemente no sea necesario advertir que en el estrato 5, y seguramente en el 6 también, se carece frecuentemente de los recursos económicos para sostener enfermedades de alto costo. Lo interesante es la sensación mediática de que de nuevo los pobres iban a ser subsidiados por los ricos.

De otro lado, los decretos de emergencia disponen que un parámetro para tomar decisiones a propósito del contenido esencial del POS, es el de la participación ciudadana,<sup>35</sup> además de ciertos criterios técnicos. De esta manera, por ejemplo, podría decidirse por aclamación pública, convocada por los gobiernos, acerca de la

---

<sup>34</sup> Tres comentarios de diferente orden al respecto: 1. Está por verse, por ejemplo, cuánto le cuestan al SGSSS las “benéficas” actividades físicas masificadas de practicar ejercicios en gimnasios, ciclovías y demás, en términos de enfermedades crónicas del aparato musculoesquelético, en cáncer de piel, entre otras, o incluso, el consumo de bebidas energizantes; 2. Conviene recordar que estos tributos no sólo tienen funciones fiscales, sino también correctoras de fallas del mercado, es decir, de externalidades negativas, como el de afectar la salud de terceros no dispuestos a consumir cigarrillo mediante la dispersión del humo ajeno; 3. El gravamen de estas actividades haría suponer que se busca desincentivarlas, pero si el consumidor actuase racionalmente, y consecuente con ello las abandonara, el recaudo se caería.

<sup>35</sup> Decreto 131 de 21 de enero de 2010, artículo 9, que ordena incluir un artículo 162 A, en la Ley 100 de 1993, referido al POS.

viabilidad financiera de costear los gastos médicos necesarios para atender a los enfermos de VIH –especialmente a los homosexuales– o las prestaciones excepcionales necesarias para atender a los enfermos terminales, cuyas dolencias son el resultado de consumo de alcohol o alucinógenos. Así pues, se trata del enfrentamiento entre los electores y los licenciosos, de los buenos contra los malos, de los moralmente correctos contra los pecadores, de los virtuosos contra los réprobos.<sup>36</sup>

En un sentido similar, pero que conviene subrayar, puede citarse el art 17 del Decreto 120 de enero 21 de 2010, que ordena fijar en los expendios de licor, avisos que adviertan que “el alcohol es nocivo para la convivencia social”. Es difícil encontrar una advertencia más absurda por la contraevidencia que entraña: el alcohol crea las condiciones más frecuentes de integración y convivencia social, más allá de que excepcionalmente, como consecuencia del estado que puede producir en ciertas personas, pueda jugar algún papel no muy bien definido en actos de violencia social. El hecho es que el Gobierno expide una medida que explota el miedo social a una práctica paradójicamente generalizada, el consumo de alcohol, que paradójicamente pasa de ser el medio constitucional para la financiación de la salud, a ser un factor que pone en inminente peligro la convivencia social.

Finalmente, y en la misma línea anterior, el artículo 23 del Decreto 120 de enero 21 de 2010, crea la figura de los “pactos por la vida” entre los residentes de zonas con altos consumos de alcohol, para que mediante acuerdos mutuos establezcan las condiciones que contribuyan a disminuir los hechos de violencia. Aquí el Gobierno no sólo renuncia sino que acepta su ineptitud para tratar los más mínimos problemas de convivencia social, mientras que entrega a los propios particulares involucrados el tratamiento de sus conflictos. Este tipo de medidas puede conducir a prácticas de autotutela y de justicia por propia mano, con lo cual los conflictos pueden incrementarse gravemente, promoviendo la desintegración social, por lo menos en términos democráticos, y sustituyéndola por formas de integración alrededor de la violencia, pero sin Estado.

#### 4. Tensión entre lo público y lo privado

Otro dilema que atraviesa a las políticas de emergencia del Gobierno Uribe, es el de lo público y lo privado, es decir, el de la disyuntiva entre lo público y lo privado como tratamiento que se ha de dar a ciertos problemas relevantes para el orden

---

<sup>36</sup> Kelsen advierte que la libertad puede estar en riesgo tanto por las determinaciones del Parlamento como por las determinaciones del pueblo: “(...) sería un prejuicio suponer que el único peligro de la libertad está del lado de los monarcas, y que el <pueblo > o la representación popular, como órganos legislativos, actúan siempre en sentido de la libertad, y aún el órgano legislativo constituido por el pueblo mismo o sus representantes muestra, en la práctica, la misma tendencia que el monarca absoluto a regular ampliamente la conducta individual.” Cfr. *Teoría General del Estado*. Op. Cit. p. 428

social o la garantía de los derechos. Ya Bobbio advirtió acerca de que lo público y lo privado constituyen más que un dilema una dicotomía, y que por tanto, aplicando sus conceptos, si una solución no consulta los intereses públicos consulta los intereses privados.<sup>37</sup>

Pues bien, considerado en un sentido amplio, ya el sistema de salud guarda unas preferencias importantes por lo privado en detrimento de lo público, las cuales no son atendidas por los decretos de emergencia, o si lo son, se hace desde la lógica de la mercantilización de los servicios. Así, por ejemplo: se prefiere localizar en los barrios farmacias en lugar de centros de salud, lo cual da lugar a que las personas consuman drogas sin fórmula médica para tratar síntomas cuyo origen se desconoce, pues muchos pacientes no pasan previamente por consultas médicas que determinen con claridad el tratamiento a seguir. Una solución pública al problema de la salud en Colombia, pasa porque se establezcan muchos más centros de salud en los cuales se efectúen diagnósticos adecuados, y que el acceso a los medicamentos haga parte de un segundo momento en el proceso de atención. Las farmacias sin centros de salud sólo favorecen el autodiagnóstico, la precarización y la mercantilización de la salud pública.

En segundo lugar, lo que podría llamarse de verdad salud pública no es objeto de tratamiento alguno por parte de los decretos de emergencia. La emergencia se ocupa a lo sumo de algunos de los asuntos de la salud de los particulares, pero deja a un lado los grandes problemas de la salud preventiva, en particular, de la salud epidémica, aquella en la que se entroncan de manera más severa la pobreza y las enfermedades.<sup>38</sup> Este es el gran caldo de cultivo de los problemas de salud en Colombia: la falta de políticas públicas preventivas y no curativas, pues estas últimas ponen la salud de las personas consideradas como casos particulares en manos de las EPS y las farmacias. Sin políticas preventivas de salud, sin campañas de salud, sin campañas de vacunación atadas a políticas de perfiles poblacionales, la salud queda particularizada en el caso por caso que hace derivar los recursos del sistema a las grandes empresas farmacéuticas y a las EPS. Así entonces, una preferencia por las soluciones públicas a la problemática de la salud en Colombia, pasa primordialmente por favorecer los centros de salud y las campañas de salud preventivas en lugar de las farmacias y las EPS, pues estas últimas no son aptas para responder a las expectativas de una adecuada salud pública. Esto es comprensible, pues la salud pública, concebida en estos términos, subraya de inmediato la conexión entre la pobreza y los problemas de salud, y termina demostrando que no se pueden resolver estos últimos sin resolver aquella.

---

<sup>37</sup> Cfr. Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México: Fondo de cultura Económica, 1996.

<sup>38</sup> Se trata claramente de bienes meritorios que deben ser provistos mediante políticas públicas.

Un ejemplo más de las preferencias por lo privado en lugar de lo público, lo ofrece el hecho de que el Gobierno Nacional decidió declarar la emergencia social con el llamado de auxilio de algunas EPS y no con los numerosos llamados formulados en los últimos años por parte de los hospitales públicos. El asunto es que la red hospitalaria se encuentra en crisis desde hace muchos años, son los hospitales los más aptos para atender el modelo de salud pública mencionado atrás, pero se encuentran en crisis financiera porque el Gobierno Nacional no gira los recursos necesarios para atender sus gastos de todo tipo: laborales, de funcionamiento, de recursos hospitalarios, entre muchos otros. El Gobierno Uribe prefirió salvar a las EPS en lugar de salvar a los hospitales.<sup>39</sup>

Algunos aspectos menores que rodean la declaratoria de emergencia social también dicen mucho del talante privatista del Gobierno Uribe. Aquí están dos de ellos: uno, la fecha de la expedición del decreto que declara la emergencia social, es decir, el 23 de diciembre, sugiere una práctica de ocultamiento de la inconveniente decisión, pues disminuye la resistencia social y sectorial inmediata, al tomar una medida en medio de la algarabía general decembrina que inhibe el criterio social bajo los efectos del alcohol; dos, el momento de la discusión o debate, pues no sólo se eludió la participación del sector salud en la elaboración de una medida tan problemática, al expedir un decreto hasta ese momento desconocido para el sector, y sólo al alcance de asesores particulares, sino que la convocatoria al Congreso se hizo en una fecha igualmente inconveniente, el 29 de diciembre, y el momento de la discusión fue a posteriori, mientras que los escenarios de la discusión fueron el de los asesores privados en conciliábulo con el Gobierno y el de las declaraciones presidenciales en los medios de comunicación, y no el escenario público parlamentario, como lo ordena la Constitución.

## 5. Tensión entre visión de corto plazo y visión de largo plazo

Se sabe que los grandes problemas del sector salud en Colombia se explican en buena parte porque la Ley 100 de 1993 se proyectó para un contexto laboral de acuerdo con el cual el 70% de las personas se encontraría empleada bajo esquemas formales, mientras que el 30% de las personas se encontrarían desempleadas y por tanto subsidiadas por el sistema.<sup>40</sup> Se trata de la diferencia entre el régimen

<sup>39</sup> Apenas se los menciona en alguno de los considerandos del decreto que declara la emergencia social. Al respecto véase “¿Y la salud pública qué?”. Tomado de *eltiempo.com*. [http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA\\_NOTA\\_INTERIOR-7195492.html](http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7195492.html) Consultado el 25 de febrero de 2010.

<sup>40</sup> Véase al efecto el artículo de prensa “La crisis del sector de la salud tiene antecedentes de más de quince años. Un debate postergado”, de Leonardo Cañón, Juan Carlos Cortés y Emilio Carrasco. Publicado en *elespectador.com*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso186415-un-debate-postergado> Consultado el 7 de febrero de 2010. Cabe aclarar también que no se trata sólo de un asunto de empleo y

contributivo, compuesto por personas laboralmente activas, que subsidian al resto de la población incapaz de acceder por sus propios medios al SGSSS. Sin embargo, la configuración laboral del país cambió radicalmente desde 1993 hasta hoy, en parte por las desacertadas políticas públicas de los gobiernos en materia laboral, de manera que en la actualidad el régimen contributivo es mucho menor de lo proyectado y el régimen subsidiado es enorme. En tales condiciones, el sistema de salud es inviable.

El problema del desempleo entonces es una de las causas principales de la debacle del sistema de salud en Colombia, y su solución es un asunto mucho más estructural y de mediano y largo plazo. Así las cosas, las soluciones adoptadas mediante un estado de excepción, y en particular mediante este de emergencia social, no tocan en lo absoluto la causa principal de los problemas de salud en Colombia, es decir, el tema del desempleo, el subempleo y la informalidad. El problema no se resuelve con medidas que buscan la disponibilidad presupuestal inmediata, sino con el tratamiento de las causas estructurales. Pero en los gobiernos colombianos tiene un gran peso el asunto de la eficacia cortoplacista y no la efectividad del largo plazo. En este sentido, importan más las medidas que resuelven los problemas de legitimidad inmediata de los gobiernos y no los problemas de efectividad de los derechos.

## 6. Tensión entre la experticia y la política

Las formas de gobierno y de administración permiten distinguir entre la democracia y la tecnocracia,<sup>41</sup> es decir, entre el gobierno de los representantes democráticos, elegidos por el pueblo y surgidos del pueblo mismo y el gobierno de los funcionarios expertos, de los servidores públicos técnicamente formados y cuyas decisiones se apoyan en criterios científicos o de alta técnica. De un lado el gobierno del pueblo y del otro el gobierno del técnico. En el primer caso, se elige al servidor público precisamente porque es un igual, una persona del pueblo, que goza de las simpatías públicas, que carece de alguna formación técnica, pero que comparte los propios sentimientos y la perspectiva de los gobernados. En el segundo caso, el del funcionario experto, no suele estar precedido por una elección democrática, sino más bien por una selección, un proceso concursal o de carrera administrativa, durante el cual el aspirante a ocupar un cargo demuestra su experticia frente a competidores igualmente expertos. Su alta formación científica o técnica lo selecciona, y es esa misma formación la que le permite desempeñarse en un cargo que por definición es de expertos y para expertos. En suma, un tecnócrata.

---

desempleo, sino también de subempleo e informalidad. Precisamente estas dos últimas son cada vez más recurridas por el propio sector productivo formal.

<sup>41</sup> Véase al efecto: Vélez Rendón, Juan Carlos. *Modernización del Estado y administración pública: entre la burocratización y la tecnocracia*. Estudios Políticos, No. 6, julio de 1995, p. 75-95

En las sociedades contemporáneas cada uno de estos funcionarios tiene su lugar: el representante democrático, sin tener que ser un ignorante, puede representar al pueblo si cuenta con sus simpatías, mientras que el experto carece de toda representación popular, pero puede tomar decisiones sumamente acertadas en campos específicos para los que se capacita durante largo tiempo. El funcionario experto decide en su microcampo técnico, el democrático orienta los destinos de una sociedad de acuerdo con los intereses que comparte con sus electores. El funcionario experto suele ser invisible, mientras que el democrático suele ser muy visible. Cada uno tiene su lugar, el uno es representativo, el otro no.

La sustitución de un tipo de funcionario por el otro suele ser muy peligrosa. Las sociedades democráticas son tales porque quien gobierna comparte los intereses de los que lo eligieron, y no porque quien gobierna lo haga con base en criterios científicos que suelen ser sumamente antidemocráticos. Es la igualdad política y no la desigualdad científica la que da lugar a este tipo de orden. Sin embargo, en estas sociedades, no se querrá que una decisión de alta técnica la tome un ignorante en el tema, es decir, alguien a quien se elige por razones políticas.

La disyuntiva entre la selección del experto y la elección del representante democrático, se pone de manifiesto en las medidas de emergencia social tomadas por el Gobierno Uribe, al confundir de manera deliberada y peligrosa ambos planos, es decir, al determinar que habrá comités de expertos, integrados por servidores públicos nombrados por funcionarios de elección popular, pero que carecen de la formación necesaria para responder con criterios de alta técnica en asuntos que los hacen incompetentes para decidir con acierto científico. En concreto, de acuerdo con el Decreto 128 del 21 de enero de 2010, el Consejo de Administración del FONPRES, que incide en la toma de decisiones de alto contenido técnico, estará integrado por ministros, directores de departamentos administrativos, entre otros, o tendrán la influencia directa de sus guías, estándares y demás, en los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud.

La medida gubernamental que ordena la sustitución del experto por el burócrata, ignorante en decisiones de alta técnica, sólo se comprende –que no justifica– por los criterios políticos de un perverso eficientismo económico, encaminado a salvar inconfesables intereses de agentes que apenas figuran en todas estas discusiones: ciertas EPS y las empresas farmacéuticas. Un control de los costos –que se perciben como desbordados– por la vía de desplazar al experto y cambiarlo por el político.

## **7. Tensión entre autonomía del paciente y autonomía del sistema**

Mientras que bajo el “modelo liberal” de organización política y social se promueve la autonomía de los individuos frente al Estado, a los sistemas y demás formas de poder, en el marco del “paradigma neoliberal” esta autonomía se pierde y las decisiones de las personas se ven subordinadas a las nuevas formas de poder que

determinan las vidas individuales. La organización neoliberal de las sociedades tiene expresiones muy diversas, y una de ellas es que se trata de cierto liberalismo sin autonomía de la persona para definir su propio proyecto de vida, en el sentido de sometimiento a las determinaciones de los sujetos que dominan el mercado. Se trata de una expresión de los procesos de estandarización de las vidas de las personas para viabilizar proyectos de mercado.

Este tipo de orden en el cual los derechos de las personas no son atendidos, prestados y garantizados por entidades públicas sino por poderosos particulares, propicia que los derechos queden sujetos al criterio de las entidades privadas que actúan como sus administradoras, con lo cual definen toda su efectividad. Es por ello que el mayor peso en el sistema de salud lo tienen las EPS y no los pacientes, pues son las primeras y no los segundos quienes definen los contenidos y alcances de los derechos, y eso ocurre particularmente con las determinaciones que definen el grado de autonomía de ambos polos dentro del sistema de salud: es la EPS quien define el médico, la institución de salud que ha de prestar el servicio, el tiempo de espera del paciente para la atención, el tiempo necesario para que una cita médica se lleve a efecto, el concepto de urgencia con riesgo vital, el tiempo para reportar a la EPS el estado del paciente, entre otras cosas.

En el dilema que existe entre autonomía del paciente y autonomía de las EPS y demás entidades que prestan el servicio de salud, el SGSSS prefiere la autonomía de las prestadoras de servicio en lugar de la autonomía del paciente en asuntos que serían de su completo interés. Los decretos de emergencia social intensifican esta preferencia hasta el punto de invertir la lógica de quién sirve a quién. Es decir, los decretos de emergencia empeoran la condición de mero objeto asignada por el sistema al paciente, mientras transfieren sus decisiones autónomas hacia las EPS que adquieren mayores competencias para determinarlos.

## **Conclusión**

Los comentarios anteriores permiten afirmar que la maniobrabilidad gubernamental derivada del estado de emergencia social es enorme: el Gobierno Nacional le pasa el problema al Congreso (a quien le pide que haga permanente la reforma de emergencia, a la vez que parece sugerirle derogar algunas disposiciones), a la Corte Constitucional (pues sugiere que la crisis de la salud la generó la Corte en el año 2008), a los usuarios y médicos (a quienes les endilga una buena dosis de sospecha), a las entidades territoriales y hospitales (a quienes acusa de mala administración). El único que no resulta responsabilizado por la hecatombe del SGSSS es precisamente el Gobierno Nacional, en cuyas manos está, por disposición constitucional, el propio sistema.

Puede concluirse entonces que la declaratoria de la emergencia social con los decretos que la desarrollan y otros decretos paralelos, privilegia medidas de

excepción proclives a dar un tratamiento determinado por su carácter autoritario, mercantilista, desintegrador de la sociedad, privativista, cortoplacista, politiquero y que promueve la dependencia del paciente. Aunque en todos los casos estos rasgos no son necesariamente violatorios de la Constitución de 1991, sin duda ofrecen razones de peso para declarar la inconstitucionalidad de las medidas.

## Referencias bibliográficas

Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.

Cañón, Leonardo; Cortés, Juan Carlos y Carrasco, Emilio. *¿Y la salud pública qué?* Tomado de *eltiempo.com*. de 2010. [http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA\\_NOTA\\_INTERIOR-7195492.html](http://www.eltiempo.com/opinion/forolectores/ARTICULO-WEB-PLANTILLA_NOTA_INTERIOR-7195492.html). Consultado el 25 de febrero de 2010.

Coronell, Daniel. *Dónde está la bolita*. Publicado en *semana.com* el 30 de enero de 2010

El Espectador. *La crisis del sector de la salud tiene antecedentes de más de quince años. Un debate postergado*. Publicado en *elespectador.com*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso186415-un-debate-postergado>. Consultado el 7 de febrero de 2010.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 813-814.

Friedrich, Carl (1937). *Constitutional government and democracy*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1975.

Kant, Immanuel (1797). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel filosofía, 1996, 280 pp.

Kelsen, Hans. *Autobiografía* (1927, 1947). Editado por Matthias Jestaedt y traducido y presentado por Luí Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia con la colaboración del Instituto Hans Kelsen, 2008

\_\_\_\_\_ *Forma de Estado y filosofía*. Parte de *Essays in legal and moral philosophie*. Ed. Por D. Reidel-1933. En: *Esencia y valor de la democracia* (1920 primera edición). Traducción de Luis Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia. México: Colofón, 1992. p. 114

\_\_\_\_\_ *Los fundamentos de la democracia*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988.

\_\_\_\_\_ *Teoría General del Estado* (1925). Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.

Medellín Torres, Pedro (2005). *La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia*. En: Estudios Políticos número 26. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

Montesquieu (1748). *Del espíritu de las leyes*. Libro undécimo: *De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución*. México: Editorial Porrúa, 2001

Montoya Brand, Mario (2000). *La instrumentación política de la corrupción*. En: Estudios Políticos número 16. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín. pp. 103-117.

Reyes Forero, Germán. *Serán sancionados los médicos y odontólogos que se salgan de los parámetros de la racionalidad económica de los servicios de salud*. En: [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p\\_id=23986617&p\\_siteid=37](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia?p_id=23986617&p_siteid=37). Consultado el 5 de febrero de 2010.

Schmitt, Carl. *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

Stoppino, Mario. *Autoritarismo*. En: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco (Coord.). *Diccionario de Política*. Décima edición en español. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997. p. 125

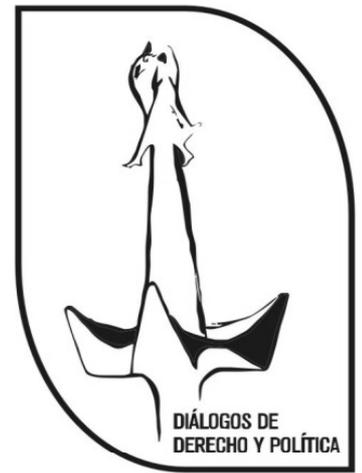
Vélez Rendón, Juan Carlos (1995). *Modernización del Estado y administración pública: entre la burocratización y la tecnocracia*. En: Estudios Políticos número 6, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín. p. 75-95

Weber, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. pp. 173-180.

### Fuentes normativas

- Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, por medio del cual se declara una emergencia social.
- Decreto 074 de enero 18 de 2010, “[p]or medio del cual se introducen modificaciones al régimen del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -Fonsat-y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”.

- Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “[p]or el medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”.
- Decreto 131 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del plan obligatorio de salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 132 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 133 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 120 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol”.
- Decreto 358 de 4 de febrero de 2010, “[p]or el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de 21 de enero de 2010”.
- Decreto 398 de 5 de febrero de 2010, “[p]or medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010”.



# Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza

Tulio Chinchilla Herrera

Abogado constitucionalista. Profesor del área de Derecho Político  
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad  
de Antioquia. Correo electrónico: [tuliochi@mitra.udea.edu.co](mailto:tuliochi@mitra.udea.edu.co)

## Resumen

La reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 3 de 1910, al crear el sistema de control constitucional jurisdiccional concentrado, fue pionera en el mundo en la garantía de la supremacía constitucional, sentando así las bases de un verdadero Estado constitucional. El control constitucional de normas con rango legal o reglamentario por parte de la Corte Suprema de Justicia no sólo se adelantó diez años al modelo kelseniano del tribunal constitucional con su poder anulatorio de la normatividad general contraria a la Carta, sino que aportó un diseño original: el carácter de derecho político de la acción de inconstitucionalidad, el ciudadano raso como el vigilante de la vigencia real de la Constitución.

El estudio de la génesis de tales instituciones revela que éstas fueron el producto de una construcción progresiva en largo proceso histórico de aproximaciones graduales. También revela que en aquellos debates constituyentes de 1910 se plantearon los más acuciantes problemas de teoría y técnica constitucional que hoy son el centro de la discusión de las nuevas corrientes genéricamente cobijadas con el nombre de “neo-constitucionalismo”. Ello se advierte especialmente en la tendencia a depositar una gran confianza del sistema en el poder de los jueces, como un poder racional superior al legislador y al gobierno.

**Palabras clave:** Reforma Constitucional de 1910; Acto Legislativo 3 de 1910; Juez Constitucional; Sistema de Control Constitucional Jurisdiccional Concentrado; Corte Suprema de Justicia.

## Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza\*

Aunque poco se le conmemora y casi nadie festeja su centenario, la Reforma Constitucional de 1910 entraña un especial significado en el constitucionalismo: introdujo la idea de juez constitucional en Colombia y fue pionera en el mundo de la idea de jurisdicción constitucional concentrada (un tribunal con potestad exclusiva de anular una norma legal). En cuanto a este último tema, el Acto Legislativo 3 de 1910 dio un primer paso audaz en el derecho comparado, puesto que sólo hasta 1920 tal forma de control constitucional fue adoptada en la Constitución de Austria a propuesta de Hans Kelsen.<sup>1</sup>

¿Cómo se llegó al diseño definitivo de tan original sistema de control constitucional? ¿Qué consideraciones teóricas nutrieron el debate y condujeron a nuestros constituyentes del 10 a adoptar tal modelo judicial de supremacía constitucional? ¿Qué influencias recibieron y qué criterios político-jurídicos los inspiraron? Responder tales inquietudes y reconstruir una discusión de la época es el objeto de este ensayo.

### I. Una construcción histórica gradual

Aunque en nuestro país la concepción del juez constitucional –con poderes plenos frente al legislador y al ejecutivo para garantizar la supremacía de la Carta– sólo se consolida en la Reforma de 1910, en realidad tal Reforma es apenas el punto culminante de un largo proceso histórico de construcción y decantación lenta y paulatina, en el que se suceden búsquedas, intentos y aproximaciones, esbozos y escauceos. Sin lanzar hipótesis muy especulativas, puede decirse que el concepto y la denominación de acción ciudadana de inconstitucionalidad –como un derecho

---

\* Este ensayo resume la conferencia dictada por el profesor Tulio Chinchilla Herrera en la Biblioteca Pública Piloto el día 27 de octubre de 2009, bajo el título “*Concepciones del Juez Constitucional en la Reforma de 1910*”, conferencia dictada dentro del ciclo conmemorativo de los cien años de la Reforma de 1910, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y el Instituto de Estudios Políticos de la misma Universidad. Este ensayo se nutre de algunos resultados de la investigación adelantada por los profesores Bernardita Pérez y Tulio Chinchilla sobre la Reforma Constitucional de 1910, con el apoyo de Melisa Giraldo, Ana María Londoño y Ana María Henao, estudiantes de la Facultad de Derecho de esta Universidad.

<sup>1</sup> Al registrar la Reforma Constitucional de 1910, la historiografía oficial colombiana omite toda referencia a las instituciones de control constitucional que tal Reforma entronizó. Un solo ejemplo basta: al reseñar la obra de la Asamblea Constituyente de 1910, la muy citada *Historia de Colombia*, de Henao y Arrubla, no hace la debida referencia a tan importante tema de la Reforma. El que se instituya por primera vez en nuestra historia la idea de un juez constitucional sobre las leyes y los decretos del Gobierno no atrae la atención de tales autores. Véase al respecto: Henao, Jesús y Arrubla, Gerardo. *Historia de Colombia*. Academia Colombiana de Historia, 1984. pág. 364.

político- parece ser originaria nuestra: está esbozada desde las primeras cartas constitucionales durante la Independencia y se va consolidando a través de todo el Siglo XIX.

Investigadores de nuestra historia constitucional –entre los que sobresale Carlos Restrepo Piedrahita– sitúan el primer antecedente de nuestro control constitucional en la Constitución de la Provincia de Cundinamarca (4 de abril de 1811).<sup>2</sup> En efecto, en el Título I, su artículo 9 rezaba:

“Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la representación nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución”.

De este Senado de Censura se decía también: “El primer Tribunal de la Provincia, preferente a todos los demás es el Senado” (artículo 3). La función de tal Senado consistía en “velar por el cumplimiento exacto de la Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano” (artículo 4).

Cabe destacar en estos primeros atisbos la idea de un control constitucional de naturaleza judicial o cuasi-judicial y de tipo concentrado y especializado. Es explícita esa naturaleza judicial del Senado de Censura al ser calificado como “el primer tribunal de la Provincia”. Puede decirse también que esta institución se perfiló muy tempranamente en Colombia respecto del resto del mundo, ya que por aquella época apenas comenzaba a consolidarse el sistema del *judicial review* en la jurisprudencia estadounidense. Otros dos rasgos que merecen destacarse también en este primer atisbo de control constitucional son: la consagración de una jerarquía funcional del juez constitucional sobre los demás jueces de la República (incluidas las hoy llamadas “altas cortes”) y la visión de que corresponde al ciudadano raso el papel activador de la defensa de la Constitución.

Aún careciendo de documentos históricos que la hagan palmaria, se advierte cierta probable influencia del pensamiento constitucional francés revolucionario de finales del Siglo XVIII sobre estos primeros textos. Esta hipótesis tiene alguna plausibilidad por el uso de expresiones afrancesadas tales como “la representación nacional”. Igualmente, se advierte una extraordinaria similitud entre la configuración del Senado de Censura (“Senado conservador”) de nuestros primeros textos constitucionales y la propuesta de Sieyès sobre el Tribunal en la

---

<sup>2</sup> Restrepo Piedrahita, Carlos. *El principio de supremacía de la Constitución en el derecho constitucional colombiano*. En: *Tres ideas constitucionales*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986. págs. 12-16.

Asamblea Nacional, aunque dicha propuesta no tuvo eco en los debates constitucionales de entonces.<sup>3</sup>

Luego de un tiempo en que el tema desaparece del primer plano de las discusiones constitucionales, la preocupación de cómo asegurar la supremacía constitucional revive en la Constitución de Rionegro de 1863. Como se verá, la solución que sobre supremacía constitucional se ensaya en esta Carta refleja el fuerte acento federalista que constituía el eje central del modelo canonizado. El artículo 72 de esa Constitución establecía:

“Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General de la Nación o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.”<sup>4</sup>

Disposición esta que acusa una mixtura entre la idea, todavía embrionaria, de jurisdicción constitucional y el poder de control definitivo de constitucionalidad en manos de un órgano político-representativo o parlamentario. De allí que sólo le confía al supremo juez del país –la Corte Suprema de Justicia– una potestad de decidir **provisionalmente** sobre la inaplicabilidad de las leyes estatales que contrariaran la Constitución federal (sólo se le otorga el poder de suspenderlas). Pero reserva al Senado –cámara de representación de los Estados soberanos– la potestad de verificar la nulidad o validez constitucional de tales leyes y pronunciarse sobre su vigencia definitiva.

Llama la atención en la disposición transcrita la exigencia de unanimidad para adoptar la decisión suspensiva que correspondía proferir a la Corte Suprema, toda vez que ello parece traducir la intuición de que la verificación de inconstitucionalidad no puede ser una simple opinión jurídica discutible, sino una verdad evidente, racionalmente aceptable como solución única correcta. De alguna manera también la comentada norma traduce una presunción reforzada de validez de la ley, presunción que sólo puede ser desvirtuada por una certeza jurídica plena de la inconstitucionalidad, lo cual comporta una generosa carta de confianza a favor del poder legislativo en cuanto a la interpretación correcta de la norma fundamental.

---

<sup>3</sup> Sieyès, Emmanuel. *Opiniones de Sieyès sobre la Organización y las Atribuciones del Tribunal Constitucional, pronunciado en la Convención Nacional el 18 de Thermidor del Año III de la República*. Publicado en: *Escritos y Discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. págs. 290-293.

<sup>4</sup> Pueden consultarse estos textos constitucionales históricos en la compilación *Constituciones de Colombia*, de Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra. Editorial Banco Popular, 1986, cuatro tomos.

Verdaderamente llamativo, por original, es el mecanismo de control constitucional ejercido por los Estados federados sobre la legislación y las actuaciones del Ejecutivo central en defensa de los derechos constitucionales y de la “soberanía” de los Estados federados. El artículo 25 rezaba:

“Todo acto del Congreso Nacional o del Poder Ejecutivo que viole los derechos garantizados en el artículo 15, o ataque la soberanía de los Estados, es anulable por el voto de éstos, expresado por la mayoría de sus respectivas legislaturas.”<sup>5</sup>

Se concluye que la Carta de 1863 dio un paso tímido pero destacable en la construcción de una jurisdicción constitucional con poder sobre la voluntad legislativa soberana federal estadual, al establecer un mecanismo judicial concentrado de **cuestionamiento y suspensión** de las leyes estaduales. Recuértese que en aquélla Carta la más amplia potestad legislativa se reservaba a los nueve Estados Soberanos. Con todo, aquélla Constitución, muy en el espíritu del Siglo XIX, optó por confiar al Senado –cámara alta de representación federal– pronunciar la última palabra sobre la inconstitucionalidad de la legislación descentralizada que fuera objeto de cuestionamiento y suspensión provisional por parte de alto poder judicial. Y en ese mismo orden de ideas, confió a las legislaturas estaduales la función de ser guardianes de los dos ejes del modelo constitucional: los derechos individuales de libertad y la “soberanía” de los Estados federados frente al poder nacional.

Solución esta que asume tres premisas teóricas: a) todavía en la Convención de Rionegro seguía campeando el dogma casi incuestionable de la ley como voluntad general, expresión incontestable de la voluntad soberana en el Estado (originaria, suprema, incondicionada); b) desde entonces se vislumbraba la sospecha conceptual de que la operación intelectual de verificación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma legal comporta tanto una valoración política como un juicio lógico-normativo, pero tal vez con predominio de lo primero; y c) asumir la operación lógico-jurídica como soporte de la inconstitucionalidad, implicaba que la decisión de “suspender” puede confiarse a un organismo judicial pero con la exigencia de una muy alta cuota de confianza: la unanimidad hermenéutica que conduce al cuestionamiento de la ley revisada.

Infortunadamente los registros históricos no dan cuenta de actos de control constitucional dentro del régimen rionegrino en ninguno de sus dispositivos.

---

<sup>5</sup> Restrepo Piedrahita, Carlos. *Op. cit.* pág. 25. Llama la atención que este mecanismo de la Constitución de Rionegro estableció un sistema inédito de control constitucional, llamado a operar de abajo hacia arriba, es decir, desde los Estados federados sobre los poderes federales. Tal sistema fue concebido como garantía de lo que en esa Carta se consideró como la esencia del modelo constitucionalizado: los derechos individuales y la estructura federal (versión radical) del Estado.

La Constitución de 1886 avanza y al mismo tiempo retrocede en materia de jurisdicción constitucional. Da un importante paso al otorgarle a la Corte Suprema de Justicia la potestad de decidir sobre la inconstitucionalidad de los proyectos de ley. Una potestad de esta naturaleza en manos del supremo juez ordinario implica confiar en que éste posee una autoridad científica o competencia profesional en esta materia, en los casos de discrepancias entre la interpretación constitucional del legislativo y el ejecutivo sobre un proyecto de ley. Comienza entonces a erosionarse el mito dieciochesco del legislador sabio e infalible, pero no por una sobreviniente deslegitimación del poder representativo del Congreso sino por la confianza que ahora bajo esa nueva Carta se le otorga al Gobierno como cabeza del ejecutivo. El poder presidencial, acrecido y sacralizado encarna suficiente legitimidad y autoridad como para frenar al parlamento. Frente a la soberanía legislativa de éste, sólo el Presidente –casi monarca constitucional– tiene el poder de ponerla en entredicho a fin de que el supremo juez del país decida la controversia de naturaleza jurídica (no de valoración política).

Sin embargo, un año después la balanza comenzó a inclinarse a favor de la confianza plena en el legislador y la venerable Ley 153 de 1887, en su artículo 6, estableció que “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución.”

Lo anterior implicaba asumir que: o el legislador nunca viola la Constitución (es un imposible lógico y fáctico) o que, aún frente al riesgo de leyes inconstitucionales, ninguna autoridad constituida puede estar “por encima” del depositario de la representación nacional como para invalidar la obra de éste. Bajo esta concepción, la idea del juez constitucional sobre la ley es impensable, concepción muy a tono con la idea liberal revolucionaria de que la función del juez se circunscribe al de fiel servidor de la ley, nunca la de cuestionarla. Además esta especie de “inversión” de la pirámide jurídica (la ley por “encima” de la Constitución) refleja el concepto de Constitución del Siglo XIX en Europa: más un conjunto de principios políticos dirigidos al legislador y al alto gobierno que una verdadera norma vinculante para todos los operadores jurídicos. Bajo esta concepción, la fuente formal de derecho es la ley no la Constitución.<sup>6</sup>

Tal vez debido a las convulsas circunstancias políticas del país y la precariedad del régimen de derecho durante la Regeneración, al despuntar el nuevo Siglo fue abriéndose paso la idea de que la superación de tales males pasaba por erigir un poder judicial salvador al que se confiara el arbitraje de las agudas controversias inter-partidistas. Para esa época las fuerzas opositoras –liberales radicales y

---

<sup>6</sup> Un desarrollo más amplio de esta concepción decimonónica del concepto de Constitución como Carta Política sin plena fuerza jurídica vinculante, se encuentra en mi artículo *Introducción a una teoría constitucional colombiana*, publicado en la Revista Estudios de Derecho número 117-118 (1991), de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

“conservadores históricos”- han acumulado una profunda desconfianza en el poder conquistado por las mayorías en el Congreso y temen lo peor del ejecutivo. Un nuevo mito comienza a tejerse, el de la racionalidad judicial. En efecto, el documento elaborado por Carlos E. Restrepo y Fidel Cano, y adoptado por la Junta de Conciliación de Antioquia (Medellín, 1904) bajo el nombre de Bases de Reconciliación, fijó como uno de los pilares del nuevo proyecto político el siguiente:

“Organizar los poderes públicos, garantizando la independencia y separación recíproca entre ellos, y hacer a la Corte Suprema de Justicia árbitro e intérprete de la inteligencia y constitucionalidad de las leyes, a pedimento del Ministerio Público o de los ciudadanos.”<sup>7</sup>

La propuesta anotada perfila ya el modelo de Estado que propugnaría el Movimiento Republicano en 1910.

El momento preparatorio del gran salto constitucional se concreta en el Congreso de la República, convocado y reunido en 1909 para buscar una salida institucional, luego de la caída del Gobierno autoritario de Rafael Reyes.

Desde una visión más ortodoxa -visión decimonónica del orden jurídico-, el constitucionalista José Vicente Concha presentó ante la Cámara de Representantes un proyecto de reforma constitucional que confiaba a la Corte Suprema de Justicia decidir definitivamente sobre la validez o nulidad de los decretos del Gobierno Nacional, dictados bajo Estado de Sitio, control que se realizaría mediante la acción ciudadana y con intervención del Procurador General de la Nación. La propuesta de Concha concebía el control constitucional como una defensa de la Constitución ante el peligro autoritario derivado de nuestro régimen presidencialista, pero lo desecha como garantía frente al poder legislativo. Para este jurista, quien en 1914 sería Presidente de Colombia, carece de fundamento político colocar un juez por encima del legislador, en tanto que tiene plena plausibilidad que una suprema autoridad judicial pueda declarar la “validez o nulidad” de los actos del Gobierno.

El proyecto de reforma constitucional de los representantes Joaquín Collazos y Manuel Bonilla es definitivamente el puntillazo final de este proceso constructivo, contiene todos los elementos de lo que sería el control constitucional a partir de 1910, incluso con el texto que desde entonces hasta nuestros días se conserva sin mayores cambios.<sup>8</sup> Tal propuesta atribuía a la Corte Suprema de Justicia la competencia plena para:

<sup>7</sup> Documento referido por Carlos Restrepo Piedrahita (*Op. cit.* pág. 51) con remisión a la obra *Orientación Republicana*, Tomo I.

<sup>8</sup> Del perfil intelectual de estos juristas-políticos poco se sabe. Joaquín Collazos reaparece como integrante de la Asamblea Constituyente de 1910, como delegado del Departamento del Valle del Cauca.

“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre las leyes acusadas ante Ella por cualquier ciudadano, o sobre los decretos que dé el Gobierno en ejercicio de las facultades conferidas a él por el artículo 121, también a petición de cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

Esta propuesta fue aprobada por la Cámara, pero los avatares de la coyuntura política y ciertas dudas sobre la competencia constituyente de ese Congreso, impidieron convertirla en norma constitucional. La norma que la Asamblea Constituyente de 1910 acogió como artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 viene a ser una simple reedición de dicha propuesta. Es decir, cuando la Asamblea Constituyente del 10 creó la acción de inconstitucionalidad, todo apuntaba hacia esa decisión, porque ella estaba preparada como objetivo del Republicanismo.

## II. Un modelo criollo de control constitucional

Como se ha expuesto, el modelo de jurisdicción constitucional adoptado por la Asamblea Constituyente de 1910 representa la fase conclusiva de un proceso previo de ensayos, escarceos y aproximaciones que poco a poco condujeron a ella. Ello explica en buena medida que la institución naciera con ciertas señales particulares, con su sello propio y su original diseño que la identifican y distinguen perfectamente de otros modelos de control constitucional vigentes en la época. Originalidad criolla sorprendente en un país caracterizado por la arraigada inclinación a importar figuras seductoras que funcionan (bien o mal) en otras latitudes.<sup>9</sup>

En los debates de 1910 afloraron dos líneas discursivas: a) el debate teórico sobre temas tales como la supremacía constitucional y el mejor guardián para garantizarla sin desnaturalizar la estructura de separación de poderes; y b) el debate pragmático sobre cuál debía ser la salida institucional que las circunstancias colombianas aconsejaban frente a la disfunción crónica de nuestro Estado de derecho.

La fórmula normativa con que ese Acto Legislativo 3 de 1910 adoptó el mecanismo del control objetivo o abstracto de constitucionalidad –detectar la “incompatibilidad” entre dos normas generales: la legal o reglamentaria y la fundamental–, permanece hoy esencialmente invariada. Su texto, que corresponde al actual artículo 441 C.P., fue el siguiente:

---

<sup>9</sup> La tendencia imitadora se aprecia desde la Constitución de 1821, inspirada en la estadounidense en cuanto al modelo presidencial. La de 1863 copia la estructura federal norteamericana. La Reforma de 1936 fue muy influenciada por las corrientes constitucionales francesas y la Constitución Española de 1931. La Reforma de 1968 tomó como modelo la Constitución francesa de 1958 y la Carta de 1991 importó muchas instituciones de la española de 1978. En cambio, hay originalidad en la configuración de nuestra Acción de Tutela, muy distinta al recurso de amparo y a la tutela judicial ordinaria del constitucionalismo español. Tal vez por eso esta última institución ha tenido buen éxito.

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.”

Se destacan de esta fórmula ciertos ángulos interesantes:

- a) La utilización del verbo *confiar*, que sugiere la lúcida idea de que entregarle al juez constitucional el papel de garante de una Carta es ante todo un voto de confianza (“en vos confiamos”, como dice la jaculatoria). Confianza que se yergue sobre la desconfianza en el poder legislativo y en el Gobierno.
- b) La utilización de la expresión *guarda* sugiere que el control constitucional representa una nueva función del Estado, un poder vigilante -centinela- y conservador para defender el orden fundamental frente a quien puede desnaturalizarlo mediante normas generales. Idea que nos recuerda la tesis doctrinaria de que la llamada jurisdicción constitucional participa de la naturaleza de *función de control*.
- c) El que el objeto guardado sea *la integridad* de la norma suprema sugiere que el juez constitucional garantiza la vigencia no sólo de un texto sin también de sus profundos significados. La función de control no se circunscribe a la salvaguardia de la supremacía lógico-formal (supremacía en sentido kelseniano), sino la misión de evitar que ese orden fundamental se desmorone por obra y gracia de decisiones políticas de los supremos poderes constituidos.
- d) El control que ejerce la Corte Suprema de Justicia se ubica dentro del modelo que el derecho comparado denomina *sistema concentrado*, como competencia plena y exclusiva de un único juez constitucional para revisar todos los actos de producción normativa de los poderes nacionales. Es una competencia que abarca la revisión constitucional de los proyectos de ley (*actos legislativos*, según la denominación de la época), las decisiones legislativas del Congreso (leyes en sentido formal), los actos del Gobierno Nacional con rango y fuerza de ley (decretos legislativos y decretos-leyes) y los actos generales del Gobierno Nacional (decretos reglamentarios). Aunque no es explícito el texto de la Reforma respecto del control constitucional de los actos administrativos particulares del Gobierno, cabría interpretar extensivamente la competencia de la Corte Suprema y abarcar bajo ella a los decretos ejecutivos del Presidente. No quiso el Constituyente del 10 bifurcar la jurisdicción constitucional en dos altas corporaciones judiciales: Corte Suprema y Consejo de Estado, sólo a la primera le atribuye

el monopolio del control objetivo. La actual dualidad de la jurisdicción constitucional apareció mucho más tarde: inicialmente en norma de rango legal –artículo 62 de la Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo– y luego, al ser declarada inexecutable esta disposición legal, por decisión constituyente de la Reforma de 1945.<sup>10</sup>

- e) Que el pronunciamiento del juez constitucional debía versar sobre la *exequibilidad* de la norma legal o reglamentaria cuestionada, implicaba que la Corte Suprema recibía únicamente la potestad de declarar *inexecutable*, es decir, *inejecutables por vía general y con efectos hacia el futuro* aquellas normas *incompatibles* con la Norma Fundamental. La voz *inexecutable* deriva del verbo latino *exequare* (*exequavi, exequatum*), que significa ejecutar, por lo que *inexecutable* designa la condición de no ejecutable y la norma *inexecutable* es la que se torna inaplicable. Aunque tal declaración de *inexecutableidad* produce radicales efectos *erga omnes*, atípicos para ser un pronunciamiento judicial, el Constituyente evitó conscientemente la figura de la *nulidad* de la norma revisada con sus efectos retroactivos. Al parecer, en la visión de aquellos constituyentes, una potestad anulatoria de las normas con rango y valor de ley comportaba erigir al juez constitucional en un órgano jerárquicamente superior al poder legislativo de la nación y a la autoridad normativa del Jefe de Estado.
- f) La expresión *definitivamente* sugiere que estamos frente a un “órgano límite” (pronuncia la última palabra en una controversia) y que el pronunciamiento genera cosa juzgada (aunque en sus comienzos no fue evidente que la Corte decidía mediante sentencia).<sup>11</sup>
- g) La concepción de que el control constitucional opera mediante acción ciudadana puede evaluarse como una de las mayores originalidades de la Reforma de 1910 (aunque es una idea constante en los ensayos anteriores). En contraste con el modelo austriaco –ideado por Kelsen en 1920– que legitima sólo a ciertos órganos para provocar el control, la acción de

---

<sup>10</sup> El artículo 62 de la Ley 167 de 1941, que otorgó competencia al Consejo de Estado para revisar la constitucionalidad de los decretos administrativos del Gobierno, fue inicialmente inaplicable como inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia (Auto de Sala Plena de 13 de mayo de 1942) y luego declarada *inexecutable* por Sentencia de la Sala Plena del 7 de julio de ese mismo año. Ante tales decisiones, el Acto Legislativo 1 de 1945 elevó dicha norma legal a rango constitucional y allí nació nuestro control constitucional bifurcado.

<sup>11</sup> El modelo ideado por Hans Kelsen en 1920 para Austria tiene grandes similitudes con el nuestro, pero se diferencia de éste, entre otros, en que aquél otorga un poder anulatorio pleno sobre las leyes al Tribunal Constitucional. Nuestro sistema de control sólo le permite al supremo juez constitucional declarar *inexecutable* la ley contraria a la Constitución, lo cual significa: *inejecutable hacia el futuro*; es decir, en principio la *inexecutableidad* no produce efectos hacia el pasado, salvo que la propia Corte Constitucional retrotraiga tales efectos en el tiempo (Sentencia C-037 de 1996).

inconstitucionalidad fue concebida como derecho político de participación, cuyo titular es el ciudadano raso y en la cual el Procurador General como vocero de los intereses públicos (Ministerio Público) debe expresar su opinión orientadora.

- h) Como texto complementario e inseparable del artículo 41 de la Reforma, el artículo 40 de la misma contiene el fundamento o, si se quiere, la esencia lógica de nuestro control constitucional en la siguiente fórmula: “En todo caso de *incompatibilidad* entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales” (Cursivas y negrillas fuera del texto).
- i) Que la verificación que corresponde hacer al juez constitucional se centra en la revisión de *incompatibilidad* entre dos textos –el legal vs. el fundamental– sugiere que la declaratoria de inexequibilidad sólo procede cuando es absolutamente imposible la vigencia simultánea de la norma revisada y los preceptos de la Carta. Subyace también a ese riguroso texto la idea de que la función del control constitucional debe resolver, ante todo, un problema de precedencia de fuentes formales de derecho, lo cual difiere de la idea de que mediante dicha función se asegura que la Constitución es el germen vital de todo el ordenamiento (en ella está concentrado todo el universo del orden jurídico).

### III. Debate conceptual y político en la Reforma del 10

Como se anotó arriba, el importante debate que se dio en la Asamblea Constituyente de 1910 tocó temas de mucha relevancia en el constitucionalismo. Varios problemas conceptuales concentraron la atención de los polemistas y dos problemas políticos institucionales prácticos acicatearon al Constituyente a diseñar un sistema de control jurisdiccional *sui generis*.

El foco del debate constituyente sobre la creación de la nueva jurisdicción –la constitucional–, con inéditos poderes anulatorios sobre la expresión de la voluntad general, fue la cuestión de quién es el mejor guardián de la Constitución. A decir de Eduardo Rodríguez Piñeres, jurista cercano a las deliberaciones de la Asamblea Constituyente y a sus integrantes, examinados diferentes modelos de control constitucional de la época (estadounidense o de control judicial difuso, suizo por referendo y el francés o parlamentario), se optó por una “solución colombiana”: depositar tal confianza en el poder judicial, pero no como potestad difuminada en todos los jueces sino como competencia exclusiva concentrada en una alta corte.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Rodríguez Piñeres registra los términos de este gran debate en aquel momento histórico. Véase al respecto el ensayo *Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo*, trabajo laureado en el concurso abierto por el Gobierno para la provisión de las delegaciones de Colombia en el Segundo Congreso Científico Panamericano (Capítulo I), publicado en la Revista Estudios de Derecho de

Por eso se acogió en su contenido esencial el texto inicialmente propuesto por Don Nicolás Esguerra (antiguo militante del liberalismo radical) en los siguientes términos:

“A la Corte Suprema de Justicia se le encarga la guarda de la Constitución, por ende la declaratoria de la exequibilidad de los actos legislativos objetados por inconstitucionales, y sobre las leyes o decretos que cualquier ciudadano haya acusado como tal ante el Procurador General de la Nación.”<sup>13</sup>

Para sustentar esa modalidad de jurisdicción constitucional concentrada (con poderes anulatorios sobre las leyes y los decretos con rango de ley), el problema más debatido fue, sin duda, el de las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial. No fue ajena a esta polémica la pregunta sobre cuál de estos dos poderes condensa mayor legitimidad y cuál de ellos ocupa lugar prevalente en la estructura del Estado: ¿en virtud de qué título se legitima a un pequeño grupo de magistrados –no electivos, no seleccionados democráticamente ni responsables ante el pueblo – para dejar sin efectos una expresión normativa de la voluntad general expresada en el Congreso?

Según Rodríguez Piñeres, el fundamento de sistema que se creaba radica en los poderes moderadores de los jueces y en el papel del juez constitucional como supremo intérprete de la Carta. Según este jurista, la señalada discusión exige considerar la

“determinación de los efectos que ejerce sobre el derecho del Poder Legislativo para decretar leyes, la fuerza moderadora que el Poder Judicial mantiene respecto de los actos que emanan de aquél, en virtud de las facultades de interpretación y explicación de las leyes que le concede la Constitución”<sup>14</sup>

La premisa socio-política que, según Rodríguez Piñeres, cimentó el salto institucional hacia una jurisdicción constitucional, fue la decadencia del mito del poder legislativo, la visión pesimista sobre la infalibilidad de la voluntad general. En Colombia, esa decadencia del mito legislativo tomaba la forma de desconfianza en la moderación del Congreso de la República y en la independencia de éste frente al poder ejecutivo. Retomando el texto de Herbert Spencer, este autor nos dice que “la superstición política de lo pasado era el derecho divino de los Reyes; la gran superstición política de hoy es el derecho divino de los Parlamentos.”<sup>15</sup> Por ello, la discusión arribó a la siguiente conclusión:

“En Colombia es necesario defender al pueblo contra la acción conjunta del legislativo y del ejecutivo, ya que el primero es inducido por el segundo a expedir

---

la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, números 41 y 42, correspondientes al año 1916. págs. 1007 y siguientes.

<sup>13</sup> Así aparece transcrito en las actas de la Asamblea Constituyente de 1910.

<sup>14</sup> Rodríguez Piñeres. *Op. cit.* pág. 1008.

<sup>15</sup> *Ibidem.* pág. 1011.

leyes contrarias al propio Estatuto que aprobaron cuando el respectivo partido triunfó, tratándose de perpetuarse en el poder pero que a la larga le resulta estorboso”.<sup>16</sup>

Las experiencias de gobiernos autoritarios y congresos homogéneos manipulados por el ejecutivo durante la época de la Regeneración fueron el referente histórico inmediato que alimentó esta visión pesimista sobre el poder legislativo. La utilización prolongada de facultades de Estado de Sitio, con su legislación de excepción (decretos legislativos) y la generosa concesión de facultades extraordinarias al Gobierno por parte del Congreso (decretos-leyes), daban pábulo a la creación de un poder “moderador” sobre tan amplias competencias normativas del ejecutivo. En este punto, los delegatarios de visión constitucional más conservadora –como José Vicente Concha–, aunque vacilantes en la revisión judicial de las leyes, propugnaron el control judicial inmediato sobre el ejercicio de los poderes excepcionales del Presidente, control que conllevaba la facultad de declarar inexequibles los decretos legislativos.

Pero la poca fe en una suprema competencia de interpretación constitucional en manos del poder legislativo fue expresada por quien fuera inspirador y promotor de la Reforma, Carlos E. Restrepo, en los siguientes términos:

“Convertir al legislativo y al ejecutivo en ‘árbitros del derecho’ es convertirlos en constituyentes de cada año, teniendo los jueces que aplicar una ‘ley inicua’ y los particulares no les quedaría ‘otro recurso que sufrirla y callar’”.<sup>17</sup>

#### IV. Actualidad del debate: Neo-constitucionalismo y el mito del Juez

Resulta llamativo que en estas latitudes, tan lejos de los centros del pensamiento universal, los constituyentes de 1910 lograron tocar el núcleo del constitucionalismo contemporáneo. Se tomaron en serio la fuerza normativa de la Constitución y su corolario: el control constitucional jurisdiccional. Tuvieron clara la actual identificación entre Constitución normativa y juez. Sin trasplantar acríticamente las discusiones de Estados Unidos, Inglaterra, Francia o Alemania sobre la supremacía constitucional, los juristas criollos se aproximaron a algunas de las más acuciantes discusiones del Neo-constitucionalismo: la plena fuerza vinculante de los preceptos fundamentales y su irradiación a todo el ordenamiento, los amplísimos poderes que se ponen en manos del juez constitucional, la jerarquía de legitimidades en el Estado constitucional, la naturaleza del acto intelectual de revisión constitucional –acto de lógica jurídica o valoración política–, la naturaleza del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley (si nulidad o más bien la inejecutabilidad), el titular del derecho a cuestionar la validez de las leyes, entre otros.

<sup>16</sup> *Ibidem.* pág. 1014.

<sup>17</sup> Citado por Rodríguez Piñeres en: *Op. cit.* págs. 1023 y 1024.

Así, por ejemplo, la desconfianza en el legislador y el ascenso del nuevo mito: el juez sabio e imparcial para decirnos lo que la Constitución dice (o no dice), son postulados que hoy ocupan la atención de lúcidos autores tales como Prieto Sanchís,<sup>18</sup> Robert Alexy<sup>19</sup> y otros de igual talla. Tal vez los reformadores del 10 no concibieron unos poderes omnímodos del juez constitucional. Como muestra: la preferencia por la expresión “inexequibilidad” en vez de la de “nulidad” sugiere una fórmula restrictiva de simple inaplicabilidad hacia el futuro y con ello la idea de simple “legislador negativo” a la manera kelseniana. Pero al mismo tiempo, el texto de la norma le asigna a la Corte Suprema la misión de guardar la “integridad de la Constitución”, expresión que sugiere una potestad amplia de supremo intérprete: integridad como algo más significativo que simple supremacía lógico formal.

Como conclusión, los constituyentes colombianos de hace cien años necesitaban depositar la confianza del sistema en alguien distinto al poder legislativo, confiaron en el juez. En el fondo, el contexto socio-político así lo aconsejaba y con ello expresaban su fe en la cultura jurídica como elemento civilizador y pieza necesaria de la cultura política. El teórico estadounidense John Hart Ely enfatizó la relación entre el control constitucional y la desconfianza en los cuerpos representativos. ¿Qué tanto cabe alimentar el mito del poder judicial y hacer de éste el estamento salvador del sistema político? Y fue ese mismo autor quien dio una respuesta sugerente:

“Pero el derecho constitucional propiamente existe para aquellas situaciones en las cuales no puede confiarse en el gobierno representativo, no para aquellas en las que sabemos que podemos hacerlo”.<sup>20</sup>

También en aquel debate hubo voces de desconfianza en ese nuevo poder del juez constitucional y se esgrimieron argumentos muy cercanos a los que hoy, en dura crítica al “neo-constitucionalismo”, invitan a descreer del juez constitucional. Rodríguez Piñeres cita a Carlos Martínez Silva, quien al criticar las nuevas competencias que se habrían de atribuir a la Corte Suprema de Justicia sostuvo que ello:

“Equivale a considerar como soberano a un Tribunal que, por respetable que sea, no tiene carácter representativo (...) La Corte Suprema puede equivocarse y estar sometida a influencias, ya sea que este supremo Tribunal tenga su origen en el poder Ejecutivo o en cualquiera de las Cámaras”.

Esa misma postura fue adoptada también por el delegatario conservador José Vicente Concha, siendo este partidario de un estricto control jurisdiccional

<sup>18</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos*. Editorial Dickinson, 1998. págs. 5-38.

<sup>19</sup> Alexy, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. En: *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, 2003. pág. 43.

<sup>20</sup> Hart Ely, John. *Democracia y desconfianza*. Universidad de los Andes, 1997. pág. 217.

concentrado, pero únicamente respecto del poder normativo excepcional del ejecutivo.<sup>21</sup>

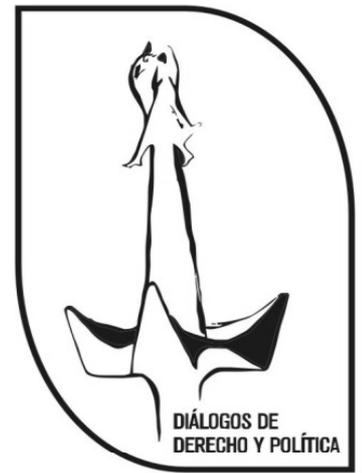
Finalmente, aquella audacia de crear la acción de inconstitucionalidad como derecho ciudadano o “acción popular” fue sustentada en que “hace de cada ciudadano un celoso guardián de su seguridad”.<sup>22</sup> Institución totalmente desconocida en cualquier otro sistema de control constitucional en el mundo. Algunos autores contemporáneos como María Luisa Rodríguez Peñaranda enlazan conceptualmente el modelo de ciudadano y de virtud cívica canonizado por nuestro constituyente del 10, con la nueva visión que hoy adopta el nombre de “republicanismo”. También esta autora ve la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo de defensa de las minorías (control “contra-mayoritario”) y una anticipación de lo que hoy se denomina “democracia deliberativa” como modelo participativo renovador de la gastada legitimidad representativa.<sup>23</sup> En realidad comienza allí, hace cien años, el debate sobre la pluralidad de legitimidades que operan simultáneamente dentro del modelo de Estado constitucional.

---

<sup>21</sup> Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1910.

<sup>22</sup> Rodríguez Piñeres. *Op. cit.* pág. 1022.

<sup>23</sup> Véase el capítulo *Republicanismo y origen de la acción pública*. En Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.



El justo comunitario, las leyes y la justicia en una región  
con fuerte presencia del conflicto armado. Etnografía del  
pluralismo jurídico en la Sierra de La Macarena

Nicolás Espinosa M.

Sociólogo y magíster en Antropología, Universidad Nacional de  
Colombia. Investigador del grupo *Cultura, Violencia y Territorio*,  
del Instituto de Estudios Regionales (INER) de la Universidad de  
Antioquia. [yarumales@hotmail.com](mailto:yarumales@hotmail.com)

## Resumen

Este artículo hace parte de una etnografía realizada en la región colombiana de la Sierra de La Macarena, y se plantea como objetivo la exposición de elementos básicos del *sistema jurídico local* que existe en las zonas rurales de la región. Este sistema, que integra en su funcionamiento a comunidades campesinas y a la guerrilla de las FARC-EP, dispone de una serie de normas que le configuran y que se originan en una noción de *justo comunitario* que las comunidades comparten. El artículo aborda aspectos centrales en la relación entre esa concepción de lo justo y la legitimidad que las comunidades reconocen -a partir de ese justo- en las normas que dan orden a su vida social y en los procedimientos usuales para la resolución de sus conflictos.

**Palabras clave:** Justicia comunitaria; Pluralismo Jurídico; Sociología Jurídica; Campesinos; FARC-EP.

## El justo comunitario, las leyes y la justicia en una región con fuerte presencia del conflicto armado. Etnografía del pluralismo jurídico en la Sierra de La Macarena\*

A mediados del año 2001, cuando la Sierra de La Macarena fue escenario de las fallidas negociaciones entre la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) y el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango,<sup>1</sup> las comunidades campesinas de los ríos Lozada y Guayabero fueron citadas por el comandante insurgente Jorge Briceño Suárez, conocido como el “Mono Jojoy”, a una reunión en donde se aclararían algunas disposiciones de las FARC para su relación con las comunidades. El comandante guerrillero comunicó que desde ese momento las FARC no intervendrían más en la resolución de conflictos comunitarios, indicando que para ello estaban los comités de conciliación de las Juntas de Acción Comunal.

Esta orientación guerrillera marcó un hito importante en la historia de la organización comunitaria, pues si bien la justicia en estas tierras no se agota ni se reduce a la guerrilla, el que los comités de conciliación fuesen reconocidos como la instancia pertinente para la resolución de los conflictos comunitarios, hace posible que -desde entonces- sean las propias comunidades quienes administren su justicia, en donde la legitimidad de los comités para tales efectos se ha acreditado con el paso del tiempo entre la población. Esta nueva política en las FARC le permitió a la guerrilla librarse de una faena que por obra y gracia de los autoritarismos armados, en ocasiones generaba más líos que aquellos que solucionaba (Ruiz y Espinosa 2001, Espinosa 2003), y por su lado, ha permitido que las comunidades afiancen sus lazos sociales al asumir una responsabilidad que les pertenece (Espinosa 2009).

---

\* Este artículo hace parte de un capítulo de mi tesis en Sociología “*A la otra orilla del río: la relación entre los campesinos y la guerrilla en La Macarena*” (Espinosa 2003), la cual obtuvo el segundo lugar en el Concurso Mejores Trabajos de Grado de la Universidad Nacional de Colombia (2004) y el primer lugar en el Concurso Nacional de Trabajos de Grado Otto de Greiff (2005). La validación de los datos la realicé en el marco de una investigación para la tesis de grado en la Maestría de Antropología de la Universidad Nacional, financiada -a través de concurso- por la Vicerrectoría de Investigación de Sede de dicha institución en los años 2007-2008. Para la elaboración de este artículo conté con el apoyo de comunidades campesinas de la región, quienes desde hace 12 años acompañan mi trabajo. Hago un reconocimiento especial a *El Pollo*, líder campesino del río Guayabero, quien gracias a sus apreciaciones sobre la justicia comunitaria inspiró éste y otros trabajos en el tema. *El Pollo* fue asesinado en su finca por guerrilleros de las FARC-EP en 2002.

<sup>1</sup> La zona desmilitarizada, que fue conocida como “zona de despeje” o “zona de distensión”, se prolongó desde octubre de 1998 hasta febrero de 2002 y comprendió a los municipios de Uribe, Mesetas, Vista Hermosa y La Macarena, en el departamento del Meta; y San Vicente del Caguán, en el Caquetá.

Pero este resultado no fue inmediato, pues poco a poco la guerrilla fue delegando un asunto que había asumido como suyo desde décadas atrás, y las comunidades, poco a poco, fueron asumiendo una labor que consideraban propia de una tercera parte con poder de decisión. Desde el año 2000 le he seguido la pista a la resolución de conflictos en La Macarena y a lo largo de mi trabajo he atestiguado una serie de transformaciones en los mecanismos de transacción, las fórmulas de arreglo y lo que esa orden de Jorge Briceño implicó para el papel jurídico que cumplen guerrilla y comunidades. Uno de los hallazgos que he realizado es que en el fondo de estas transformaciones existe una concepción de lo justo que da orden a la vida social y jurídica de la región, una noción de la justicia que autoriza o no esas transformaciones, que legitima las normas, las instancias y los procedimientos para la resolución de conflictos. Ese justo comunitario lo encontré y detallé hace varios años, y a pesar de las transformaciones mencionadas, y de los nuevos escenarios de guerra que existen en la región y en el país, mi trabajo etnográfico me ha permitido constatarlos y presentarlos en este artículo como una realidad de La Macarena que cuenta con vigencia.

Una vigencia en vilo, debo aclarar, pues ante los avances militares del estado colombiano un nuevo escenario de resolución de conflictos y de justicia comunitaria está por configurarse. El momento actual es de fuerte confrontación, de mayor autonomía de las comunidades para resolver sus conflictos, pero de menores garantías para sostener su organización social. Escapa a los alcances de mi artículo, y aún no se da la tan esperada consolidación del estado en La Macarena, para establecer cómo es o será ese nuevo escenario.

Por lo pronto, en este artículo me propongo exponer las principales características de la naturaleza del justo comunitario en las zonas rurales de la región (donde el derecho oficial no tiene pleno alcance<sup>2</sup>), presentar las normas que de este justo comunitario se derivan y el papel que han jugado allí las comunidades y la guerrilla en su configuración, para así contribuir –de forma crítica– con la exposición de una realidad y una serie de retos que le esperan a la sociedad colombiana a la hora de integrar regiones marginales como La Macarena a un ordenamiento democrático.

Para tal efecto, el artículo lo he dividido en cuatro partes: en la primera presento tres casos representativos de la dinámica regional en cuya descripción he respetado los hechos<sup>3</sup> y algunos aspectos claves en la narrativa campesina que permiten comprender la forma como las comunidades asumen y tramitan sus conflictos. En la segunda y en la tercera parte, abordo y analizo, respectivamente, los elementos

---

<sup>2</sup> Esta salvedad es pertinente, porque otra es la dinámica (y conciencia) jurídica en la resolución de conflictos en los centros urbanos y sus zonas aledañas, donde el derecho oficial –encarnado en jueces, inspectores y fiscales; leyes y códigos– cuenta con reconocimiento, acompañamiento de seguridad, un aparato de coerción y potestad para establecer justicia.

<sup>3</sup> Aclaro, eso sí, que tanto nombres, locaciones e incluso fechas han sido cambiados.

constitutivos del justo comunitario y la relación del justo comunitario con la fuerza que tienen las leyes para ser cumplidas. Finalmente, en la última sección, y a manera de conclusión, recojo los distintos tipos de leyes que en La Macarena – como expresión concreta del justo comunitario– configuran el sistema jurídico local.

#### Primera parte. Los casos<sup>4</sup>

- **Caso uno. *El comandante. Historia narrada por doña Támara***

Como en el año 96 fue que nosotros nos empezamos a levantar mejor con el Ganado. El verano de ese año todas nuestras vacas tuvieron cría, daban buena leche y ninguna se enfermó. Es que desde los tiempos de la inundación, por allá en 1989, nos iba cada vez más mal. Por eso es que compramos una finca por allá adentro en la Reserva<sup>5</sup> y le metimos más pasto del que tenía sembrado. Figúrese que esa finca era apenas unos potreros muy bonitos, pa' qué decir mentiras, pero de resto no tenía nada: puro monte, pura selva y uno que otro tigre por ahí merodeando. Era tierra sin trabajar que mejoramos en una temporada. Con todo ese pasto que sembramos y gracias a nuestro trabajo, el de Plinio, mi marido, los hijos y yo, y gracias a que el hijuemadre tigre no se nos hartó ninguna vaca, levantamos mucho ganadito. Es que el ganado es más agradecido que la coca, porque vea: por allá en el año 84 teníamos nuestro sembrado de coca, debíamos la plata de los trabajadores, de la comida que les dimos a ellos y la de nosotros, todos los insumos: la gasolina, los químicos, los abonos (...) Mejor dicho, debíamos esta vida y la otra. ¿Y entonces qué pasó?, pues que el precio se cayó de un día pa' otro y daba más plata botar la coca al río que regalarla por ahí a dos pesos. Como dos años duramos en salir de esas deudas. Todas esas matas las abandonamos y el monte se las comió rapidito. En cambio, el ganado siempre tiene precio, uno no le debe a nadie y las vaquitas son agradecidas con uno. Pero eso sí: el ganado le da al que tenga hartado ganado, porque, en nuestro caso, aunque sabemos que las vacas no las vamos a dejar nunca porque son un seguro, nos toca vivir y las que tenemos no nos dan pa' vivir bien del todo (...) En el 96 nos levantamos con el ganado, es cierto, pero ahorita nos tocó vender hartas reses: que para la casa de una hija, que para mi enfermedad, que para las máquinas, que para unas deudas que nos dejó un mal negocio.

Ahora no tenemos muchas reses, la vida se ha complicado, los hijos crecen, la finca necesita más trabajo (...) Entonces, aprovechando que la coca cogió otra vez buen precio, decidimos sembrar un tajito de por ahí una hectárea en el año 98. Y viera usted todos los problemas que ese año nos cayeron: vendimos unas vacas y sembramos la coca, pues para eso se va mucha plata –pobres vacas, bien

---

<sup>4</sup> Los casos que a continuación se referencian, corresponde a la transcripción de los relatos realizados por cada uno de los campesinos entrevistados.

<sup>5</sup> Se refiere al Parque Nacional Natural de La Macarena.

agradecidas que son con una, y ¿una cómo les paga? Vendiéndolas o comiéndoselas en diciembre (...) –, y en esos días por ahí apareció un hijueputa que nos la estaba montando y nos decía que dizque teníamos que irnos de la región (...)

El cuento fue así: nosotros tuvimos un problema grave con un comandante de área. Un comandante de área es un comandante de esos que la guerrilla comisiona para mandar en esta región. Y póngale cuidado que este señor, cuándo nos cogió como rabia, nos quería meter en problemas porque se la pasaba haciendo reuniones aquí en nuestra casa con gente que traían del pueblo. Citaba a la gente del pueblo en mi casa, y eso era un peligro, porque con el Ejército y la Policía en el pueblo cualquiera podía ir donde ellos y decirles que nuestra casa era el sitio de reuniones de la guerrilla. Y ese comandante, “Alejo” se llamaba, nos dijo un día que él hacía eso para que nos boletiaráramos; sí, pa’ que la gente fuera y le contara al Ejército. ¿Usted cree eso? ¡Y una sin deber nada, mano!, ¿Qué era lo que nosotros debíamos? “Alejo” nos estaba cobrando el no alcagüetiar ladrones, porque eso sí, ladrones no permitimos ni en nuestra casa ni en nuestra vereda.

El hombre nos cogió rabia porque un día dos manes se robaron un revólver al otro lado del río en la casa de un señor, don Jaime Fermín. Estos tipos parece que se habían metido a las milicias o simplemente andaban con “Jorge”, un miliciano primo de mi marido. Pa’ mi que esos tontos ya estaban en las milicias. Este “Alejo” decía que no, que ellos no estaban en las milicias todavía. Pero andaban con “Jorge”, y pa’ todo lado con él; y hacían reuniones y ellos ahí estaban con Jorge. Donde quiera que fuera “Jorge”, ellos iban tras de él. Entonces un día se robaron el revólver de don Jaime. Uno de estos manes, uno de los ladrones, vino a la casa ese día y le dijo a un hijo mío que la guerrilla los había marcado y que les habían dado un revólver, y le mostró el que se habían tumbado. Pero el chino no es bruto y reconoció el revolver, porque a él don Jaime se lo había prestado para ir una noche de cacería en una luna llena. Entonces cuando este man le mostró el revólver el chino pensó: “ese revólver es de don Jaime”. Pero él no nos dijo nada a nosotros.

Cuando resulta que ese día en la tarde llegaron con el cuento del otro lado del río: que a Don Jaime se le había perdido el revolver, que no se qué más (...) que alguien se le había robado el revolver. Don Jaime ya se la había olido, que estos manes, los tontos estos, le habían hecho la vuelta a su revólver. Mientras nos contaban la historia, el chino dijo de una vez: “mamá yo vi que un tipo de esos tenía el revólver, el revólver de don Jaime (...)” A mi marido, a Plínio, se le saltó la piedra, y como él era el presidente de la Junta fue y buscó a los manes esos y le dijo al que tenía el revólver: “hermano, si no entregan el revólver, esta tarde, mañana muy a las seis de la mañana, me voy a buscar a la guerrilla. Tienen que entregar el revólver y ustedes van a dar de cabeza al río Guayabero, porque eso de robar por aquí en la región no es permitido. La guerrilla mata al que se pone de ladrón. Esos manes se asustaron un resto y al ratico llamaron a “Jorge”, y “Jorge” fue y le contó

al comandante de área, “Alejo”, lo que había pasado. Entonces todo ese combo, “Alejo”, “Jorge” y los dos ladrones, quedaron muy molestos porque nosotros los jodimos por eso. Entonces “Alejo” nos la empezó a montar (...)

Y todo fue por culpa de “Jorge”, porque él estaba a cargo de la instrucción de esos dos tipos, y estaba molesto de que nosotros fuéramos a denunciarlos. Plinio fue y le dijo a Jorge: “primo, o usted va y le dice a la guerrilla o yo voy y les digo”. “Jorge” le contestó: “No, dejen que yo les digo, yo arreglo ese problema, ustedes no se metan en eso (...)” Y fue por allá al campamento y yo no sé qué contó; se puso a hablar mal de nosotros con “Alejo”. Eso nos vendió barato por allá (...) y ¡claro!, “Alejo” se emputó y citó a una reunión a toda la gente de la vereda. Y ese día, en frente de toda la comunidad, nos trató muy mal: no nos bajaba de sapos, de personas indeseables en La Macarena. Eso hasta dijo que no debíamos estar más en la región, que nos iba a tocar largarnos de por acá. Imagínese, hacer una reunión sólo para jalarnos a nosotros (...) ¡Eso nos pegó un vaciación ni el hijueputa!

La reunión se hizo un viernes en la escuela, se citó a todos los afiliados de la Junta de Acción Comunal y al resto de gente que no estaba metida: trabajadores, aserradores, raspachines (...) ¡mejor dicho!, todo el mundo. Y eso llamaron a reunión de un día pa’ otro. Y claro, eso emberraca a la gente, porque tienen que dejar tirado todo el trabajo que estén haciendo: aserrando palos, sembrando maíz, limpiando potreros, soqueando, raspando o trabajando la coca, tumbando selva (...) dizque pa’ irse a la escuela a escuchar una carreta que ni sabían ni tenía por qué interesarles. Además un viernes, que es el día cuando uno prepara el viaje al pueblo del sábado a vender los quesos, los huevos, el plátano (...) o lo que haya trabajado de coca. Y dígame usted que estábamos en pleno invierno, cuando los caminos no se pueden ni siquiera andar por la cantidad de barro y de árboles caídos. Pa’ tener que ponerse a caminar entre la selva un par de horas para ir a la dichosa reunión. Y los que tenían que cruzar el río a remo ¡qué peligro! eso en invierno ese río baja hecho un diablo, con más agua que el diluvio universal y con más palos que toda la selva. Por ahí algunos que tienen caballos o mulas llegaron montados dando madres porque eso en algún lugar la bestia se resbala, o no hay paso, o pasa algo y van a dar al suelo desde esos bichos.

Pero eso en últimas cuando la guerrilla llama a reunión, toca ir. No hay disculpas ni “fueque que fueque”. Uno viene o viene, y punto. Después de toda esa retahíla del guerrillero éste, yo me paré en medio de la escuela y le dije a “Alejo”: “vea, si usted lo que quiere es multarnos por no permitir ladrones en la vereda, qué pena pero usted está muy equivocado camarada. Y hágame el favor de decirme quién es su superior, hágame ese favor, porque yo creo que usted tiene un superior que lo manda.” La gente ese día sí que estaba muy asustada. Eso afuera de la escuela se prendió a llover como nunca, y toda esa agua cayéndole al techo de zinc no dejaba escuchar casi nada. Pero yo sí me paré, o no me paré, le hablé duro y sentada: “yo

necesito saber cuál es el nombre de su superior, porque yo sé que usted tiene un superior, un comandante. Y yo voy a ir a hablar con él porque esto no me lo aguanto así, no señor.” “¡Ahh! –gritó ese man–, yo tengo un grabación donde ustedes hablan mal de la guerrilla (...)” “¿Pues sí? –le dije– ¿Dónde está? La quiero oír.” Y dijo: “no, es que un día de éstos se la traigo y aquí la voy a poner pa’ que todos la oigan (...)” En últimas no la puso porque no existía, eran mentiras del hombre pa’ asustarnos. Además, si la pusiera, pues nadie la iba a poder escuchar, porque con esa manera de llover (...)

El aguacero se calmó un poquito y le reviré a este señor. “¡Yo donde sea le frenteo esa dichosa grabación, que no existe, –le dije–. Y si me he de morir por eso, pues me muero, mano, pero las cosas son como son!” Entonces ahí se paró un vecino, don Rafa, y dijo: “sí, eso es una verdad, porque aquí en la vereda no permitimos ladrones, yo estoy de acuerdo con ella.” El único vecino que sacó la cara por nosotros, fue don Rafa. Y seguía diciendo: “es que es cierto. Si la van a matar a ella porque no permitimos que haya ladrones, pues a nosotros también, porque nosotros tampoco estamos de acuerdo que haya ladrones aquí en la vereda.”

Y entonces el hombre me dijo que el superior de él se llama “Aristóbulo”, y que el nombre del otro jefe después me lo decía. La reunión se acabó y eso quién se iba a poner a esperar que escampara; todos cogimos camino pa’ nuestras casas. Cómo llovería de duro que uno no alcanzaba a mirar dos metros adelante de donde se pisaba, o mejor, de donde se enterraba, porque esas trochas estaban hechas una porquería. Al rato escampó y “Alejo” bajó en su canoa. Desde la casa escuchamos que un motor bajaba; salí al bordo del río y le hice señas pa’ que se acercara. Allí le dije que a ver, qué cuál era el nombre del otro comandante. Ahí como de mala gana me contestó que era él un tal “Gratiniano” (...)

El domingo fuimos temprano al pueblo a hacer mercado. Salimos tan temprano como de costumbre en la canoa recogiendo a la gente que nos hacía el pare. El río estaba difícil de andar por la cantidad de palos que bajaban y los chorros tan duros contra los que había que subir. En esas el motor gastó mucha gasolina, por eso recogimos a todo el mundo que en la orilla del río nos hacía el pare, para con la plata de los pasajes recuperar un poco del dinero que se nos iba en gasolina. Después de que hicimos el mercado por ahí nos dijeron a nosotros que la guerrilla iba a ir por nuestro ganado, que “Alejo” nos iba a hacer ver que no era lo que nosotros decíamos, lo que nosotros queríamos (...) Entonces fue cuando nosotros decidimos que lo mejor era ir a ese caserío río abajo donde los comandantes de la guerrilla se la pasan, porque dizque por ahí cerquita queda un campamento de ellos. El Ocarro se llama ese caserío; y pa’ allá nos fuimos a hablar con el tal “Aristóbulo”. Ese domingo logramos que la gente que va a las casas a fumigar y vacunar contra el paludismo por todas las veredas, “los malarios”, nos prestaran no una canoa sino una voladora, una de esas lanchas que andan rápido por el río. Un “malario” nos llevó en su voladora hasta El Ocarro. El mismo lunes salimos, muy

temprano, aprovechando que ya llevaba dos días sin llover y que parecía que no iba a caer más agua. Menos mal, porque o si no, dónde se iba a guardar toda esa agua, si es que en Macarena no cabía una gota más. Todo estaba inundado o mojado. Hasta el sol escurría agua cuando medio salía.

Nosotros sí dijimos que no nos la íbamos a dejar montar. Uno mientras esté limpio, qué miedo va a tener. Cogimos voladora, cogimos una ropa pa' llevar, comida, algo de plata, valor y arrancamos. De camino, como a una hora por el río, nos encontramos a "Alejo" allá en la tienda del finado Eulogio. Necesitábamos comprar un aceite para el motor, y mientras arrimábamos nosotros, él coge y nos dice: "voy pa' su casa por mi ganadito". Y yo le dije a ese majadero: "¿Sí? Y yo que voy pa'l Ocarro, mano! Usted va pa' mi casa y yo voy pa' El Ocarro." Y al escucharme dice: "Entonces otro día voy a su casa (...)" "Listo", -dije-. Seguimos nosotros y él se quedó. ¡Pero ese man cómo se timbró cuando nosotros le dijimos que veníamos pa'l Ocarro! Jueputa si ese man quedó asustado, se puso pálido el pendejo ese.

¡Pero si es que nos la tenía montada feo!, los hijos estaban muy asustados, nos dijeron que pa' qué íbamos a El Ocarro, que a lo mejor nos mataban (...) Yo les dije: "¡No mijos, las cosas son como son!, ¿cómo va a ser que nos la van a montar de pura alegría? Nosotros no le hemos hecho mal a ninguno, ni mucho menos, ni hemos sapiado a nadie, ¿pa' qué nos van a joder así de esa manera? Eso no se queda así, eso no es justo". Y bajamos derecho por ese río, cinco horas de viaje. Claro que derecho es un decir, porque ese río tiene más curvas y más vueltas que un balín, pero ¡más de buenas!, apenas llegamos por allá a El Ocarro, y preguntamos por el comandante "Aristóbulo", el hombre le estaba comprando unas vainas a la mujer de él por ahí en una tienda y nos lo mostraron. Nos presentamos con él, le hablamos y nos llevó para el parque. Allí en una de esas sillas que quedan debajo de unos árboles grandísimos, llenos de pájaros, con Plinio le contamos todas las vainas. Le dijimos que "tanto será la montada que ese señor nos tiene, todo eso que nos dijo en la reunión, que nosotros estamos muy asustados. A nosotros nos aconsejaron que lo mejor era vender el ganado, la finca, todos nuestros corotos, y que nos fuéramos de ahí. Que nos fuéramos pa' fuera, pa' algún lado (...)" El comandante "Aristóbulo" escuchó toda nuestra situación mirándonos fijamente, sin decir nada, pero apenas escuchó lo último eso pegó casi un grito y dijo "¡no, qué van a hacer eso!, ustedes no vayan a hacer eso, no tienen por qué hacerlo. Yo sé quienes son ustedes, aquí nadie ha traído mala información de ustedes, ustedes no son sapos. Ustedes nunca han sapiado a nadie ni han tenido problemas con nosotros. Tan solo ahora ese lío pendejo en que están metidos, pero ese no es un problema grave; lo que pasa es que hay más de un guerrillero untado, emproblemado, y uno sabe apreciarlo. Y además no es la primera queja que recibo de 'Alejo' por parte de algún campesino. Nosotros ya estamos es listos pa' recogerlo, ya tenemos rebotada la cosa con él. Quédense tranquilos que yo le mando una carta a este compañero. Es más, ustedes mismos la

llevan y esperan a que todo se arregle. No le digan nada, solo entréguenle la carta, le avisan y yo inmediatamente me encargo de él.”

Y sí, el comandante “Aristóbulo” nos dio buen consejo: que qué íbamos a hacer nosotros ahora, si toda una vida nos la hemos pasado jodiéndonos, siendo gente buena, honorable (...) Él sabía dónde vivíamos y cómo vivíamos, porque el hombre había entrado aquí a nuestra casa, tal vez una noche, a comprar quesos. Mejor dicho, nos dijo que no, que no nos fuéramos, que eso no era motivo, que eso no era problema. Pero yo le dije: “¿y si el hombre va a molestarnos, a amenazarnos (...)?” Se quedó más serio, es que ese camarada es muy serio, y nos dijo: “tranquilos que él tiene su castigo y les agradezco que hayan venido, y así se arreglan las cosas”. Y pa’ qué, por eso digo yo que entre la guerrilla hay tipos jodidos y gente tratable.

Finalmente a “Alejo” lo bajaron de mando. Lo volvieron otra vez soldadito y luego lo castigaron. Supimos que le iban a hacer un consejo de guerra y que lo iban a matar. Pero no lo mataron; nos contaron que muchos compañeros de él dijeron que había que darle otra oportunidad, que de todas formas él era bueno para la pelea y que era querido entre ellos. Entonces le pusieron otro castigo: le quitaron el puesto que tenía; tal vez lo tuvieron un tiempo capturado, pero eso sí, el castigo más grande, más berraco que le pusieron, fue que lo llevaron por todo ese sector de La Macarena de casa en casa, allí donde la había embarrado, donde había molestado a la gente. Aquí a nuestra casa, el mismo viejo, el camarada “Gratiniano” lo trajo un día. Nosotros no sabíamos ni que él era el comandante del frente ni que traían a “Alejo” desarmado y todo en plan de castigo. El viejo se estuvo por aquí sentado como dos horas charlando con nosotros, y el pobre huevón del “Alejo” ahí parado, plantado no más como haciendo guardia, pero sin arma y ¡sin nada! Es que para los guerrilleros no hay peor castigo que les quiten el arma. Fue después que nos dijeron, que “Gratiniano” era el camarada más duro del frente y que a “Alejo” lo estaban castigando así.

Todo este problema lo arreglamos porque nosotros ya sabíamos más o menos como se podía solucionar. Porque vea, cuando hace años, por allá en el 87, en la región mandaba otro frente, de no haber sido por las enseñanzas que nos dejó el comandante “César”, nada hubiéramos hecho con este lío y mínimo nos habría tocado irnos. Lo que nos enseñó “César” viene de esto: ocurre que una vez tuvimos un problema con un vecino, de allí arribita no más, y fue que mientras ese hijuemadre nos estaba robando una madera, los marranos de su finca se nos comieron un maíz que teníamos sembrado. Entonces pues hicimos lo que había que hacer: fuimos a hablar con la guerrilla; pero el comandante de área que estaba por aquí se recargó hacia él; se puso del lado del vecino. Y no nos daba la razón, todo lo contrario. Además salió con el cuento que teníamos que pagarle una plata a ese vecino. ¡Ah, qué tal! ¡Y antes que la guerrilla dizque haciéndonos pagar cosas al viejo hijueputa ese! (...) Entonces nosotros le contamos todo eso al comandante “César”, porque fue “César” el que nos dijo “no, eso no es así, cuando hay un

problema así, ni por más comandante que sea, ustedes pueden dejársela montar así de feo.” Nos explicó que cuando pasa eso se busca a un comandante superior. Que eso se arreglaba así. ¡Y vea! eso fue lo que hicimos nosotros con “Alejo”, porque eso es una realidad. Al menos ahí solucionamos el problema con “Alejo”, ahí mismo nos arreglaron el problema. Y no nos pasó nada, no nos la montó nadie más ni nada, y seguimos con nuestro ganadito, y ese es el que no nos dejó hundir en estos días, porque coca tenemos muy poquita coca. Por ahí el próximo año es que vamos a empezar a ver los resultados de lo que vamos a sembrar dentro de poquito, apenas se meta el invierno, porque quien lo creyera, mucho se queja uno del invierno pero la tierra se deja trabajar es en el invierno. Más pasto para el ganado, unas plataneras y pues sí, los loros, los chigüiros, los zainos y los micos nos dejan algo de maíz y por ahí dos hectáreas de coca. Todo eso es lo que se va a ver en nuestra finca apenas apague un poquito más el sol y se nos venga toda el agua del mundo encima. Porque con el agua, los pastos, el ganado y la coca, por fin nos vamos a lavar de todas esas deudas que nos dejó, como hace muchos años, otro mal negocio con esas benditas matas.

▪ **Caso dos. *La finca***

En medio de uno de los inviernos más bravos que recuerde la región, la compra de una tierra en una vereda aledaña a El Socorro terminó en un problema que involucró al comprador, a la señora que vendió y a una comisión de la guerrilla que se propuso arreglar el problema. “*Si eso no se armó un tierrero más bravo –dijo don Plinio– fue porque como no hacía sino llover lo único que había era barro.*” Don Plinio, uno de los miembros del comité de conciliación de la Vereda El Socorro, me puso al tanto del lío que se formó y la siguiente es su narración de los hechos: Que días ese muchacho que es calvo, “Cielorrasso”, le compró a doña Delia un terreno en siete millones de pesos por allá en la vereda La Guamera. Le dio tres al comenzar y le pidió un plazo para darle cuatro millones, en no sé qué tiempo (...) en tal caso era pa’ un mayo que él tenía que darle esa plata. Yo creo es que después de que a mi me den tres millones de pesos por una finca yo pierdo la posesión de la finca, porque el que me pagó es dueño, y si tiene un plazo de por lo menos tres, cuatro, cinco meses, tengo que esperar hasta que se cumpla ese plazo para que él me pague.

Pero doña Delia no quiso hacer eso. Cielorrasso le dio los tres millones y como seguro no le dio ahí mismo toda la plata, los siete millones, pues entonces doña Delia le metió ganado a la finca, cuando Cielorrasso ya tenía sementeras sembradas. Él dijo: “yo compré eso, eso es mío. Y cuando cumpla el plazo yo le doy la plata a la señora y listo.” Pero no; ella fue y al tiempo de haber vendido la finca le metió ganado. El hombre tenía sementeras sembradas y de una vez el ganado fue y se metió por todo lado y se hartó hasta la última mata de yuca.

Ahí fue cuando comenzó el berraco problema con esa compra. De todas maneras, pasado el tiempo se cumplió el plazo y Cielorrasso no pudo completar de pagar el resto de la plata en Mayo, como habían pactado. Llamó a la cucha y le dijo “mire, yo no le puedo reunir sino dos millones y medio, yo le doy eso, y apenas raspe la coca que yo tengo le doy el resto de plata en julio.” La cucha le recibió los dos millones y medio y esperó más tiempo pa’ cobrar el resto de plata.

Cuando Cielorrasso raspó y reunió la plata se dio cuenta que el ganado de doña Delia le había destrozado las sementeras, entonces él le dijo a la cucha: “si usted me paga 200 mil pesos por el daño que hizo su ganado, yo le doy el resto de plata.” La señora dijo que no, que tenía que pagarle toda la plata. “Pero yo cómo voy a perder el trabajo que le metí a la finca, ¿quién me responde por el daño? Usted me hizo daño con los animales, yo ya le había dado plata, la finca era mía. Ya pasaba a ser mía, usted tenía que esperar a que yo le diera el resto de plata.”

Pero no. Eso la cucha se torió, se puso toda berraca y fue y llamó a unos guerreros. Cuando una mañanita la señora apareció en la casa de Cielorrasso con cinco o seis guerreros, cuando apenas en la casa estaban ordeñando las vacas, desgranando el maíz y se estaban preparando en la casa pa’ ir a fumigar la coca. Los recibieron y el comandante preguntó por Cielorrasso y le dijo al muchacho: “yo vengo a arreglar un problema. Usted le debe a esta señora millón ochocientos.”

¿Puede creer semejante cosa? Cielorrasso compró la finca por siete millones. Pagó tres y le quedaban cuatro. Luego no pudo pagar todo y entregó dos millones y medio, entonces solo le quedaban por pagar millón y medio. Luego eso era lo que él le debía: millón quinientos. Pero el comandante dijo: “Yo vengo a que le pague a esta señora millón ochocientos que usted le debe.” Entonces Cielorrasso le dijo: “no señor, yo a ella le debo solo millón quinientos y además el ganado de la señora me hizo un daño en las sementeras y yo valoré el daño por 200 mil pesos, entonces yo le debo millón trescientos.” Dijo el comandante: “No señor, la señora dice que usted le debe millón ochocientos y eso es lo que le paga a la señora.” Cielorrasso le respondió: “No, pero ¿cómo es que yo voy a pagar lo que no le debo? Eso no es justo, yo le debo a ella millón quinientos.”

Pero el guerrero nada, seguía parado sobre la banda y le dijo: “No señor, le paga el millón ochocientos que le debe a la señora y me firma este papel aquí comprometiéndose a que en tal fecha usted paga esta plata.” Entonces Cielorrasso le dijo: “No, es que no le debo esa plata (...)”, el comandante le respondió: “¿Que no la debe? Usted dice que no la debe pero yo digo que usted la debe y tiene que pagar.”

¿Y eso qué es!? ¿Qué justicia es esa que uno le debe a una persona más de lo que se había pactado? Si la cucha le hubiera dicho: “me debe cuatro millones”, ¿tiene que darle los cuatro millones? Eso no es justo, entonces es lo que yo me pregunto: cuál

es la justicia que hay entre la guerrilla (...) Pero Cielorraso esperó a que viniera un comandante superior a una reunión que había en la escuela y él le dijo: “camarada me pasa esto y esto con un negocio que tengo. Unos guerreros fueron allá y yo tengo que pagar más de lo que debo y no me responden por el daño (...)” El camarada le dijo: “no, usted le paga lo que le debe, por lo que hicieron el negocio y listo, no más.” Y bueno, arreglaron así.

A los pocos días llegaron los guerreros que habían ido a cobrarle el millón ochocientos: “que la plata de la señora, que ya se había cumplido el plazo”. Cielorraso les dijo “aquí está, le debo millón quinientos. Y doy millón trescientos porque ella me hizo un daño con un ganado.” Le dijeron: “no, usted le debe millón ochocientos.” Y dijo: “no, yo no sé, yo le pago lo que le debo.” Y a lo último un guerrero le dijo: “bueno, pierda usted el daño, páguele un millón quinientos y dejen así pa’ arreglar el problema.” El hombre perdió el daño, le entregó la plata y el problema quedó resuelto, él con su finca y doña Delia lo más de brava. Vieja descarada.

▪ **Caso tres. *La canoa***

En agosto se iniciaba en La Macarena el tradicional torneo interveredal de fútbol que integra a toda la región en un vibrante campeonato de seis meses. Por lo tanto, todas las veredas enviaban sus delegaciones a la cabecera municipal para participar del desfile inaugural. A pesar de quedar a ocho horas por río, y de tener que sortear uno de los raudales del río Guayabero, desde la vereda Regadales salió el equipo de fútbol para participar del campeonato. El Comité de Deportes compró la gasolina y pidió prestado la canoa y motor de La Junta para realizar el viaje.

El motor fuera de borda estaba en la cabecera de la vereda, en la canoa de don Julio, el secretario de la Junta. Entonces los encargados del Comité de Deportes tenían que ir por la canoa de don Julio y bajar en ella hasta donde estaba amarrada la canoa de la Junta, cambiar de canoa y seguir su camino. Don julio había accedido a prestar su canoa para realizar tal operación. Pero dado que la canoa de don Julio era más grande y rápida, decidieron no hacer el cambio de canoa y todos los deportistas siguieron su camino en la canoa del señor sin haberle consultado.

Al llegar al Raudal, ese cajón de piedra donde el Guayabero, entre paredes de piedra, reduce su tamaño pero mantiene su caudal, supieron que “no estaba dando paso”. Era tal la cantidad de agua que aún permanecía desde que inició la temporada invernal, que resultaba imposible pasar la canoa por él. Por lo tanto, la canoa de don julio se quedó en el alto Raudal, los deportistas siguieron su camino a pie por la trocha que comunica ambas bocas del Raudal, y en el otro costado consiguieron a alguien que los llevara al pueblo, donde finalmente participaron del desfile ese fin de semana.

Cuando la delegación se devolvió el día lunes y llegaron al alto Raudal, encontraron que el río había descendido y que las cuerdas con que estaba amarrada la canoa no habían soportado el peso de ella y se reventaron. La canoa, por lo tanto, se soltó y bajó a su libre albedrío por todo el cajón del Raudal, sorteó con suerte las piedras y se encalló en medio de una palizada a la margen derecha del río Guayabero. Alguien que vio la canoa avisó a los deportistas y tres de ellos bajaron de nuevo con el motor en una mula para montárselo a la canoa y subirla por el Raudal. Al ojo experto de Henry, quien había manejado el motor durante el viaje, el Raudal ya estaba dando paso y era posible subir la canoa por él. Con tan mala suerte que la fuerza del río, en el primer intento por subir la canoa, le dio vuelco a esta, la estrelló contra una roca y la partió en mil pedazos. El motor, aunque se salvó, tuvo considerables daños. Pero afortunadamente tanto Henry como sus dos ayudantes salieron ilesos del accidente.

Cuando los deportistas pudieron llegar a la vereda y se conoció la noticia, surgió una duda entre la gente de la comunidad: ¿Y quién va a responder por la canoa de don Julio y el motor de la Junta? Por esos días había reunión de Junta y durante la asamblea se discutió el accidente. A pesar de que la guerrilla estaba por la región, fue durante el desarrollo de dos reuniones de Junta que se llegó a un acuerdo final. Las posiciones que había eran las siguientes:

1. Que la canoa y el motor la pague toda la comunidad, aportando cada afiliado a la Junta una cuota extra de dinero.
2. Que la canoa y el motor lo pague la Junta con los recursos que recogía de la madera y las cuotas de los afiliados.
3. Que la canoa y el motor la pague el Comité de Deportes, pues fueron ellos los que viajaron al pueblo.
4. Que la canoa y el motor los pague Henry, ya que fue él quien manejó el motor todo el viaje. Además, él había decidido seguir con la canoa de don Julio, sin haberle pedido permiso y fue él quien, además, asumió el riesgo de subir la canoa por el Raudal.

La primera opción fue rechazada duramente en la asamblea. Lo mismo que la segunda, porque en últimas involucraba a toda la vereda en el pago de un daño que fue culpa de unos pocos. La tercera opción fue objetada por los miembros del Comité de Deportes, porque según ellos si el Comité representaba a toda la comunidad, pues todos sus representados deberían apoyarlos. La última opción dividió a los miembros de la comunidad, pues aunque se aseguró que el gran responsable era Henry, se sabía que él no estaba solo, por lo tanto no se podía dejar solo.

El arreglo del problema no recurrió al Comité de Conciliación, pues dado que involucraba a gran parte de una comunidad, sólo en asamblea podía resolverse. No se recurrió a la guerrilla, porque las reuniones que estaban programadas en la Junta tuvieron un espacio para solucionar el problema y no dejarlo “en el aire”. Durante las asambleas, a pesar del desorden, todas las personas que alzaban la mano podían hablar según el presidente de Junta iba otorgando la palabra. Luego de escuchar las opciones que se numeraron anteriormente, apareció una nueva que fue sometida a votación y logró ganar por mayoría. Alguien propuso que, dado que Henry era el gran responsable por haber violado el acuerdo con don Julio, y luego fue él quien tomó la decisión de arriesgarse por el Raudal, así que él debía pagar la mitad. La otra mitad debía ser asumida por el Comité de Deportes, pues ellos iban con Henry, no lo detuvieron e incluso lo apoyaron.

Así se hizo. En un acta firmada por los responsables se comprometieron a pagar las sumas del arreglo del motor y la compra de la canoa. Fijaron las fechas de los pagos, y mientras se compraba la canoa, don Julio pudo usar la canoa de la Junta. En diciembre de 1998 el problema quedó finalmente resuelto cuando a don Julio se le entregó una nueva canoa y cuando se reparó el motor de la Junta. La Junta, para evitarse nuevos problemas, decidió vender tanto la canoa como el motor, porque nunca nadie respondía por ellos y se prestaban para peleas y problemas.

### **Segunda parte. El Justo Comunitario**

Estas situaciones que he expuesto como casos son reconocidos –y llamados– por las comunidades como *problemas* a los que se adjudica un nombre propio que les caracteriza: “el problema del camino”, “el problema de la cerca”, “el problema del ganado”. En la región sus habitantes reconocen un problema cuando sucede un conflicto entre personas que supone o bien la violación a una norma de convivencia comunitaria (uso de aguas y caminos, participación en trabajos comunitarios), o el choque de uno o más intereses que reivindican para sí la justicia de sus demandas (el pago justo por un trabajo, la restitución de un bien). En suma, los problemas son problemas cuando se tratan de disputas que tienen una fundamentación normativa (Santos 1991) y donde siempre (y ese siempre es una condición clave que debe subrayarse) se recurre al criterio “lo justo” para reclamar sobre el actuar propio y de otros.

Pero antes de detallar algunas condiciones de ese justo comunitario, bien cabe aclarar que para la identificación y definición del ámbito jurídico existente en La Macarena, mas allá de la esfera estatal de la normatividad y del litigio, han sido dos las propuestas teóricas que me resultaron pertinentes para plantear una metodología de definición y análisis: la teoría de los campos de Pierre Bourdieu (2000) y la perspectiva del pluralismo jurídico que trabaja Boaventura de Sousa Santos (1991, 2001). La teoría de los campos sociales me ha permitido identificar el carácter dinámico de la relación entre la guerrilla y las comunidades en la

configuración de un campo jurídico en donde ambos agentes, y sus prácticas, han dado forma a una serie de pautas de las cuales se ha establecido el sistema jurídico local (al respecto puede verse Espinosa 2009). La perspectiva de Santos, por otro lado, me ha permitido comprender y aprehender el sistema jurídico como sistema, en la medida en que este autor, ante la cuestión de la especificidad de la mirada sociojurídica sobre aspectos de la realidad cuya fundamentación normativa no necesariamente se encuentra ligada a la jurisdicción oficial, propone una definición de derecho que lo contempla como

el conjunto de **procesos regularizados** y de **principios normativos** considerados justiciables en determinado grupo que contribuye para la creación y prevención de litigios, y para la resolución de éstos a través de un **discurso argumentativo** de variable amplitud, **apoyados o no por la fuerza organizada**. (Santos 1991:77)  
(Subrayados fuera de texto original)

Ahora bien, retomando la descripción del justo comunitario, éste es el criterio normativo fundamental del que se derivan –en consecuencia– las normas de convivencia de las comunidades; es bajo este criterio que las acciones jurídicas de la guerrilla, de las Juntas de Acción Comunal o de las instancias del estado que intervienen en zonas campesinas, se asumen como legítimas o no por las comunidades. Es en suma el máximo criterio que define cuándo hay o no conflictos, sobre éste se reconoce la justicia de los procedimientos para la resolución de los problemas, así como la justicia en la solución a que da lugar. De igual forma, el justo comunitario previene futuros conflictos al fijar los lineamientos de acción, transacción y negociación que deben seguir los campesinos. Lo justo es el principio moral que legitima y fundamenta las actuaciones, decisiones, normas y leyes de la justicia local, pues dicho criterio le da validez a cada uno de ellos.

Por ejemplo: cuando en la vereda El Socorro uno de sus más viejos habitantes, Leonardo, le cerró el paso por un camino real a don Saúl (Ruiz y Espinosa 2001), don Plinio –integrante del comité de conciliación– se indignó porque “*la ley dice que un camino real no se puede cerrar y que un camino después de diez años de pisado se convierte en camino real*”. Don Plinio invocó una “ley”, que a la hora de ser consultada no se puede buscar en un libro de leyes, porque dicha ley no se reconoce así en La Macarena; es una ley que se confunde con la idea de un valor, pues se ha afianzado en la costumbre y ha sido heredada por medio de la tradición. Nadie sabe de dónde viene, quién se la inventó, pero es la ley, y hay que respetarla.

Cuando he hablado con campesinos y campesinas sobre la ley, las leyes campesinas, “sus versiones sobre ellas”, construyen una narrativa que por lo general, en todas las personas, empieza con la aseveración “*todo el mudo sabe que la ley (...)*” Y todo el mundo sabe que la ley proviene de lo que es justo y que por lo

tanto, debe ser defendida.<sup>6</sup> Resulta entonces que para consultar dicha ley, o cualquier ley campesina, hay que remitirse a la experiencia concreta, a las costumbres y a la raigambre que guarda muy bien dichas leyes en su tradición oral, pues la ley corresponde a la interpretación de lo justo a través de un discurso argumentativo, que según la definición de Santos es de variable amplitud. En ocasiones las leyes que estructuran la justicia local, se hace objetiva en un litigio: allí es donde existe, hace su aparición o incluso se puede crear. Para hacer cumplir una ley, se recurre a una serie de procesos regularizados que se pueden apoyar o no en la amenaza del uso de la fuerza, es decir la guerrilla.

En el caso que antes comenté, don Saúl no invocó a la ley para solucionar el problema del camino. Recurrió a la guerrilla para mostrarle los daños que le causaba la acción de Leonardo y adujo que ese camino *siempre* había estado abierto. Leonardo invocaba su derecho de propiedad: “*por donde pasa el camino es mi finca*”, y de intimidación: “*no es bueno que mi finca la crucen tantos caminos*”. ¿De dónde provienen esas concepciones sobre lo justo y la ley? Es más: ¿cuáles son las “leyes”, las normas y las instancias que deben proteger lo justo, defender la ley y crear las normas? La discusión jurídica al respecto, sin remontarse al eterno debate jurídico entre naturalistas y positivistas, la trabajo a partir de una concepción amplia de derecho consuetudinario, según las costumbres, que se estructura a partir de las creencias y mecanismos heredadas de la tradición y racionalidad campesinas.

Los principios de conducta, sobre los que se establecen tanto las leyes como las normas de convivencia en La Macarena, corresponden, entre otras cosas, a criterios universales de justicia y moral que el Naturalismo jurídico entiende – según explica Óscar Mejía– como “asequibles a la razón humana y cuya existencia es independiente de órganos o de personas” (2001:49). Por lo tanto, y teniendo en cuenta la anterior premisa, la noción de derecho se establece teniendo en cuenta que “un sistema o una norma no pueden ser reconocidos como jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia” (Mejía 2001:49). Y la forma como entiendo y trabajo el concepto de derecho existente en La Macarena está aún más relacionado con los valores morales y de justicia, pues, como se verá más adelante, la práctica jurídica de la región se fundamenta principalmente en ellos.

---

<sup>6</sup> Carl Schmitt, en su libro *Legalidad y Legitimidad* (Mimeo S.F.) realiza un análisis histórico de la concepción social sobre la “ley”. Resalta que en el siglo XIX, durante las monarquías constitucionales, valía el concepto de Ley en sentido formal como “una representación adoptada con el concurso de la representación popular” (25). Identidades simples en la ciencia del derecho remiten el concepto de “derecho” a “ley”. Por lo tanto, dice Schmitt, “ley en sentido material es una norma jurídica o un precepto jurídico, una determinación de “lo que debe ser derecho para todos. La ley formal contiene un precepto jurídico no confundible con un mandato cualquiera” (26). Aunque en La Macarena no se conocen las leyes como leyes formales, cabe el anterior análisis para entender la fuerza que juega la ley como fundamento normativo y de conducta que nace, entre otras cosas, de la voluntad popular.

Esos principios morales, que para el caso en cuestión pueden entenderse desde esa concepción universal mencionada, en su desarrollo histórico y su adaptación cultural en La Macarena pueden dar pistas para comprender la naturaleza del justo comunitario. La racionalidad campesina y las condiciones sociales de la región han dibujado una idea que don Plinio reclamaba como lo justo. Y de lo justo se desprende el discurso de lo legal, no en términos formales del derecho positivo, sino en términos bastante coloquiales y autóctonos de restitución de lo justo como lo legal, que establece así los parámetros del derecho consuetudinario. Para entenderlo mejor, en una oportunidad le pregunté a El Pollo, presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda El Socorro, qué era una ley, y respondió:

*La ley es muy importante, pero **las leyes varían de acuerdo a las situaciones**. Porque si usted ve que una persona se roba una cosa, primero se analiza por qué se la robó: por necesidad, por vicio o por costumbre. Entonces hay que manejar esas tres opciones. Si la persona se robó una gallina, pero se la robó porque tiene a los hijos y la mujer aguantando hambre, entonces yo digo que **no se le puede apretar toda la ley como es**. Pero si ya lo hace por costumbre, por vicio, esa ya es otra cosa. **Las leyes son de acuerdo a las necesidades de las personas**. Para mí eso es una ley.*

A diferencia de las leyes del derecho oficial, la ley en La Macarena no está escrita. Le planteé eso a don Vicente, joven campesino nacido en La Macarena, quien respondió que, a pesar de no estar consignada, “en esta áreas, se sabe que esa es la ley que manda, así no se haya escrito ni nada. **Se reconoce**”. Cuando estaba recogiendo los testimonios sobre el caso “El Comandante”, durante la entrevista que hice a doña Támara, ella reclamó el derecho a respetar lo justo, como una moral universal, y a ceñirse a lo legal, como un valor particular, pues retomando a don Vicente, las leyes son tales, y lo “justo” es justo, porque *se reconocen*. Decía doña Támara, refiriéndose al guerrillero que amenazó con desterrarla a ella y a su familia:

*Ese comandante guerrillero despachó gente de la región, "que se tenían que ir, que no sé qué más (...)" Porque no estaban de acuerdo con él. Pero es que uno en esta región no puede pretender que todo el mundo piense igual. Que si por lo menos el comandante dice: "tienen que hacer tal cosa" y uno piensa "pero cómo vamos a hacer tal cosa **si eso no es justo, eso no es lo legal**". Y nomás porque uno no estaba de acuerdo con él tenía que ir empacándose las maletas dizque pa' irse. No señor.*

### Tercera parte. La fuerza de la ley

Si bien es posible asumir una serie de valores universales que tienen su versión en La Macarena, para comprender esa versión y su papel en el origen y estructura del justo comunitario, de la legalidad allí vigente, el aspecto histórico que le constituye tiene mucho que ver con aquellos valores sociales y políticos que las FARC proclaman, no sólo como organización insurgente revolucionaria, sino también como justos. Valores que, en ocasiones, respetan y se corresponden a las necesidades de los campesinos. Las acciones de la guerrilla –en términos de

resolución de conflictos, de control social y de normatividad comunitaria- son legales en la medida en que se ciñan, defiendan y hagan respetar lo justo. Décadas de marginalidad y exclusión, de violencia política y trabajo político de las FARC en la zona; décadas de conflictos sociales irresueltos y agravados por la militarización de las relaciones entre el estado y la sociedad civil, agravados aún más por la estructura de inequidad agraria en el país, han significado que al justo comunitario se le adscriban valores políticos que le imprimen una particularidad especial: no es un justo comunitario que se preocupe únicamente por la convivencia comunitaria, sino que es un justo comunitario que trae consigo una serie de valores -de carácter político- que reivindican la justicia social.

Hecha esta salvedad, para quien quisiera ahondar más en los valores políticos de la sociedad regional, los trabajos de Molano (1989), Cubides (1986 y 1999); Ruiz (2002) y Espinosa (2003) pueden ofrecer pistas al respecto. Que en cuanto a posibles vías para comprender los valores jurídicos de la sociedad regional, en particular la naturaleza del justo comunitario, es posible encontrar pistas claves en aquellos aspectos de la teoría jurídica que definen una serie de “reglas primarias de obligación” propias de sociedades que no cuentan con legislatura, tribunales o funcionarios. Como he expuesto antes, en La Macarena existen leyes, instancias para la resolución de conflictos y personas idóneas para este trabajo. Pero antes de que este sistema local tomara forma, cuando los campesinos apenas empezaban a poblar la Sierra de La Macarena a mediados del siglo XX, normas de este tipo que eran respetadas y hechas respetar fueron el primer paso hacia la construcción del sistema jurídico regional. Sobre estas normas primarias señala H.L.A. Hart que

existen ciertas condiciones para que una sociedad conviva en virtud de dichas reglas. La primera de ellas es que las reglas tienen que restringir, de alguna forma, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto a acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen que reprimir. (Hart 1995:113 en Mejía 2001:63)

Las más sencillas normas de convivencia comunitaria, que bien pueden ser homologadas a una serie de reglas primarias de obligación que constituyen un conjunto de normas para la vida comunitaria (que adquieren la connotación local de “ley”) en razón a que ellas corresponden a un cúmulo de consideraciones generales, puntos de vista socialmente compartidos y con un marcado carácter regional (es decir, con características locales propias). Este tipo de normas son reconocidas y aceptadas por la cultura campesina como la versión operativa del justo comunitario: es justo cumplir con las normas y principios que aseguran la vida social. A este tipo de consideraciones generales y puntos de vista u opiniones comúnmente aceptados se les conoce como *topois*, según reconstruye esta noción griega Santos para analizar la base fundamental de la normatividad vigente en las comunidades marginales que este autor analizó en Brasil. Dice Santos que

Los *topoi* se caracterizan por su fuerza persuasiva y no por su contenido de verdad. Hacen referencia a lo que es conocido (...) pero el conocimiento que transmiten es profundamente flexible y moldeable ante los condicionamientos concretos del discurso y tema tratado (1991:32).

Lo justo, y las sucesivas leyes que de él se desprenden, son el principal *topoi* ético-jurídico sobre el cual se entienden, previenen y resuelven los conflictos en La Macarena. Pero ¿sé de qué leyes se está hablando allí? Cuando preguntaba a campesinos sobre la existencia de las leyes en La Macarena, sus respuestas permiten relacionar dichas leyes a las reglas primarias y a una serie de reglas secundarias que vienen siendo aquellas normas que han sido inventadas por las comunidades, o que ha traído la guerrilla. Cuando se trata de normas para el funcionamiento de las Juntas, las reglas para los trabajos comunitarios, muchas de las normas quedan consignadas en los libros de las actas. Y, teniendo en cuenta, que tanto la Junta como la Vereda y la Comunidad parecieran confundirse, el ejercicio de consignar en un libro cierta normatividad implica un primigenio rasgo de codificación no sólo para la Junta, como organización, sino para toda la comunidad de una vereda. Teniendo en cuenta la amplia gama de leyes que pueden existir, pregunté a El Pollo cuáles eran las Leyes de La Macarena:

*Pues cada Junta en eso es autónoma, porque vea: los linderos se sabe que **la ley dice** que cada vecino tira medio lindero y pone la cerca de su parte. Esa es la medianía. Entonces según los estatutos de cada Junta, las normas de convivencia se acuerdan en una asamblea. Digamos: usted hace una reunión, reúne a los afiliados de una comunidad, y dice “vamos a poner esta forma de hacer las cosas” ¿Si? Por ejemplo: “al que no venga a las reuniones 2, 3 veces le sacamos multa.” Entonces se hace una reunión para que la gente esté o no de acuerdo. ¿Entonces qué sucede?, que entre la misma comunidad se pueden hacer, **formar leyes** para regir la misma comunidad pero que todo el mundo esté de acuerdo. Digamos otra cosa: todo el mundo sabe que un camino real lo limpia el dueño de la tierra. Digamos que si por mi tierra pasa un camino de éstos, **yo por ley tengo que limpiarlo** porque lo necesita más de una persona. Pero, usted puede hacer una reunión para dialogar con la gente y ponerse de acuerdo si lo limpia cada dueño de predio o lo limpian entre todos. Ése es **un acuerdo que puede variar las leyes**, puede variar las formas de ver las cosas, de hacer las cosas. Las leyes se pueden poner, no tanto como están escritas, sino a beneficio de todos, en común acuerdo, para que todos estén contentos. Esa es la forma de manejar una comunidad, de **manejar las leyes de una comunidad**. No a criterio de solo dos personas, sino a criterio de todos.*

El testimonio de El Pollo deja ver varias condiciones y situaciones de la realidad jurídica de La Macarena. La primera de ellas es que dicha realidad puede ser entendida como sistema jurídico en la medida en que incorpora normas complementarias a las reglas primarias. Siendo así, este sistema jurídico ha solventado los defectos que existen en las formas de control social que funcionan sólo con reglas primarias. Dichos problemas requieren diversas formas de complementación normativa para ser superados, pues puede suceder que ante las dudas sobre las reglas y sus alcances no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, es decir, habría *falta de certeza* (Mejía 2001:64). Un defecto observado en sociedades que funcionan con solo reglas primarias, es el carácter

estático de éstas. Señala Mejía que “en tal sociedad no habrá formas de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes porque la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación” (2001:64). Otro defecto que identifica Mejía es

la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla ha sido admitida o no violada, si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva el hecho de la violación (2001:64).

El remedio para una solución de éstas, según propone Hart, “consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo distinto.” El papel de la Junta es clave para hacer de las reglas secundarias algo variable y justiciable. El testimonio de El Pollo estipula que “*la ley dice que (...)*”, teniendo en cuenta que “*un acuerdo puede variar leyes*” y que entre la comunidad “*se pueden hacer leyes.*”<sup>7</sup> Cambiar las leyes implica la existencia de reglas de cambio, porque tal y como decía El Pollo, “*las leyes varían de acuerdo a las situaciones*”. Ello porque la validez de la ley no es *la ley en sí misma*, por lo que esta no se debe obedecer gratuitamente. Entre lo justo y la ley existe una frontera variable, como se ha visto, donde según la circunstancia el justo comunitario no se agota en sus leyes.

Este esquema de análisis permite identificar otra serie de circunstancias en el sistema jurídico de La Macarena. Por ejemplo: la forma más simple para remediar la falta de certeza es la introducción de lo que Hart llama reglas de reconocimiento, en donde una de sus formas puede ser la existencia de un documento público que consigne y autorice una serie de leyes. En la medida que en La Macarena han aparecido reglas de reconocimiento, en algunos casos escritas en un documento de la Junta, su escritura ayuda a la posterior adaptación de éstas. Como sucedió en el problema del camino entre don Saúl y Leonardo, en donde El Pollo identificó un interesante problema de interpretación jurídica que dio lugar a cambios en la ley. Dijo este presidente de Junta:

*Lo que pasa es que muchas veces la ley, la forma de la ley es una y la forma de interpretarla es otra. Porque si de pronto usted tiene un problema y viéndolo según la ley, el problema hay que arreglarlo de una forma basado en ella. Pero si nos apartamos de la ley y nos vamos a lo que es la humanización, a lo justo, a los beneficios para que la gente esté cómoda, ahí es donde se encuentra uno con otras cosas. Porque si digamos una de las personas que pertenece al Comité y ve que hay el problema de un camino: que por donde pasa hay mucha agua, pero que si le damos la vuelta y lo metemos por la finca del vecino, un trazo seco, queda bueno. Entonces*

<sup>7</sup> Aclara Mejía que “el remedio para la cualidad estática del régimen (...) consiste en lo que Hart llama reglas de cambio. La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas, las potestades conferidas pueden ser limitadas o ilimitadas y las reglas pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a seguir en la legislación.” (2001:64).

*uno no busca tanto desfavorecer a nadie ni perjudicarlo, sino que la persona afectada no tenga tantas dificultades. Y el vecino, que tiene cientos de hectáreas en tierra baldía, ¿Por qué no le va a ceder un pedacito de tierra al otro? Y uno sabe que un camino de más de diez años se deja, pero uno sabe que si un camino tiene un paso malo y se puede evitar, pues lógico que la ley obliga a respetar el trazo original; pero lógico que si se ve que hacerle un favor a otra persona no es malo, por qué no ceder un pedazo de tierra que nadie se la va a llevar (...)*

La fuerza de la ley, como se ha visto, genera conflictos, porque una interpretación directa sin tener en cuenta el contexto puede perjudicar más que ayudar a una comunidad. La ley se invoca en La Macarena en palabras de “eso es lo legal” cuando respeta el criterio de lo justo y no sólo para reclamar un derecho, sino también para hacerlo respetar. En un caso como el del camino, donde “*todo el mundo sabe que la ley dice que un camino necesita diez años para ser camino real*”, eso es “lo legal”. Pero en ese caso lo legal no corresponde a lo justo, puesto que en aras de respetarlo y defenderlo se perjudica a alguien; en este caso una nueva interpretación, o adecuación de la ley es requerida. ¿Cómo proceder? ¿Cuál es la autoridad que decide el cambio? En ocasiones las Juntas logran convencer a las personas sobre la necesidad de cambiar su actitud, y sobre la marcha una ley. En otras ocasiones lo hacen amparadas en la autoridad que la guerrilla les ha cedido. Aunque en otras oportunidades, la mayoría de veces, la guerrilla es la encargada de hacer respetar “lo justo” por medio de una adaptación de “la ley”. Al respecto comentó El Pollo:

*“(...) cuando la gente no quiere arreglar y se ponen a decir “Ahh, que me andan por mi tierra, que me la pisan (...)” entonces llega la guerrilla y dice “me dejan el camino por aquí” y estén o no de acuerdo se hace. Y ese es el problema, que hay gente que no le gusta ceder en beneficio de otro, apeándose a la ley: “por ahí no es el camino.” Pues lógico que no es, pero uno no busca tanto que la ley no se cumpla sino que la persona no quede perjudicada. Esa es mi forma de ver las cosas.*

#### **Cuarta parte. Normas de la justicia local**

En este último apartado me propongo exponer unos aspectos importantes en la configuración normativa de La Macarena. Allí la presencia de la guerrilla ha incorporado nuevas normas para la vida en las comunidades, que en estricta jerga jurídica constituyen reglas secundarias, que en ocasiones sirven de refuerzo a las reglas primarias de obligación. Ante la posibilidad de una falta de certeza, el no contemplar mecanismos certeros para hacer cumplir las normas y respetar la ley, ha llevado a que la guerrilla refuerce, entonces, el respeto por las normas de convivencia en reuniones, por medio de panfletos y comunicados que en ocasiones son pegados en puertas de cantinas, escuelas y casas. Según Alfredo Molano,

los actos arbitrarios de los comandantes en relación con la población civil también han disminuido a partir de la creación de normas que deben aplicar a todos los conflictos que se presenten en la comunidad (2001:331).

Sobre estas normas que trajo la guerrilla, dice El Pollo, que “*además de la prohibición de la caza y pesca ellos han dicho no robar, no pelear; vivir mas o menos en armonía. No fumar vicios narcóticos. Eso es lo que han mandado.*” Cuando discutí con don Vicente las normas existentes en las comunidades, las relacionó directamente con la guerrilla, pues la guerrilla es la única capaz de castigar a los que son culpables de ir en contra del orden establecido. Sobre las normas, comentó:

*“No robar, no pelear, no abusar de las niñas, todo o que no sea en bien para la comunidad, todo lo prohíbe la guerrilla. Está prohibida la pesca, está prohibida la cacería, la tumbada de palos pa’ la sacada de la madera; está prohibida la tumbada de harta montaña; la sembrada de coca también (...) ya los que tienen cultivos suficientes, no pueden sembrar más coca. Ellos lo mandan a uno a que siembre comida, tenga animales (...) que no viva solo de la coca, porque ellos le dicen a uno que la coca mañana se acaba, o ellos la piensan acabar o algo.”*

Los campesinos en su narrativa no encuentran diferencia entre normas y leyes. Una norma es sencillamente una ley, pero las leyes no son todas iguales y las normas –para convertirse en ley– requieren de la fuerza del reconocimiento y de la tradición. Durante mi trabajo he identificado cuatro grupos de leyes en La Macarena:

1. Las leyes que encarnan las reglas primarias de obligación y que son de carácter universal (no robar, no matar, no violar...)
2. Las leyes “que todo el mundo sabe”; la ley propia del derecho consuetudinario que, como norma secundaria, pertenece a la tradición campesina: la ley de los caminos, de la medianía para los linderos (...)
3. Las leyes como producto de las normas que inventan las Juntas para la vida en la vereda y trabajo comunitario, es decir: las normas de convivencia. Estas se conocen como normas en el momento de establecerlas, escribirlas y difundirlas. Pero una vez ha calado en la conciencia de la gente, esas normas se reconocen como leyes. Así por ejemplo, pagar una multa por no ir a una reunión de la Junta o asistir a una jornada de trabajo, que en principio se consignó como una norma en el libro de actas, es una Ley.
4. Las leyes de la guerrilla, de las que hacen parte los controles ambientales (no cazar animales grandes, no talar más allá de un determinado número de selva), económicos (por cada hectárea de coca, una de cultivos de pancoger) y de seguridad (no transitar de noche por caminos, no recibir personas desconocidas). Toda orden de la guerrilla se hace ley de inmediato.

A varios campesinos les pregunté, indistintamente, sobre la existencia de reglas, normas y leyes en La Macarena. A pesar de la diferencia en la pregunta, todos coincidieron en las respuestas: es ley, norma y regla no pescar, no talar, no matar, no robar etc. Las diferencias que existen entre estas leyes, según se comprendan sus

diferencias a partir de los testimonios de los campesinos, pueden establecerse teniendo en cuenta su origen: las hay universales, consuetudinarias, comunitarias y guerrilleras. En segundo lugar, otra diferencia radica en su condición como leyes punibles, es decir, que sean objeto de sanción. A excepción de las leyes consuetudinarias (del segundo tipo), el resto contemplan las sanciones impuestas por la guerrilla (multas, trabajos comunitarios, decomisos; el destierro o incluso la muerte) o sanciones avaladas por ella para el caso de un incumplimiento a las leyes comunitarias.

Don Vicente aclaró que la comunidad también prohíbe muchas cosas que la guerrilla prohíbe. Así que le pregunté que ante esas dos prohibiciones la gente cuál acataba más: la de la Junta o la de la Guerrilla. A raíz de su respuesta se puso en evidencia el juego de legitimidades y reconocimientos que hay entre los campesinos, hacia la Junta y hacia la guerrilla. Dijo don Vicente:

*prácticamente se acata por parejo, porque de todas maneras ellos (la Junta) también son autoridad, y pues esa autoridad viene pues del gobierno y la guerrilla pues la apoya también. Guerrilla y gobierno apoyan la Junta.*

El testimonio de Sacoe'plomo, un campesino que vive a orillas del río Lozada, en La Macarena, complementa las anteriores versiones al proponer que las normas de la guerrilla son leyes que se expiden en las reuniones que la guerrilla hace con la comunidad.

*Las normas que pone la guerrilla, serían, digámoslo, como unas leyes, medidas que ellos toman. Tanto como dicen hacer unas cosas como dicen no hacer otras. Porque por ejemplo: a que días estuve en una reunión donde prohibían la caza, pero que pescado podíamos sacar el que quisiéramos. Que comiéramos el que quisiéramos, pero no para vender. Pero ya hoy la razón es otra. Ya dijeron que no se puede pescar mucho, ni siquiera pa' uno comer. Ellos nos dicen eso por medio de reuniones, en una reunión de la comunidad.*

Con Richard, un habitante del alto Guayabero, discutimos acerca de las leyes y las normas que trae la guerrilla. Richard entiende las normas como prohibiciones, algunas de las cuales coinciden con las políticas ambientales que organizaciones campesinas de la región, ASCAL y ACATM,<sup>8</sup> implementan en las veredas afiliadas a su organización.

*Las normas de la guerrilla son normas que una gente conoce como la "ley del monte", que son precisamente comunicados que saca la guerrilla en las cuales se prohíbe pescar en determinadas áreas o pescar para el comercio. Además que eso ha sido una solicitud incluso de la misma comunidad, porque hay gente que se dedica única y exclusivamente a la pesca, lo mismo que a la cacería. Hay gente que lo hacía como si nada, cazar por que sí. Y además, digámoslo así, la gente se ha ido organizando, no de lado de la guerrilla, sino en ONG y ha tomado igualmente*

<sup>8</sup> Asociación Campesina Ambiental de los parques Tinigua y Macarena. ONG conformada por las veredas del alto Guayabero que nació como una escisión de ASCAL-G, Asociación Campesina Ambiental de las riberas de los ríos Lozada y Guayabero.

estas mismas medidas. Por ejemplo controlar la tala indiscriminada de bosques, la contaminación, la pesca. Sin embargo, la misma guerrilla que a veces impone esas medidas, también las viola; y esa ha sido una de las quejas permanentes de la comunidad, porque dicen que la guerrilla prohíbe talar más de cinco hectáreas, sin embargo ellos llegan y talan 100, 200 hectáreas, entonces la gente siempre se queja de que si ellos imponen esas medidas que igualmente las cumplan de alguna manera. Igualmente con la cacería, durante un tiempo a todo lo que se iba moviendo ellos le iban tirando. Pero igualmente cuando había ese tipo de quejas en las reuniones de Junta ellos aceptaban las críticas e iban corrigiendo algunas cosas. Yo creo que también la comunidad misma les ha ido enseñando un resto de comportamientos, y de ahí pues han tomado ellos esas medidas.<sup>9</sup>

Se tiene entonces que, a partir del criterio de lo justo, de las leyes que existen en La Macarena, y de las normas que tanto las Juntas como la guerrilla han establecido, son estas dos instancias –Juntas, y cada vez con menor frecuencia la guerrilla– los encargados de arreglar problemas en las zonas rurales (allí donde el derecho oficial no llega) según se entiendan éstos como conflictos que comprometen, de alguna forma, el sentido de lo justo, el carácter de las leyes y lo establecido por las normas.

---

<sup>9</sup> Algunas de las críticas de los campesinos a la guerrilla entran en el orden de la “autoridad moral”, pues la guerrilla en ocasiones prohíbe conductas para los campesinos que no necesariamente son cumplidas por la misma guerrilla. “Quien tiene derecho a imponer la ley prueba con ello que está capacitado para hacerlo (...) Despreciamos al sacerdote que predica en contra de sus propias convicciones, más admiramos al juez que, con plena conciencia de su misión, sigue su camino rectamente sin dejarse arrastrar por las pasiones.” Gustav Radbruch. *Manual de Derecho*. Citado por Carl Schmitt en: *Legalidad y Legitimidad*. Op. cit. pág. XII.

## Referencias bibliográficas

Espinosa, Nicolás (2009). *El campo jurídico del otro derecho. Elementos para un análisis crítico de la justicia alternativa*. En: Revista Colombiana de Sociología, Volumen 32, Número 2.

\_\_\_\_\_ (2003). *Entre la justicia guerrillera y la justicia campesina ¿un nuevo modelo de justicia comunitaria?* En: Revista colombiana de Sociología, Número 20.

Bourdieu, Pierre. *Cuestiones de Sociología*. Editorial Istmo, Madrid. 2000.

Cubides, Fernando Et. Al (1986). *Colonización, Coca y Guerrilla*. Universidad Nacional, Bogotá.

\_\_\_\_\_ 1999. *Diario del despeje. Crónica de un breve trabajo de campo*. En: Análisis Político Número 35, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Hart, L.H.A. *El Concepto del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.

Mejía, Óscar (2001). *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Molano, Alfredo (1989). *Yo le digo una de las cosas... Colonización de la Sierra de La Sierra de La Macarena*. Fondo FEN y Corporación Araracuara, Bogotá.

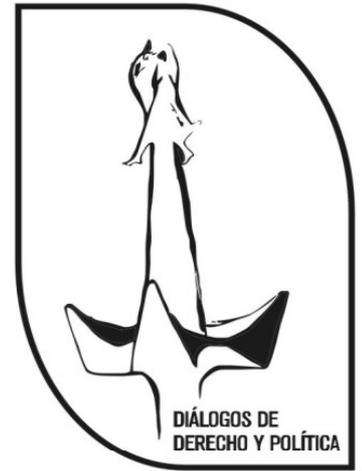
\_\_\_\_\_ (2001). *La Justicia Guerrillera*. En: Boaventura S. Santos y Mauricio García (Eds). *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Ruiz, Daniel; Espinosa, Nicolás (2001). *Caminando el Despeje*. En: Análisis Político Número 44, septiembre-diciembre. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Bogotá.

Santos, Boaventura de Sousa (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Editorial ILSA, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (Ed.) (2001). *Caleidoscopio de la justicia en Colombia*. Colciencias, ICFES; Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Schmitt, Carl (S.F.). *Legalidad y legitimidad*. Mimeo.



Atrato, más allá de la extensión del conflicto  
armado: *derechos colectivos y cultivos extensivos*  
en un escenario de confrontaciones

Carlos Alberto Mejía Walker

Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de  
Antioquia. Joven Investigador del Grupo *Hegemonía, Guerras y*  
*Conflictos* del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad.  
Correo electrónico: [carlosalbertomw@yahoo.com](mailto:carlosalbertomw@yahoo.com)

## Resumen

Este artículo aborda el tema de la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades afrodescendientes de la Cuenca del Pacífico colombiano, particularmente de la zona del Bajo Atrato, enmarcándolo en un contexto de conflicto armado e implementación de proyectos estratégicos de gran impacto en el cual se circunscribe dicha subregión. A través del mismo, y luego de considerar la propiedad colectiva de la tierra como un derecho adquirido de las ya mencionadas comunidades, reconocido legal y constitucionalmente, se enuncian las condiciones adversas que lesionan el ejercicio pleno de dicho derecho por parte de sus titulares, en relación con el creciente interés de aquellos actores económicos, palmicultores principalmente, que han puesto sus ojos en dicho territorio.

**Palabras clave:** Cuenca del Pacífico colombiano; Bajo Atrato; propiedad colectiva de la tierra; conflicto armado; megaproyectos; palma africana.

## Atrato, más allá de la extensión del conflicto armado: *derechos colectivos y cultivos extensivos* en un escenario de confrontaciones\*

“El Pacífico ha sido integrado al mapa de guerra, porque es a sangre y fuego como se han construido capitalismo y Estado en Colombia. Desde la cordillera baja la colonización armada, la de la guerrilla y la del narcotráfico; la de los empresarios madereros que compiten por un recurso que comienza a escasear; la de los empresarios regionales que buscan su propia salida al mar; la del Estado colombiano que pone los ojos en el mercado internacional”.<sup>1</sup>

“En Urabá tenemos cultivos de palma. Yo mismo conseguí los empresarios para invertir en esos proyectos que son duraderos y productivos. La idea es llevar a los ricos a invertir en ese tipo de proyectos en diferentes zonas del país. Al llevar a los ricos a esas zonas llegan las instituciones del Estado. Desafortunadamente las instituciones del Estado sólo le caminan a esas cosas cuando están los ricos. Hay que llevar ricos a todas las regiones del país y esa es una de las misiones que tienen todos los comandantes”.<sup>2</sup>

La expedición de la Constitución Política de 1991 supuso una serie de transformaciones jurídicas e institucionales que han traído como consecuencia, de un lado, una mayor consideración formal para la protección del medio ambiente y un mayor reconocimiento para los derechos de las minorías étnicas, así como todo un despliegue normativo tendiente a insertar un modelo económico basado en el *desarrollo*, entendido como mayores posibilidades para la inversión privada y mayores ámbitos de autonomía para los actores y sectores económicos.

Este escenario de reformas jurídicas e institucionales alrededor del *desarrollo*, de lo ambiental y de lo étnico, puede circunscribirse, en el plano jurídico, en la transformación del derecho nacional e internacional producto de la globalización, la cual ha supuesto la inserción de las economías nacionales en un modelo económico de libre cambio y competencia, al tiempo que la adopción de estándares internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario al interior de los ordenamientos jurídicos estatales; en lo político, en el reconocimiento de condiciones históricas particulares y luchas específicas de

---

\* Una primera versión de este texto fue presentada como ponencia en la Mesa N° 4 -*La reconformación política de los territorios rurales*- del Seminario Internacional “*Las configuraciones de los territorios rurales en el siglo XXI*”, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana (PUJ), en la ciudad de Bogotá, entre el 25 y el 28 de marzo de 2008. Dicho evento fue organizado por la Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, el Departamento de Desarrollo Rural y Regional y la Maestría en Desarrollo Rural de la PUJ.

<sup>1</sup> En: Villa, William. *Ecosistema, Territorio y Desarrollo*. En: *Comunidades negras, Territorio y Desarrollo*. Seminario *Análisis y Perspectivas de la Ley 70*. Marzo de 1995. Edición Especial Revista Esteros, marzo de 1996.

<sup>2</sup> En: Revista *Semana*. *Habla Vicente Castaño*. Entrevista publicada el 5-6 de Junio de 2005. Edición 1205. En: <http://www.semana.com/wfInfoArticulo.aspx?idArt=87628> y en <http://www.verdadabierta.com/victimarios/los-bloques/328-habla-vicente-castano>

comunidades étnicas y organizaciones sociales; y en lo económico, en la adopción de planes y programas de *desarrollo*, que aunque se presenten como complemento de aquéllas, en no pocas veces les resultan contrastantes.<sup>3</sup>

En 1991, con la adopción de la nueva Carta Política, se logró obtener por vez primera un reconocimiento constitucional de la diversidad étnica con todo lo que ello implicaba, alcanzándose además, y principalmente, la aceptación a nivel constitucional de una forma de *propiedad colectiva* o *comunitaria*, con la consagración expresa en el artículo transitorio 55, y con las características señaladas en el artículo 63 de ser *inalienable*, *imprescriptible* e *inembargable*, pretendiéndose con ello la preservación de la identidad cultural y la integración comunitaria de sus titulares.<sup>4</sup>

Ya en 1993, y atendiendo a lo dispuesto por el constituyente del 91, el Congreso de la República expidió la Ley 70, *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*, relativa a los derechos étnicos de las comunidades afrodescendientes, y particularmente al reconocimiento para las mismas de la propiedad colectiva de la tierra, con fundamento, entre otros instrumentos, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, y en los ya referidos artículos constitucionales 55 transitorio, 7 y 63.

En su artículo 1, dicha norma consagra como objeto el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva para las comunidades negras “que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del

---

<sup>3</sup> Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.

<sup>4</sup> “**Artículo transitorio 55.** Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. *Parágrafo 1.* Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista. *Parágrafo 2.* Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.” “**Artículo 63.** Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.” Artículos transitorio 55 y 63, *Constitución Política de Colombia*. En: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)

Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción”, al tiempo que se propone el establecimiento de “mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.”<sup>5</sup>

Para ello, el legislador indicó que

El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el inciso segundo del artículo 1 de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales “Tierras de las Comunidades Negras”.<sup>6</sup>

Asimismo, se destaca la creación de los *consejos comunitarios* como la instancia encargada de la administración interna de las “tierras de las comunidades negras”, y como requisito previo al momento de “recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables.”<sup>7</sup> Esta instancia, tal y como se consagra en el artículo 5, tiene, entre otras, las funciones de:

delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación.<sup>8</sup>

La adopción de esta nueva figura supuso una transformación de las anteriores formas organizativas regionales, en el sentido de que su reconocimiento –o creación– legal, aunque no de manera exclusiva, redefinió los conceptos de *identidad cultural* y *etnicidad* en la organización regional del Pacífico, al menos en sus maneras de relacionamiento con la tierra y el territorio, toda vez que se les considera como “una nueva forma de autoridad en proceso de construcción,

<sup>5</sup> Artículo 1, *Ley 70 de 1993, Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. En: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0070\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html)

<sup>6</sup> Artículo 4, *Ley 70 de 1993*. Es preciso mencionar que el artículo 7 de esta norma indicó que “la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable.”

<sup>7</sup> Artículo 5, *Ley 70 de 1993*.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

fundada sobre la identidad étnica y la apropiación colectiva de un territorio titulado por parte de los pobladores miembros de un mismo *consejo comunitario*.<sup>9</sup>

Así, el *consejo comunitario*, como figura organizacional,

(...) brinda a las comunidades negras nuevas oportunidades de expresión política autónoma dentro de una legislación que por primera vez reconoce sus derechos colectivos a la tierra. Con esto constituye un reconocimiento oficial por parte del Estado del espacio representacional que se basa en la propiedad colectiva de la tierra como práctica tradicional entre estas comunidades.<sup>10</sup>

La expedición de la Ley 70 puede ser considerada a partir de múltiples razones.<sup>11</sup> En la lógica interna, puede enmarcarse en la pretensión, al menos formal, de ampliar la democracia y la participación de la sociedad civil –y particularmente de las comunidades afrodescendientes– en las dinámicas estatales; en lo internacional, se trató de responder al llamado de organismos externos alrededor de la constante y evidenciada violación de los derechos humanos, el olvido de las minorías étnicas y las escasas políticas de defensa del medio ambiente y la biodiversidad; no obstante, una tercera lógica de análisis presupone que esta Ley no surge necesariamente en el contexto de lo pluriétnico y lo multicultural, sino que se presenta más como una Ley para el Pacífico, como *territorio*, que para las comunidades a las cuales pretende proteger.<sup>12</sup>

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Pacífico colombiano es, evidentemente, una zona de alta biodiversidad y posición geoestratégica, basándose su conservación en una utilización sostenible del medio; y en este sentido, al que en no pocos apartes apunta la Ley, la forma en que son integradas las comunidades negras a dicho proceso es a partir de la conservación del medio ambiente y de la continuación de prácticas tradicionales de producción, inmersas en el reconocimiento de su derecho colectivo en relación con la propiedad de la tierra, con lo que puede observarse, aunque de manera prevenida para muchos, que para el Estado, “otorgarles” a dichas comunidades la propiedad colectiva de ese

---

<sup>9</sup> Rolland, Stelio. *Conflicto armado, política y etnicidad en el Bajo Atrato colombiano*. En: *Institut de recherche et débat sur la gouvernance (irg)*. Septiembre 3 de 2006. En: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-246.html>

<sup>10</sup> Oslender, Ulrich. *Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano. Hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Colección Antropología en la Modernidad. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Universidad del Cauca. Octubre de 2008. pág. 241.

<sup>11</sup> En ese sentido, véase a Rivas, Nelly Yulissa y Pardo, Mauricio en *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias, 2001.

<sup>12</sup> Rivas, Nelly Yulissa. *Ley 70 y Medio Ambiente: el caso del Consejo Comunitario Acaña, Pacífico Nariñense*. En: Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.

territorio, es, entre otras cosas, una forma de garantizar lo que queda de biodiversidad.<sup>13</sup>

Tal y como lo indica Ulrich Oslender en su texto “Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano. Hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales”, el legislador pudo haber prescindido de recordarles a las comunidades negras la importancia de las prácticas de producción sostenibles, toda vez que a lo largo de su historia, las han realizado en armonía con el entorno. Sin embargo, el artículo 14 de la Ley enfatiza la función *obligatoria* de las comunidades locales de conservar el medio ambiente. Así las cosas,

(...) el derecho a la propiedad colectiva de la tierra se vincula entonces directamente a la obligación de conservación a la que se sujeta a las comunidades locales. La legislación no es entonces simplemente un reconocimiento de derechos territoriales, costumbres y tradiciones ancestrales (espacio representacional), sino que efectivamente produce nuevas representaciones del espacio que consideran la costa Pacífica como un contenedor de megabiodiversidad que necesita conservarse para su explotación futura.<sup>14</sup>

No obstante, lo paradójico es que, además de que el Estado trata de asegurarse un manejo ambiental, en ningún momento limita, al menos no de forma expresa, inversiones e intervenciones de gran impacto social, económico y ambiental.<sup>15</sup>

A pesar de esa pretensión del ordenamiento jurídico colombiano de consagrar garantías formales tendientes a una protección *efectiva y real* de la identidad cultural y de los derechos de estas comunidades –entre ellos el de propiedad–, la expansión de la economía de mercado y la reconfiguración de las funciones del Estado a partir de la misma, han conllevado una serie de transformaciones que alteran y reemplazan, en no pocos casos, los contenidos y los objetivos de las

---

<sup>13</sup> *Ibidem*. En ese sentido, puede verse el capítulo IV *-Uso de la tierra y protección de los recursos naturales y del ambiente-* y el artículo 14 de la Ley 70. Este último precisa que en el acto administrativo “mediante el cual se adjudique la propiedad colectiva de la tierra se consignará la obligación de observar las normas sobre conservación, protección y utilización racional de los recursos naturales renovables y el ambiente.”

<sup>14</sup> Oslender, Ulrich. *Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano (...)* *Op. cit.* pág. 244.

<sup>15</sup> Al respecto, los artículos 63 y 65 de la Ley 70 de 1993 señalan lo siguiente: **Artículo 63.** “Dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la presente ley el Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios para la construcción de la carretera que une los Departamentos del Valle del Cauca y el Huila, entre los Municipios de Palmira y Palermo. Así mismo se destinarán los recursos necesarios para la terminación de la carretera Panamericana en su último tramo en el departamento del Chocó.” **Artículo 65.** “Dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional apropiará los recursos necesarios para la construcción de la vía fluvial del Baudó hasta Pizarro, la vía fluvial de Buenaventura hasta Tumaco pasando por Puerto Merizalde y Guapi de acuerdo a los proyectos presentados por el Pladeicop.” En: Ley 70 de 1993, *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. En: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0070\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html)

normas originarias, en especial de las que regulan las relaciones de propiedad, comercio y producción.

Las dinámicas políticas y económicas propias de la globalización, entre muchas otras razones, han condicionado el hecho de asumir modelos de apertura y excesivo *liberalismo* que atentan contra instituciones y elementos protectores de intereses de comunidades generalmente desprotegidas o precariamente incluidas, en donde no resulta extraño verles sacrificadas, jurídica y socialmente hablando. Es decir, en razón de la inserción abrupta en un modelo de libre competencia, se han modelado, igualmente, lógicas y discursos que no vacilan en servirle de complemento.

La Cuenca del Pacífico colombiano,<sup>16</sup> y particularmente la zona del Bajo Atrato,<sup>17</sup> se presentan como territorios en donde dichos contrastes y políticas heterogéneas se hacen mucho más evidentes, toda vez que ha sido allí, aunque no de manera exclusiva, en donde múltiples actores –legales e ilegales– y con intereses muy diversos –contrapuestos unos, complementarios los otros–, han hecho evidentes sus consideraciones alrededor de esta zona como una subregión de suma

---

<sup>16</sup> Para los efectos de la Ley 70 de 1993, se entiende por **Cuenca del Pacífico** “la región definida por los siguientes límites geográficos: desde la cima del volcán de Chiles en límites con la República del Ecuador, se sigue por la divisoria de aguas de la Cordillera Occidental pasando por el volcán Cumbal y el volcán Azufral, hasta la Hoz de Minamá; se atraviesa ésta, un poco más abajo de la desembocadura del río Guáitara y se continúa por la divisoria de aguas de la Cordillera Occidental, pasando por el cerro Munchique, los Farallones de Cali, Los Cerros Tatamá, Caramanta y Concordia; de este cerro se continúa por la divisoria de aguas hasta el Nudo de Paramillo; se sigue en dirección hacia el Noroeste hasta el alto de Carrizal, para continuar por la divisoria de las aguas que van al Río Sucio y al Caño Tumaradó con las que van al río León hasta un punto de Bahía Colombia por la margen izquierda de la desembocadura del río Surinque en el Golfo. Se continúa por la línea que define la Costa del Golfo de Urabá hasta el hito internacional en Cabo Tiburón, desde este punto se sigue por la línea del límite internacional entre la República de Panamá y Colombia, hasta el hito equidistante entre Punta Ardita (Colombia), y Cocalito (Panamá), sobre la costa del Océano Pacífico, se continúa por la costa hasta llegar a la desembocadura del río Mataje, continuando por el límite internacional con la República de Ecuador, hasta la cima del volcán de Chiles, punto de partida.” Los **ríos de la Cuenca del Pacífico** “son los ríos de la región Pacífica, que comprende: a) La vertiente del Pacífico conformada por las aguas superficiales de los ríos y quebradas que drenan directamente al Océano Pacífico y de sus afluentes; (...) y demás cauces menores que drenan directamente al Océano Pacífico; b) Las cuencas de los ríos Atrato, Acandí y Tolo que pertenecen a la vertiente del Caribe.” Artículo 2, numerales 1 y 2. Ley 70 de 1993, *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. En: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0070\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html)

<sup>17</sup> El Bajo Atrato se encuentra ubicado en el Urabá chocoano, y está conformado por los territorios pertenecientes a los municipios de Riosucio, Unguía y Carmen del Darién, en la zona norte del Departamento del Chocó; y a los corregimientos de Bocas del Atrato en el Municipio de Turbo, y Belén de Bajirá en el Municipio de Mutatá. Esta zona limita al norte con el Golfo de Urabá, al noroccidente con la República de Panamá, al occidente con la Serranía del Baudó y la Cordillera Occidental, al oriente con el Departamento de Antioquia, y al sur con el Atrato medio tanto chocoano como antioqueño. En: <http://www.cinep.org.co/node/72> y <http://www.pacifico.com.co/departamento-del-choco/bajo-atrato.html>

importancia geoestratégica, debido a su excelente ubicación como zona de frontera y a su marcada riqueza biológica.<sup>18</sup>

En el marco de la ilegalidad, el conflicto y la violencia armada, han concurrido allí políticas, imaginarios y discursos de *desarrollo*, de intereses conservacionistas y de reivindicaciones sociales, enmarcados en un contexto de disputa territorial no siempre compatibles entre sí: producir excedentes, conservar ecosistemas, reconocer derechos comunitarios.<sup>19</sup> Esa coexistencia de intereses tan diversos hace pensar a dicha zona como un lugar sumamente paradójico, en el sentido de que confluyen allí la importancia atribuida por diferentes agentes de interés privado y la escasa atención institucional a lo largo de su construcción territorial, por cuanto “ha sido una de las regiones sobre la que más proyectos se han formulado y sobre la que más intereses de apropiación han existido”, pero también “sobre la que, históricamente, se ha direccionado una menor atención por parte del Estado central.”<sup>20</sup>

Al respecto, la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, Gay McDougall, al concluir de manera preliminar sobre su visita oficial a Colombia entre el 1 y el 12 de febrero de 2010, señala:

Colombia tiene un marco legislativo impresionante y encomiable que reconoce los derechos de los afrocolombianos, comenzando con la Constitución de 1991 que no solamente reconoce su derecho a la no discriminación, sino también el derecho a la igualdad para todos sus ciudadanos. Asimismo se compromete a proteger la diversidad étnica y cultural del país, y promueve la participación política de las minorías estableciendo dos escaños reservados para afrocolombianos en la Cámara de Representantes.

En el contexto de las comunidades afrocolombianas es clave la Ley 70 de 1993 en la cual se reconoce el derecho de los colombianos negros a poseer y ocupar colectivamente sus tierras ancestrales. La Ley 70 garantiza el derecho a la propiedad colectiva para las comunidades negras, como también plasma la protección de sus prácticas culturales y su uso tradicional de los recursos naturales, y también el desarrollo económico y social de sus comunidades. Según la Ley 70, estas tierras han de ser “inalienables e imprescriptibles”. La Ley 70 también refuerza los derechos a la educación, a la salud y a la participación política.

---

<sup>18</sup> Debido a su posición geoestratégica y a la riqueza potencial que posee, esta zona “ha sido escenario de una fuerte confrontación armada durante la última década por parte de los actores armados ilegales que se disputan el control económico y social de la región. Estas acciones de guerra dirigidas en gran parte contra la población civil, han causado muchas muertes y desplazamientos en los últimos años, sumiendo a las poblaciones en una situación de gran vulnerabilidad social.” En: <http://www.cinep.org.co/node/72>

<sup>19</sup> Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.

<sup>20</sup> Hurtado Galeano, Deicy Patricia (Investigadora Principal); otros. *Exploraciones sobre la formación de ciudadanía: una propuesta de reconstrucción de aprendizajes sociales para la formulación de pedagogías ciudadanas en contextos conflictivos de urbanización*. Informe Final de investigación. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Octubre de 2003.

Mientras que las medidas constitucionales y legislativas son dignas de reconocimiento, la gran mayoría de las comunidades y organizaciones que consulté se quejan de que la aplicación de la legislación colombiana en las comunidades afrocolombianas sigue siendo lamentablemente inadecuada, limitada y esporádica. Y más importante, cuando se han tomado medidas, no ha habido verdadero cumplimiento de las mismas. Casi dos decenios tras la adopción de la Ley 70, pese a la concesión de títulos colectivos a un 90% de tierras ancestrales afrocolombianas, muchas comunidades están desplazadas, desposeídas y no pueden ni vivir ni trabajar en sus tierras. Como me relató una mujer “las leyes son correctas, pero sin embargo no ha pasado nada”.<sup>21</sup>

Así las cosas, las zonas del Bajo y Medio Atrato, ubicadas en la subregión del Pacífico colombiano, son muestra de esa contradicción, en donde, de un lado, se han diseñado e implementado planes de desarrollo y proyectos de infraestructura con un impacto considerable, y del otro, se reconoció, a partir de la Ley 70 de 1993, la protección de la propiedad colectiva de la tierra para las comunidades negras que históricamente han venido ocupando de manera colectiva dichos territorios, mediante unas prácticas tradicionales de producción.<sup>22</sup>

Las tierras adjudicadas a las comunidades afrocolombianas asentadas en el Pacífico se caracterizan por la naturaleza colectiva y la protección legal especial, sin embargo, el *desarrollo* para esta subregión se ha concebido, fundamentalmente, dada su ubicación geoestratégica, como la inversión en obras de infraestructura que faciliten y abaraten costos para el comercio de sus productos y la inversión de capitales para la extracción de maderas, minería y plantaciones de palma africana, principalmente.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías –Gay McDougall–Conclusiones preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero)*. Bogotá, febrero 12 de 2010. En: Revista Semana. *Relatora de la ONU vio en Colombia un avatar*. Febrero 12 de 2010. En: [http://www.semana.com/documents/Doc-2014\\_2010212.doc](http://www.semana.com/documents/Doc-2014_2010212.doc)

<sup>22</sup> Artículos 1 y 2 –numerales 5, 6 y 7–, *Ley 70 de 1993*.

<sup>23</sup> Campaña Nacional e Internacional por los Derechos Humanos de los Pueblos. *Mega proyectos: camino al etnocidio. Derechos humanos en el Medio Atrato*. Financia Agencia Española de Cooperación Internacional. 2001. Sobre el tema, un informe de investigación de la Universidad del Rosario, concluye: “Si bien es cierto que la intervención gubernamental en el Pacífico colombiano ha sido una constante, desde la década de los años sesenta hasta la actualidad, como se puede constatar en los distintos planes de desarrollo formulados por los respectivos mandatarios, esta ha adolecido de varias fallas, entre ellas: carencia de una visión comprensiva de región; el desconocimiento, durante buena parte del tiempo analizado, del tipo de pobladores, tanto de los afrodescendientes, que representan cerca del 80% de los habitantes, como de los distintos pueblos indígenas; omisiones con relación a la fragilidad de los ecosistemas que alberga, y desconocimiento de las potencialidades que la región presenta con relación a la biodiversidad y su localización estratégica frente al mercado y comercialización internacional. Desde finales de los años 60 los distintos gobiernos han puesto en marcha estrategias de intervención en la región, guiadas por el modelo sectorial andino, imperante en el país: promoción del desarrollo agropecuario, con estrategias de mejoramiento productivo, principalmente. Estas acciones se vieron reforzados con planes de colonización, instalaciones de haciendas ganaderas, plantaciones de palma, proyectos de extracción de madera y mejoramiento de los puertos fluviales, como

Lo anterior, ligado a la enorme biodiversidad de la región, se presenta como elemento esencial para comprender la problemática por la que ha atravesado dicha zona, en donde, a partir de los últimos catorce años, se han agudizado las disputas por su control territorial, conllevando una evidente alteración en las formas tradicionales de vida y los ecosistemas allí presentes, manifestado, particularmente, por la confrontación protagónica entre los diversos actores armados y el direccionamiento de múltiples sectores e intereses económicos.

El informe *Asegurando la historia oficial y las tierras del progreso* de la Comisión Intereclesial Justicia y Paz, denota el proceso de desarrollo de estos proyectos productivos al indicar que:

Los proyectos agroindustriales de Palma, de Baby, de extensión ganadera y explotación maderera en el bajo Atrato se desarrollaron en varias fases de control territorial productivo. En el Cacarica desde 1998 con la deforestación mecanizada con Maderas del Darién Filial de Pizano S.A hasta dar paso hoy a la empresa Multifruit que a su vez está en convenio con la multinacional Del Monte de los Estados Unidos. Todo esto en La Balsa asegurado con una base paramilitar. En el caso de Curvaradó y Jiguamiandó con explotación de recursos maderables de diversas empresas, y desde el 2000 con la implementación de la palma de aceite, luego de 15 desplazamientos forzados y la presencia permanente de tipo militar o paramilitar.<sup>24</sup>

La fuerte presencia y control que ejercieron los grupos paramilitares en esta región,<sup>25</sup> y particularmente en su etapa de incursión, coincidió, entre otras cosas,

---

elemento de incidencia en el campo de la infraestructura de soporte a la producción y comercialización de excedentes.” En: Gómez López, Daniel; Suárez Espinosa, Camilo. *El Pacífico Colombiano: problemática regional e intervención del Gobierno Nacional en los últimos veinte años. 1987-2007*. Documento de investigación número 33. Centro de Estudios Políticos e Internacionales, Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. pág. 38. En: [http://www.urosario.edu.co/cienciapolitica/documentos/cepi/documentos\\_investigacion/Documento\\_33\\_DGomez-CSuarez.pdf](http://www.urosario.edu.co/cienciapolitica/documentos/cepi/documentos_investigacion/Documento_33_DGomez-CSuarez.pdf)

<sup>24</sup> Comisión Intereclesial Justicia y Paz. *Asegurando la historia oficial y las tierras del progreso*. En: Boletín DeVer 286. Julio 30 de 2006. En: <http://justiciaypazcolombia.com/Asegurando-la-historia-oficial-y>

<sup>25</sup> A pesar del proceso de desmovilización, desarme y reinserción adelantado entre el Gobierno Nacional y los grupos paramilitares y de autodefensa, aquí el término paramilitar, más allá de hacer referencia expresa a una organización o estructura determinada, alude a grupos armados al margen de la ley con una estrategia de posicionamiento territorial que puede resultarle funcional a intereses de control y expansión privados. Así por ejemplo, en 2007, informes de organizaciones sociales y defensoras de derechos humanos con asiento en las zonas afectadas seguían haciendo mención a este tipo de organizaciones armadas, toda vez que manifestaban la continuación de prácticas y procedimientos intimidatorios con los mismos propósitos de las estructuras desmontadas, todo lo cual a pesar de su diferente nominación y su no identificación plena. Al respecto, ver informe de diciembre 31 de 2007 de la Comisión Intereclesial Justicia y Paz sobre las zonas de Jiguamiandó y Curvaradó, en donde se manifestaba que “un nuevo posible operativo dentro de la **estrategia paramilitar** de las ‘Águilas Negras’ se estaría planteando contra los habitantes de las Zonas Humanitarias y Zonas de Biodiversidad”. En igual sentido puede verse el

con el incremento acelerado del establecimiento de plantaciones de palma africana dentro de los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas allí ubicadas, generando, además de una ampliación del conflicto, el desplazamiento de parte de éstas, la expropiación de sus territorios, por cierto amparados bajo el concepto de colectivo, a partir de titulaciones privadas a varias empresas palmicultoras y ganaderas.<sup>26</sup>

En marzo de 2005, el Boletín Hechos del Callejón, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), señalaba en el mismo sentido:

La arremetida de los paramilitares en el Chocó al unísono con la expansión del cultivo de palma en el área ilustra dos hechos: 1. la apelación a ejércitos privados para extender inversiones más allá de la ley, y 2. que monocultivos industriales como éste constituyen “un método muy efectivo de control del territorio” puesto que desbarata bases logísticas parapetadas en el bosque y pone en marcha estrechos mecanismos de control sociolaboral (...) La extensión de los cultivos puede significar una mayor base de control territorial por parte de ejércitos no estatales, el cual conduce a la ampliación indebida de la frontera agraria y al desplazamiento forzado o la proletarización obligada de las comunidades negras e indígenas.<sup>27</sup>

---

informe “Y la palma y los palmeros, continúan ahí. Curvaradó y Jiguamiandó”, publicado por la Comisión Interelesial Justicia y Paz el 26 de noviembre de 2009 en su sitio web para indicar la persistencia de “amenazas de muerte contra miembros de las Zonas Humanitarias y la ocupación empresarial, militar y **paramilitar** en los territorios del Curvaradó.” En: <http://justiciaypazcolombia.com/Y-la-palma-y-los-palmeros,1803>

<sup>26</sup> Grupo Semillas. Colombia: *¿La redención o el infierno para el Chocó Biogeográfico? Palma africana en los territorios de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó, Chocó.* En: Revista N°24-sección Contexto: soberanía alimentaria en medio del conflicto. Noviembre de 2005. En <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/19744> En su edición del 28 de febrero de 2010, el periódico El Colombiano destacaba las siguientes declaraciones: “En Curvaradó hay 15.000 hectáreas sembradas de palma aceitera en manos de empresarios (...) Hasta ahora hemos recuperado 4.200 hectáreas mediante acciones judiciales y estamos pendientes de otras 12.000 que también pertenecen a territorios colectivos (...) La denuncia también la hace el personero de Riosucio, Darío Blandón. Los asesinatos y amenazas contra los líderes y las comunidades que reclaman tierras no se han detenido. Sólo entre 1996 y 1998 se desplazaron 17.000 afrodescendientes en el Bajo Atrato. La última víctima fue Argenito Díaz, asesinado el 13 de enero en Urabá, quien lideraba la reclamación de tierras colectivas de Curvaradó y Jiguamiandó y quien había conseguido en 2009 fallos judiciales que ordenaban la restitución de tierras por parte de empresas. Había denunciado amenazas de ‘paramilitares’. Un mes antes la guerrilla asesinó a Manuel Moya y Graciano Blandón, miembros del Consejo Comunitario de Curvaradó. La presión de los grupos armados ilegales como las denominadas ‘Águilas Negras’ y las FARC también afecta a los indígenas.” En: Monroy Giraldo, Juan Carlos. *Bajo Atrato se resiste a la violencia y a la pobreza.* En: El Colombiano. Febrero 28 de 2010. En: <http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/B/bajo atrato se resiste a la violencia y a la pobreza/bajo atrato se resiste a la violencia y a la pobreza.asp>

<sup>27</sup> Uribe, López. Mauricio. *¿Un campo para la paz?* En: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Boletín Hechos del Callejón.* Número 1, año 1. Marzo de 2005. págs 9-11. En: [http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_vie w&gid=49&Itemid=4](http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com_docman&task=cat_vie w&gid=49&Itemid=4)

Así las cosas,

el control territorial tiene también un aspecto de dominio económico. Cuando los paramilitares incursionaron por primera vez al norte del Chocó en diciembre de 1996, le anunciaron a la población que tenía que irse porque había llegado el progreso, el desarrollo en versión colonizadora. Y lo cierto es que detrás de los paramilitares por lo general han llegado los cultivos agroindustriales, en especial los cultivos de palma africana.<sup>28</sup>

De esta manera, el propósito perseguido con la expedición de la Ley 70, que se mostró desde su definición como un mecanismo para el fomento del desarrollo económico y social de las comunidades afrodescendientes, “con el fin de garantizar que obtuvieran condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana”,<sup>29</sup> reconociendo y *legitimando* mediante títulos colectivos de propiedad un territorio que al haber sido heredado de sus ancestros por derecho propio les ha pertenecido,<sup>30</sup> ha contado con miles de tropiezos, y en especial, con la oposición, en no pocas veces sangrienta, de ciertos sectores interesados en sus territorios.

Y en ese sentido, puede no resultar fortuito que haya sido precisamente entre finales de 1996 y comienzos de 1997, época previa a la expedición de los primeros títulos de propiedad colectiva por parte del entonces Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (INCORA), en beneficio de seis comunidades negras asentadas en el Municipio de Riosucio (Chocó), que en dicha zona comenzara a intensificarse el conflicto armado, o mejor aún, que esta fecha haya coincidido con la incursión de grupos paramilitares que tras su llegada fueron ordenando el desalojo de la región “bajo el argumento de que debían ejecutar acciones militares tendientes a erradicar a los grupos guerrilleros”,<sup>31</sup> siendo ésta una de las razones

---

<sup>28</sup> En: Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Capítulo 9. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores. 2009. pág. 371

<sup>29</sup> Artículo 1, *Ley 70 de 1993*.

<sup>30</sup> “La gente del Atrato, antes de tener el derecho formal a la tierra, llevaba varias generaciones de supervivencia en los márgenes del río y sus tributarios, viviendo de la tierra, del agua y de los bosques, a través de sistemas complejos de explotación agrícola, pesquera, maderera y de cacería (...) la vida transcurría tranquila entre los ritmos de la siembra, la cosecha, la pesca y la cacería, y las diversas formas de familiaridad y comunidad propiciadas por el tráfico en el río. Las canoas eran las que traían noticias, mercancía, gente, sal, café y jabón y, a veces, medicinas, y también las que a mediados de los años ochenta les ayudaron a empezar a organizarse para conseguir, finalmente, la propiedad colectiva de la tierra.” En: Lemaitre Ripoll, Julieta (2009). *El derecho como conjuro (...) Op. cit.* pág. 354

<sup>31</sup> Quevedo, Norbey; Laverde, Juan David. *El “dossier” de los palmeros. Resultados de las primeras investigaciones*. Periódico El Espectador, enero 29 de 2008. <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/investigacion/articuloimpreso-dossier-los-palmeros>

para que ninguna de dichas comunidades pudiera tomar posesión legal de sus tierras.<sup>32</sup>

Un informe de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz en el año 2006, indicaba:

Si existe hoy una situación de las comunidades afrodescendientes que haya ido deshilvanando la causalidad de la estrategia paramilitar y el sentido de la proyección de la institucionalización del paramilitarismo desde el 2002 hasta hoy, no puede dejar de observar, de mirar, de abordar las violaciones de derechos humanos relacionadas a la “coincidencia” con la posesión ilegal de tierras, la agroindustria, la extracción y deforestación industrial en el bajo Atrato, en el Cacarica, en el Salaquí, en el Truandó y en este caso el Jiguamiandó y el Curvaradó.<sup>33</sup>

Diciembre de 1996 es la fecha referente a la intensificación del orden público en esta zona del Pacífico colombiano. Una comunicación de los coordinadores de la Comisión Intereclesial Justicia y Paz en Quibdó, realizada entre los meses de septiembre y octubre de 1999, y referida por Mieke Wouters en su texto “Derechos étnicos bajo fuego: el movimiento campesino negro frente a la presión de grupos armados en el Chocó. El caso de la ACIA”, señalaba en este sentido:

El 20 de aquel mes, los paramilitares tomaron sorpresivamente la comunidad de Riosucio con el pretexto de acabar con la influencia guerrillera en la zona. En los siguientes meses de enero y febrero, el Ejército bombardeó los afluentes Salaquí y Cacarica. Las acciones causaron el desplazamiento de entre 14 y 17 mil habitantes. El objetivo oficial de la intervención militar era la expulsión de la guerrilla. Sin embargo, la presencia de la guerrilla en la parte baja del Atrato no era algo reciente. Ya desde hacía 20 años estaban haciendo presencia, sin que eso hubiera causado alguna acción militar. El Estado era social y militarmente ausente durante todo este tiempo (...) Las acciones (para) militares a finales de 1996 y principios de 1997 tuvieron como resultado no tanto la expulsión de la guerrilla, sino la expulsión de la población campesina desarmada.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Guerrero Serrano, Mariela. *Negritudes y Ley 70: sobre la titulación colectiva de tierras*. En: Revista Nova & Vetera Número 30. Boletín del Instituto de Derechos Humanos “Guillermo Cano”, Escuela Superior de Administración Pública. Febrero-Marzo de 1998. Al respecto, en edición del periódico El Espectador del 29 de enero de 2008, un empresario palmicultor, de veintitrés vinculados mediante indagatoria a un proceso abierto por la Fiscalía General de la Nación por usurpación e irregularidades en relación con extensos terrenos en la zona del Bajo Atrato, manifestó que “a finales de los años 90 enfrentamientos armados entre la FARC y las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, convirtieron a la zona en un campo de batalla generando desplazamiento. **Justo en esta zona llegaron los palmeros y vincularon a la comunidad**” En: Quevedo, Norbey; Laverde Juan David. *El “dossier” de los palmeros. Resultados de las primeras investigaciones*. Periódico El Espectador, enero 29 de 2008. En: <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernillo/investigacion/articuloimpreso-dossier-los-palmeros>

<sup>33</sup> Comisión Intereclesial de Justicia y Paz-CINEP. *La Tramoza. Derechos humanos y palma aceitera. Curvaradó y Jiguamiandó*. Caso tipo 5. Enero de 2006. En: <http://justiciaypazcolombia.com/LA-TRAMOYA>

<sup>34</sup> En: Wouters, Mieke. *Derechos étnicos bajo fuego: el movimiento campesino negro frente a la presión de grupos armados en el Chocó. El caso de la ACIA*. En: Pardo, Mauricio (editor) (2001). *Op. cit.*

Sin embargo, a pesar de esta *coincidencia estratégica*, la Ley 70 ya tenía vida propia, pues muchas de esas comunidades ya habían avanzado, desde tiempo atrás, en los trámites respectivos para que les fueran tituladas colectivamente sus tierras. Así, aunque el proceso se vio frenado en un momento dado con el asesinato y desaparición de varios líderes comunitarios de las zonas del Bajo y Medio Atrato, éste ya no tenía reversa, pues al haber cumplido con todos los requisitos de titulación ante el INCORA, en diciembre de 1997 la entidad les otorgó 850 mil hectáreas, lo que significaba, para los distintos sectores empresariales que habían volteado la vista hacia este territorio, que la Ley 70 se les había atravesado.<sup>35</sup>

La preocupación de estas comunidades, asentadas y desplazadas en la zona del Atrato, se ha fundado en la existencia real y anunciada de un marcado interés por parte de sectores económicos, armados y no armados, en sus tierras ancestrales, con una clara intención, entre otras cosas, de no dejar avanzar la Ley 70 y así poder llevar a cabo sus grandes proyecciones de explotación económica, convirtiendo así al Departamento del Chocó, y en particular a los lugares aquí referidos, en un “ejemplo claro de zonas social y ambientalmente frágiles que han sido afectadas por la apropiación desmedida de los grupos armados, en donde comunidades negras con legendaria propiedad colectiva de tierras han sido desplazadas de sus propiedades, y quienes han regresado han encontrado en sus tierras megaproyectos agrícolas.”<sup>36</sup>

Así por ejemplo,

En el 2000,<sup>37</sup> tres años después de un éxodo masivo de los habitantes de esa zona por la guerra entre paramilitares y guerrilleros, el liquidado INCORA hizo la titulación colectiva sobre 101 mil hectáreas que las comunidades ocupaban antes de la huida, para sacarlas del mercado de la tierra. Lo hizo con base en la Ley 70 de 1993. Pero cuando los desplazados empezaron a regresar, se encontraron con que sus parcelas estaban cultivadas con palma de aceite o dedicadas a la ganadería. Muchas estaban sembradas con coca. Detrás de esta ocupación, según las denuncias avaladas por la Iglesia Católica y varias ONG, estaban “paras” que impulsaban un gran proyecto agroindustrial. El proceso, según Ventura Díaz, consejero de Paz del Chocó, transcurre así: “Grupos armados matan a un líder negro, después amenazan a la comunidad y se quedan con sus tierras para sembrar palma aceitera”.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Guerrero Serrano, Mariela (1998). *Negritudes y Ley 70: sobre la titulación colectiva de tierras*. Op. cit.

<sup>36</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *En busca de la tierra perdida*. En: *Boletín Hechos del Callejón*. Número 20, año 2. Noviembre de 2006. págs. 9-11 En: [http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=49&Itemid=4&limitstart=15](http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=49&Itemid=4&limitstart=15)

<sup>37</sup> El 22 de noviembre de 2000, a través de las resoluciones 2809 y 2810, el INCORA adjudicó a las comunidades negras los terrenos baldíos de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó en el Urabá chocoano.

<sup>38</sup> El Tiempo. *Reversazo de Incoder les quitó 10 mil hectáreas a negritudes*. Octubre 23 de 2005. En [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=4184](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=4184) En igual sentido, Julieta Lemaitre Ripoll afirma: “(...) es inaudito que esta misma gente haya tenido que huir apenas obtuvieron su título de propietarios colectivos, y que los que retornaron unos años después encontraran grandes cultivos

El hoy Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCODER), precisaba en un informe del 14 de marzo de 2005 lo siguiente:

el 93% de las áreas que se han sembrado con palma aceitera hacen parte de territorios colectivos adjudicados por el INCORA. Se asegura que dentro del territorio colectivo de Curvaradó existen 3.636 hectáreas de cultivos de palma africana, mientras que en el área correspondiente a la cuenca del Jiguamiandó, la extensión de siembra de palma alcanza 198 hectáreas, para un total de 4.183 hectáreas, que esperan aumentarse en 17.839 hectáreas hasta alcanzar 22.022 hectáreas en total. De este territorio, 17.663 hectáreas corresponderían a siembra de palma y 4.359 hectáreas a actividades de ganadería.<sup>39</sup>

Al concluir de manera preliminar sobre su visita oficial a Colombia el pasado mes de febrero, la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías, señalaba en su declaración:

Los megaproyectos han desplazado a muchos Afrocolombianos: se trata de operaciones económicas a gran escala, a menudo con la participación de compañías nacionales y multinacionales que fomenta el gobierno para traer el desarrollo y el beneficio económico a toda Colombia. Sin embargo, las comunidades sienten grandes temores por la intromisión en sus derechos a la tierra y el impacto medioambiental adverso. Sin embargo, ante semejantes intereses económicos y megaproyectos, parecería que los derechos de las comunidades son derechos “incómodos” y que las leyes que se promulgaron para protegerlos son igual de incómodas.

El Gobierno me ha informado que hay un caso con procedimientos en curso para resolver diferencias entre las compañías detrás de los megaproyectos y las comunidades que reclaman sus títulos colectivos a las tierras. En el muy publicitado caso de Curvaradó y Jiguamandó, en que empresas agroindustriales usurparon tierras de comunidades desplazadas para cultivar palmas de aceite para la producción de

---

de palma africana en lo que antes era su selva.” En: Lemaitre Ripoll, Julieta (2009). *El derecho como conjuro (...)* Op. cit. pág. 351

<sup>39</sup> En: Defensoría del Pueblo. *Informe de seguimiento a la Resolución Defensorial N° 39 del 2 de junio de 2005. Violación de derechos humanos por siembra de palma africana en territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó.* pág. 8. En: [http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe\\_121.pdf](http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_121.pdf) “Legalmente las comunidades negras son las dueñas de esas tierras. No obstante, a partir de 2001, con ‘la protección armada perimetral y concéntrica de miembros de la Brigada XVII del Ejército y de civiles armados en sus factorías y bancos de semillas’, empresarios privados empezaron a promover la siembra de palma aceitera. La firma pionera fue Urapalma, que con el correr de los años constituyó en la región una compleja infraestructura de carreteras, canales de drenaje y viveros, con la consiguiente tala de árboles y cambios en los cursos de las fuentes de agua, a fin de desarrollar su proyecto económico. A noviembre de 2004 tenía sembradas 2.723 hectáreas con cultivos de palma de aceite y había adquirido 105 lotes en un área de 5.654 hectáreas. Con procedimientos similares fueron llegando a la zona de las comunidades negras y, mediante contratos de compraventa, adquiriendo lotes de terreno, las empresas Palmas S.A., Promotora Palmera de Curvaradó, Palmas de Curvaradó, Inversiones Fregni Ochoa, empresa La Tukeka, empresa Selva Húmeda, sociedad Asibicon y la empresa Palmas del Atrato. En ningún caso los consejos comunitarios cedieron sus derechos o fueron consultados para la siembra de palma aceitera” En: Quevedo, Norbey; Laverde Juan David (2008). *El “dossier” de los palmeros (...)* Op. cit.

biocombustible, el Viceministro de Agricultura y el Ministro del Interior y de Justicia me informaron que la Corte que instruye el caso ha confirmado los títulos que poseen las comunidades. Sin embargo miembros de la comunidad me han dicho que sigue utilizándose la tierra sin autorización y que ellos siguen desplazados. Según la oficina del Fiscal General, no han concluido aún las investigaciones de los cargos penales.

En algunas situaciones que tienen que ver con quejas de derechos de tierra usurpados, es complejo el interés del Gobierno. Los proyectos de desarrollo agroindustriales de monocultivo, como las plantaciones de palma de aceite figuran de manera destacada en los planes nacionales de desarrollo. El Gobierno tiene un programa de préstamos y financiación para proyectos de conformidad con objetivos de planificación nacional en agricultura y minería, que algunos dicen ha financiado proyectos en tierras usurpadas de Afrocolombianos (...) Esto significa que cuando las comunidades Afrocolombianas buscan ayuda del Gobierno para recuperar sus plenos derechos a la tierra, no saben a ciencia cierta si el Gobierno está actuando como árbitro o como parte interesada.<sup>40</sup>

Así las cosas, resulta innegable pues cómo la disputa territorial entre los diferentes actores armados y la siembra de palma africana en áreas protegidas por la titulación colectiva, además de lesionar el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes, a partir, entre otras cosas, del desplazamiento forzado, se presenta en un contexto de intensificación del conflicto armado para la zona del Atrato entre los años 1996 y 1997, principalmente, por cambios que se dan respecto a la concepción de la propiedad de la tierra en dicho territorio, y no por una mera extensión de la acción bélica, significando ello que aunque la Ley 70 ha dado más seguridad territorial, por otro lado condujo a que grupos económicos interesados en las riquezas de la región pensasen que las tierras del Chocó irían a ser propiedad legal y permanente de las comunidades locales.<sup>41</sup>

Así, el problema es, entonces, saber en qué medida las condiciones de la actividad económica de esta zona del Pacífico colombiano son susceptibles de cuestionar las reformas constitucionales que se llevaron a cabo en 1991, las cuales parecen valorizar la propiedad étnica y comunitaria, la diversidad cultural, la conservación del ambiente y los derechos colectivos de las comunidades, todos los cuales, al tiempo que se definen por un no claro y variable marco legal, se enmarcan en escenarios locales contrastantes, potenciados, la mayoría de veces, con dinámicas de violencia e intimidación. Es decir, los procesos de titulación colectiva contemplados en la Ley 70 de 1993 requieren de una particular atención, toda vez que los movimientos organizativos étnicos de la región han orientado sus esfuerzos en las luchas por sus territorios en el contexto de la titulación, la existencia de

---

<sup>40</sup> *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías*, Gay McDougall, *Conclusiones preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero)*. Bogotá, febrero 12 de 2010. En: Revista Semana. *Relatora de la ONU vio en Colombia un avatar*. Febrero 12 de 2010. En: [http://www.semana.com/documents/Doc-2014\\_2010212.doc](http://www.semana.com/documents/Doc-2014_2010212.doc)

<sup>41</sup> Wouters, Mieke. *Derechos étnicos bajo fuego: el movimiento campesino negro frente a la presión de grupos armados en el Chocó. El caso de la ACIA*. En: Pardo, Mauricio (editor) (2001). *Op. cit.*

conflictos con agentes económicos externos y el posicionamiento territorial de los grupos armados, lo cual desborda la simple ampliación del escenario bélico.<sup>42</sup>

Escenario éste que ha supuesto, además, el hecho de que

las organizaciones de base que buscaban una mejor calidad de vida y prevenir el deterioro ambiental se transformaron en organizaciones de resistencia frente a la guerra y el desplazamiento. Así, en lugar de luchar contra la degradación del ambiente causada por las madereras, y de buscar el derecho a la tierra a través de la identidad étnica, se convierten en un movimiento que busca sobrevivir en la medida de lo posible al margen de la guerra. Las poblaciones en resistencia insisten en su identidad de población civil (...), en su derecho a no participar en el conflicto, y a ser propietarios en ejercicio de su territorio colectivo.<sup>43</sup>

Esa confluencia de políticas disímiles alrededor del *desarrollo*, de lo ambiental, de la diversidad étnica y de lo territorial, aunada a procesos económicos y de violencia armada, al margen unos, complementarios los otros, se inserta en un marco normativo que pretende proteger, en un contexto de abandono estatal, la propiedad colectiva de la tierra para las comunidades afrodescendientes; derecho de propiedad que, como tal, debe cumplir con una no definida e indeterminada función social, conforme lo dispone el artículo 58 constitucional, y que en escenarios de apertura y desarrollo económico, es probable que resulte siendo el mercado el que la determine, para, en el peor de los eventos, expropiar, también colectivamente, a dichas comunidades.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Lemaitre Ripoll, Julieta. *Op. cit.* pág. 370

## Referencias bibliográficas

Campaña Nacional e Internacional por los Derechos Humanos de los Pueblos. *Megaproyectos: camino al etnocidio. Derechos humanos en el Medio Atrato*. Financia Agencia Española de Cooperación Internacional. 2001.

Comisión Intereclesial de Justicia y Paz-CINEP. *La Tramoza. Derechos humanos y palma aceitera. Curvaradó y Jiguamiandó*. Caso tipo 5. Enero de 2006. En: <http://justiciapazcolombia.com/LA-TRAMOYA>

Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. *Asegurando la historia oficial y las tierras del progreso*. En: Boletín DeVer 286. Julio 30 de 2006. En: <http://justiciapazcolombia.com/Asegurando-la-historia-oficial-y>

----- Y la palma y los palmeros, continúan ahí. *Curvaradó y Jiguamiandó*. Noviembre 26 de 2009. En: <http://justiciapazcolombia.com/Y-la-palma-y-los-palmeros,1803>

Congreso de la República. *Ley 70 de 1993, Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. En: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0070\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html)

Constitución Política de Colombia. En: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)

Defensoría del Pueblo. *Informe de seguimiento a la Resolución Defensorial N° 39 del 2 de junio de 2005. Violación de derechos humanos por siembra de palma africana en territorios colectivos de Jiguamiandó y Curvaradó*. pág. 8. En: [http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe\\_121.pdf](http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_121.pdf)

El Tiempo. *Reversazo de Inceder les quitó 10 mil hectáreas a negritudes*. Octubre 23 de 2005. En [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=4184](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=4184)

Gómez López, Daniel; Suárez Espinosa, Camilo. *El Pacífico Colombiano: problemática regional e intervención del Gobierno Nacional en los últimos veinte años. 1987-2007*. Documento de investigación número 33. Centro de Estudios Políticos e Internacionales, Facultades de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. En: [http://www.urosario.edu.co/cienciapolitica/documentos/cepi/documentos\\_investigacion/Documento\\_33\\_DGomez-CSuarez.pdf](http://www.urosario.edu.co/cienciapolitica/documentos/cepi/documentos_investigacion/Documento_33_DGomez-CSuarez.pdf)

Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Capítulo 9. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores. 2009.

Grupo Semillas. *Colombia: ¿La redención o el infierno para el Chocó Biogeográfico? Palma africana en los territorios de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó, Chocó*. En: Revista N°24–sección Contexto: soberanía alimentaria en medio del conflicto. Noviembre de 2005. En <http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/19744>

Guerrero Serrano, Mariela. *Negritudes y Ley 70: sobre la titulación colectiva de tierras*. En: Revista Nova & Vetera Número 30. Boletín del Instituto de Derechos Humanos “Guillermo Cano”, Escuela Superior de Administración Pública. Febrero-Marzo de 1998.

Hinestroza Cuesta, Lisneider. *Declaración de áreas protegidas en territorios colectivos de comunidades negras en Colombia*. Universidad Tecnológica del Chocó, Universidad Externado de Colombia. Octubre de 2008.

Hurtado Galeano, Deicy Patricia (Investigadora Principal); otros. *Exploraciones sobre la formación de ciudadanía: una propuesta de reconstrucción de aprendizajes sociales para la formulación de pedagogías ciudadanas en contextos conflictivos de urbanización*. Informe Final de investigación. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Octubre de 2003.

McDougall, Gay. *Declaración de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones de las Minorías. Conclusiones preliminares de su visita oficial a Colombia (1 al 12 de febrero)*. Bogotá, febrero 12 de 2010. En: Revista Semana. *Relatora de la ONU vio en Colombia un avatar*. Febrero 12 de 2010. En: [http://www.semana.com/documents/Doc-2014\\_2010212.doc](http://www.semana.com/documents/Doc-2014_2010212.doc)

Mejía Walker, Carlos Alberto. *Propiedad de la tierra y “desarrollo económico” en el Pacífico colombiano: el caso de las titulaciones colectivas y los cultivos extensivos en el Atrato*. En: Revista DEBATES número 45, Universidad de Antioquia. Septiembre-diciembre de 2006. págs. 61-65

Monroy Giraldo, Juan Carlos. *Bajo Atrato se resiste a la violencia y a la pobreza*. En: El Colombiano. Febrero 28 de 2010. En: [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/B/bajo\\_ atrato\\_ se\\_ resiste\\_ a\\_ la\\_ violencia\\_ y\\_ a\\_ la\\_ pobreza/bajo\\_ atrato\\_ se\\_ resiste\\_ a\\_ la\\_ violencia\\_ y\\_ a\\_ la\\_ pobreza\\_a.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/B/bajo_ atrato_ se_ resiste_ a_ la_ violencia_ y_ a_ la_ pobreza/bajo_ atrato_ se_ resiste_ a_ la_ violencia_ y_ a_ la_ pobreza_a.asp)

Oslender, Ulrich. *Comunidades negras y espacio en el Pacífico colombiano. Hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales*. Instituto Colombiano de

Antropología e Historia. Colección Antropología en la Modernidad. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Universidad del Cauca. Octubre de 2008.

Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *En busca de la tierra perdida*. En: *Boletín Hechos del Callejón*. Número 20, año 2. Noviembre de 2006. págs. 9-11 En: [http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=49&Itemid=4&limitstart=15](http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=49&Itemid=4&limitstart=15)

Quevedo, Norbey; Laverde, Juan David. *El "dossier" de los palmeros. Resultados de las primeras investigaciones*. Periódico El Espectador, enero 29 de 2008. <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/investigacion/articuloimpreso-dossier-los-palmeros>

Revista Semana. *Habla Vicente Castaño*. Entrevista publicada el 5-6 de Junio de 2005. Edición 1205. En: <http://www.semana.com/wfInfoArticulo.aspx?idArt=87628> y en <http://www.verdadabierta.com/victimarios/los-bloques/328-habla-vice-castano>

\_\_\_\_\_ *Relatora de la ONU vio en Colombia un avatar*. Febrero 12 de 2010. En: [http://www.semana.com/documents/Doc-2014\\_2010212.doc](http://www.semana.com/documents/Doc-2014_2010212.doc)

Reyes Posada, Alejandro. *Guerreros y campesinos. El despojo de la tierra en Colombia*. Grupo editorial Norma. 2009.

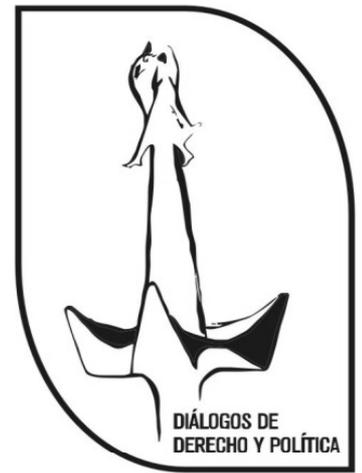
Rivas, Nelly Yulissa. *Ley 70 y Medio Ambiente: el caso del Consejo Comunitario Acapa, Pacífico Nariñense*. En: Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.

Rolland, Stellio. *Conflicto armado, política y etnicidad en el Bajo Atrato colombiano*. En: *Institut de recherche et débat sur la gouvernance (irg)*. Septiembre 3 de 2006. En: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-246.html>

Uribe, López. Mauricio. *¿Un campo para la paz?* En: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Boletín Hechos del Callejón*. Número 1, año 1. Marzo de 2005. págs 9-11. En: [http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=49&Itemid=4](http://www.hechosdelcallejon.pnudcolombia.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=49&Itemid=4)

Villa, William. *Ecosistema, Territorio y Desarrollo*. En: *Comunidades negras, Territorio y Desarrollo*. Seminario *Análisis y Perspectivas de la Ley 70*. Marzo de 1995. Edición Especial Revista Esteros, marzo de 1996.

Wouters, Mieke. *Derechos étnicos bajo fuego: el movimiento campesino negro frente a la presión de grupos armados en el Chocó. El caso de la ACIA*. En: Pardo, Mauricio (editor). *Acción colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico colombiano*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Colciencias. 2001.



# Anarquismo, ¿contra el Derecho?

Carlos Adrián Garaventa

Estudiante de Derecho, Universidad de Buenos Aires  
(Argentina). Redactor de la revista jurídica *Lecciones y Ensayos*.

Correo electrónico: [cgaraventa@live.com.ar](mailto:cgaraventa@live.com.ar)

## Resumen

Puede concebirse al anarquismo como una corriente de pensamiento que se caracteriza por oponerse a las instituciones que nuestra sociedad conoce, tales como la familia, la propiedad, la religión, la educación formal, la fábrica y el Estado; mas puede resumirse todo esto en la oposición al Derecho que las crea. No obstante, en esta monografía intentaré demostrar que no es cierto que los anarquistas se oponen a todo éste, sino sólo al orden jurídico positivo vigente, y desarrollan una teoría del Derecho y la justicia diferente.

La teoría de la justicia ácrata se basa en una concepción antropológica diferente a la que da origen a nuestro ordenamiento jurídico derivando en un concepto de libertad social y no individual que da como resultado un Derecho no coactivo ni represivo, sino libertario, que busca evitar los conflictos en lugar de castigarlos autoritariamente.

**Palabras clave:** Anarquismo; Derecho; Estado; Crítica.

## Anarquismo, ¿contra el Derecho?

*Y se verá que la voluntad de la Humanidad no coincide, ni ha coincidido nunca en ningún lado, con la de las colectividades actuales, los Estados y los pueblos, las asociaciones y las iglesias.*  
Hermann Hesse "Demian", 1927.

### Introducción

En el presente trabajo me propongo desarrollar la concepción anarquista del Derecho. Se ha sostenido, equivocadamente, que el anarquismo es la negación de todo orden normativo, pero esta idea es algo alejada de la realidad. Negar todo orden jurídico es lógicamente imposible; desde el momento en que digo que no se puede producir Derecho, no lo estoy negando sino afirmando, porque impongo una norma jurídica.

Veremos aquí que lo que hace el anarquismo es oponerse a éste pero no desde la perspectiva de su eliminación, sino de una forma distinta de concebirlo. Para realizar esto intentaré, primero, desmitificar al anarquismo, sin dudas la corriente política sobre la que se han dicho mayor cantidad de mentiras, tratando de dar una definición de éste. Y luego definir algo aún más difícil, el Derecho, para finalmente abordarlo desde una óptica ácrata.

Antes de comenzar es necesaria una aclaración. El lector tal vez pueda, *a priori*, pensar que es carente de sentido seguir estudiando las aristas de una ideología prácticamente "muerta". Lo cierto es que esta corriente de pensamiento plantea una teoría del Derecho diferente a las que conocemos y que puede servir para resolver los grandes problemas sociales que hoy padecemos a nivel mundial (delincuencia, guerras, terrorismo e inseguridad). No por nada ha tenido un importante resurgimiento en Argentina después de la crisis económico-política de diciembre de 2001, que explotó en manifestaciones populares que al grito de "*¡que se vayan todos!*" daban un mensaje contra-poder.<sup>1</sup>

### I. ¿Qué es el Anarquismo?

La palabra "anarquía" proviene, etimológicamente, del griego: *a* (negativo), *arkheim* (autoridad). El concepto de Anarquismo no es tan difícil de comprender; básicamente es la negación de todo poder político y económico que someta al hombre a otro hombre. Sin embargo, resulta complicado dar una definición

---

<sup>1</sup> Si bien el "*¡que se vayan todos!*" puede ser interpretado también como un mensaje fascista de un grupo social conservador que reclamaba la venida de una nueva dictadura militar de las que tanto hemos sufrido en Latinoamérica voy a quedarme en este trabajo con lo que fue el surgimiento de nuevas agrupaciones que a partir de aquel momento de crisis que se han dedicado a publicitar el ideario anarquista y "revivir" esta ideología.

unánime, toda vez que dentro de esta corriente social existen diversas vertientes; así, tenemos anarquismos individualistas, mutualistas, socialistas, pacifistas, terroristas, organizacionistas, anti-organizacionistas y tolstoniano (este último se caracteriza por no rechazar la existencia de Dios).

Además de las múltiples diferencias internas que el movimiento anarquista contiene, su significado ha sido exitosamente distorsionado por las estructuras de poder a las que éste se opone. Como explica Chomsky, es lógico que los poderosos utilicen toda herramienta que esté a su alcance para desacreditar al Anarquismo, ya que éste actúa en contra de sus intereses.<sup>2</sup> Las principales armas del poder son la escuela y los medios de comunicación; la palabra “anarquía” es utilizada por maestros y periodistas como sinónimo de desorden, caos y terror. Se enseña que los anarquistas eran terroristas que a finales del siglo XIX y principios del XX iban por las calles armados y se dedicaban a poner bombas para “matar inocentes”, en lo que denominaban “propaganda por el hecho”. Lejos de esto, la propaganda por el hecho significa hacer propaganda del Anarquismo con hechos y no palabras (*res non verba*), lo que consiste en la proliferación de diarios y folletos, realización de obras de teatro callejeras, clases públicas, mercados vecinales, creación de mutuales y campañas solidarias. Los actos terroristas, que no pretendo negar, eran obra de pequeños grupos de personas que se autodenominaban como anarquistas a pesar de no comprender lo que este movimiento significaba. Estos actos, sin duda reprochables, provenían de dos fuentes; por un lado, de organizaciones creadas por el poder con el objetivo de desacreditar al Anarquismo, y por el otro, de agrupaciones anarquistas que han interpretado esta ideología desde la óptica de la lucha de clases de la que nos habla el Marxismo,<sup>3</sup> y aplicaban el método de la revolución violenta como medio para conseguir su fin. En el primer caso no estamos hablando de propaganda por el hecho sino de lo que llamo “despropaganda por el hecho”, y en el segundo hablamos no de propaganda sino de revolución.

Como vemos, el Anarquismo ha sido desarticulado por el poder, a lo que contribuyó en gran medida el hecho de que no exista un dogma libertario, que no se trate de una cuestión “filosófica” sino una construcción de sentido común.<sup>4</sup> Como dice uno de los mayores exponentes de esta ideología, se trata de la “rebelión de la vida contra la ciencia, o más bien contra el gobierno de la ciencia.”<sup>5</sup> Por esto es que sostengo la idea de que hay tantos anarquismos como anarquistas

<sup>2</sup> Chomsky, Noam. *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007. pág. 69

<sup>3</sup> Marx, Karl y Engels, Friedrich. *El manifiesto comunista*. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008. pág. 99.

<sup>4</sup> Chomsky Noam. *Op. cit.* pág. 71.

<sup>5</sup> Bakunin, Mijail. *Dios y el Estado*. Utopía libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2008. pág. 58.

existen; pero hay algo en lo que todos coinciden, lo que los caracteriza y define como tal: la oposición al Estado y, consecuentemente, al Derecho que lo crea.<sup>6</sup>

## II. ¿Qué es el Derecho?

Contestar a esto es una tarea incluso más complicada que definir al Anarquismo. El maestro Carlos Santiago Nino comienza su libro *Introducción al análisis del Derecho* formulándose la misma pregunta que nos formulamos ahora nosotros. Nino señala dos problemáticas distintas a la hora de contestar a esta cuestión. Por un lado tenemos la ambigüedad del lenguaje por la que la palabra “derecho” puede ser utilizada en distintas situaciones y con diversos significados debido a su vaguedad. Lo muestra gráficamente con los siguientes enunciados: “el *derecho* argentino prevé la pena capital”; “tengo *derecho* a vestirme como quiera” y “el *derecho* es una de las disciplinas teóricas más antiguas”. En el primer caso estamos refiriéndonos al Derecho en sentido objetivo, en el segundo al derecho subjetivo y el último hace referencia a la ciencia jurídica.<sup>7</sup>

La segunda dificultad para definir al Derecho está relacionada a las distintas formas de concebirlo desde la filosofía jurídica. Han existido a lo largo de la historia distintas escuelas de pensamiento que intentaron responder a nuestra pregunta y dar un fundamento al orden jurídico.<sup>8</sup> La primera de ellas es el Iusnaturalismo, al que podemos dividir en teológico y racionalista. El primero, cuyo principal expositor fue Santo Tomás de Aquino, encuentra la razón de ser del Derecho en un mandato de Dios; este pensamiento se desarrolló durante el medioevo en donde no existían las ciencias como hoy las conocemos, y tanto los fenómenos de la naturaleza como los sociales (dentro de éstos tenemos al Derecho) eran atribuidos a la divinidad. El segundo, Iusnaturalismo racionalista, surge con la modernidad y el Iluminismo; su principal representante fue Immanuel Kant y fundaba la existencia del Derecho en un mandato moral proveniente no de Dios sino de la razón humana. Contra esta filosofía del Derecho natural se van a desarrollar tres escuelas que disociarán al Derecho de la moral: El Historicismo en Alemania, el Positivismo en Francia y el Realismo en Inglaterra.

La escuela Historicista alemana, cuyo fundador fue Friedrich Karl Von Savigny, sostenía que el Derecho no era un producto de la “naturaleza” sino del desarrollo histórico. Realizaba una crítica del Iluminismo similar a la que realiza Marx en el ámbito económico en *Miseria de la filosofía* cuando dice que los capitalistas intentan engañarnos al hacer pasar sus instituciones como naturales y, por lo tanto, eternas cuando son, en realidad, el resultado de un proceso histórico en

<sup>6</sup> D’ Auria, Anibal. *Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas*. En: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, núm. 12, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009. págs. 16 y 17.

<sup>7</sup> Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1987. pág. 14.

<sup>8</sup> *Ibidem*. págs. 16-50.

constante cambio.<sup>9</sup> El Iuspositivismo encuentra su origen en la teoría de la codificación de Jeremy Bentham, plasmada en el *Code Napoléon*, profundizado por los exégetas y desarrollado completamente por quien es su mayor teórico, Hans Kelsen. Define al Derecho como un conjunto de normas positivas y eficaces creadas por el hombre conforme a una norma superior que se remonta, en última instancia, a una norma hipotética fundamental. Finalmente, el Realismo jurídico, propio del *common law*, que cuenta con autores como Herbert Hart y Alf Ross, presenta un escepticismo hacia la norma jurídica positiva y compone al Derecho de precedentes jurisprudenciales fácilmente adaptables a cada caso en particular.

Por mi parte, voy a adherir a la concepción de Derecho que da la escuela crítica en la que podemos encuadrar a pensadores como Duncan Kennedy. Sostengo la tesis de que el Derecho es una herramienta social que se utiliza para producir y reproducir el sistema de dominación imperante. Como herramienta, el Derecho también puede ser utilizado para modificar el sistema dominante, aunque no debemos esperar que este comportamiento vaya a provenir de quienes detentan el poder. Por esto es que me permito afirmar que es un error pensar que el Anarquismo se posiciona en contra del Derecho, sino que, simplemente, niega este Derecho, usando la herramienta de forma distinta.

### III. La concepción anarquista de la libertad y el estado de naturaleza

Comprender el concepto de libertad en el ideario anarquista, relacionado íntimamente con la Antropología, resulta fundamental para poder abordar la concepción del Derecho de éste.

Francesco Carnelutti enseña que la función del Derecho es “eliminar la guerra”.<sup>10</sup> Este autor, utilizando un juego de palabras, dice que lo que hace el Derecho es cambiar el “reinado del yo”, propio del liberalismo económico que asigna libertad absoluta e individual a los hombres, por el “reinado del tú”.<sup>11</sup> Podemos ver esto en dos frases populares: “el derecho de uno termina donde comienza el derecho del otro” o “la libertad de uno termina donde empieza la del otro”. Esta concepción del orden jurídico como un conjunto de normas destinado a reprimir la libertad individual con base en la peligrosidad del egoísmo humano, encuentra su origen en una concepción antropológica negativa del hombre.

Nadie mejor que Thomas Hobbes para explicar esto. Este autor “niega la idea de asociación natural de los hombres y sostiene que ésta se produce por la búsqueda de beneficios, no por el amor al prójimo sino por el amor a nosotros mismos y, por

<sup>9</sup> Marx, Karl. *Miseria de la filosofía*. Gradifco, Buenos Aires, 2009. pág. 115.

<sup>10</sup> Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el Derecho*, Temis, Bogotá, 2004. pág. 25.

<sup>11</sup> *Ibidem*. pág. 17.

sobre todo, por el miedo mutuo existente en el estado de naturaleza”.<sup>12</sup> En su *Leviatán* define la libertad como “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder de hacer lo que le plazca”.<sup>13</sup> Si vemos esto desde la óptica de los *Dos conceptos de libertad* de Berlin, podemos afirmar que Hobbes está haciendo referencia a ésta en un sentido negativo, es decir, a la ausencia de interferencia en la actividad de uno, o sea, restringir la libertad de otros para que no interfieran con la propia.

La concepción antropológica hobbesiana proviene de la idea de que el hombre posee un “deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte”<sup>14</sup> y se resume en la frase *homo homini lupus* (el hombre es un lobo para el hombre). Para el Anarquismo, por el contrario, el hombre no es antropológicamente ni bueno ni malo, sino naturalmente inocente, y es el medio en el que se encuentra el que determina su conducta;<sup>15</sup> es decir, éste no es más que el mero reflejo de lo que lo rodea. En el estado de naturaleza no puede existir el hombre-lobo, ya que no existe el poder, una vez que introducimos éste en la sociedad es que se produce la animalización de la humanidad.

Volvamos al *homo hominis lupus*. Hobbes se equivoca al afirmar que el “hombre natural” es un lobo, es la sociedad la que lo convierte en esto, y el pacto social lo convertirá en ratón que quedará bajo el gobierno del único lobo, el leviatán (Estado). En este sentido vale la pena citar, a pesar de su extensión, unas palabras del escritor ruso Fiódor Dostoyevski:

“Bueno, precisamente es este hombre simple el que considero normal por excelencia, el hombre en el que soñaba nuestra madre naturaleza al ponernos amablemente sobre la tierra. Envidia a ese hombre. No dejo de reconocer que es tonto. Pero ¿qué saben ustedes de esto? Es posible que sea tonto. Incluso es posible que sea hermoso. Y esta suposición me parece mucho más acertada aún cuando observo la antítesis del hombre normal, o sea, al hombre de conciencia refinada, al hombre salido no del seno de la naturaleza, sino de un largo proceso de destilación (esto es ya casi misticismo, señores, pero realmente lo veo de este modo). Entonces vemos que este hombre destilado se esfuma a veces ante su antítesis, hasta tal punto que, a pesar de todo su refinamiento de conciencia, sabe que no es más que un ratoncito. Es quizás un ratoncito muy ingenioso, pero no por eso deja de ser un ratón y no un hombre. En fin, lo peor de todo es que él mismo se considera un ratón, ¡él mismo! Nadie le pide que lo confiese. Ese es un detalle muy importante.

Veamos, entonces, a nuestro ratoncito en acción. También él se siente ofendido (esta sensación es casi continua en los ratones y en los hombres) y quiere vengarse. Es

<sup>12</sup> Benente, Mauro. *Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes*. En: *Revista electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*. Año III, núm. 4, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009. pág. 15.

<sup>13</sup> Hobbes, Thomas. *Leviatán*. La página-Losada, Buenos Aires, 2003. pág. 129.

<sup>14</sup> *Ibidem*. pág. 106.

<sup>15</sup> D' Auria, Aníbal. *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*. Facultad de Derecho (UBA), La Ley, Buenos Aires, 2007. pág. 115.

posible que se acumule en él más rabia todavía que en *l'homme de la nature et de la vérité*. El deseo cobarde y miserable de devolver mal por mal a quien lo ha ofendido lo carcome por dentro, tal vez más violentamente que a *l'homme de la nature et de la vérité*, porque éste, en su natural estupidez sencilla, considera que su venganza es una acción perfectamente justa y, en cambio, el ratoncito, a causa de su superior clarividencia, sabe que no puede admitir la justicia de ese acto. Pero llegamos por fin al acto mismo, a la venganza. Además de la indignidad inicial de deseo de vengarse, el pobre ratoncito está ahora rodeado, en forma de dudas y vacilaciones, de tantas nuevas indignidades y bajezas, ha sumado a la primera pregunta tantas otras sin respuesta, que, haga lo que haga, se crea alrededor de su persona un lodazal hediondo, un pantano pestilente y cenagoso, formado por todas sus vacilaciones, todas sus sospechas, las inquietudes y los salivazos que le arrojan los hombres de acción que lo rodean, lo juzgan, lo aconsejan y se rien de él a mandíbula batiente”.<sup>16</sup>

A diferencia de lo que sostiene la Antropología negativa, el hombre no es un animal en el estado de naturaleza, sino que es la inclusión del factor “poder” lo que lo convierte en esto. Si eliminamos este factor de la sociedad, ya no tenemos por qué preocuparnos por el deseo del que nos habla Hobbes. Si no hay poder, las personas se encuentran en una situación de igualdad, de hombres y no de ratones; impulsados por una simpatía hacia sus semejantes que los hace actuar solidariamente y no en guerra buscando gobernarse los unos a los otros.<sup>17</sup> Esta concepción antropológica a la que no debemos confundir con positiva, como lo han hecho algunos autores, sino como neutra, inocente o “tonta” (como dice Dostoyevski), es el punto de partida para estudiar la libertad desde la perspectiva anarquista.

El Anarquismo niega el “reinado del yo o del tú”, no concibe a la libertad como individual sino como social, es decir, como el “reinado del nosotros”. Según Bakunin, “la libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación”,<sup>18</sup> lo que nos lleva a pensar que “la libertad sólo es válida cuando es compartida por todos”,<sup>19</sup> y que el sometimiento o la esclavitud de una sola persona nos convierte a todos en sometidos o esclavos. Este concepto de un hombre naturalmente inocente movido por la solidaridad hacia sus semejantes, y una libertad social, es el punto de partida para lo que veremos en el próximo apartado.

<sup>16</sup> Dostoyevsky, Fiódor. *Memorias del subsuelo*. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2009. págs. 25-27.

<sup>17</sup> Proudhon, Pierre Joseph. *¿Qué es la propiedad?* Utopía Libertaria-Anrres, Buenos Aires, 2007. pág. 187.

<sup>18</sup> Bakunin, Mijail. *Escritos de filosofía política* (compilación de G. P. Maximoff). t. II. Alianza, Madrid, 1978. pág. 14.

<sup>19</sup> *Ibidem*. pág. 11.

#### IV. La concepción anarquista del Derecho

El Derecho positivo aparece como la negación de la libertad en el Anarquismo; es por eso que éste lo niega para afirmarla. Así dice Bakunin: “¿Qué es la libertad? ¿Qué es la esclavitud? ¿Consiste la libertad del hombre en una rebelión contra todas las leyes? Diremos no, en tanto que esas leyes sean naturales, económicas y sociales; no impuestas autoritariamente, sino inmanentes a las cosas, las relaciones y las situaciones cuyo desarrollo natural es expresado por esas leyes. Diremos sí cuando son leyes políticas y jurídicas, impuestas por el hombre sobre el hombre”.<sup>20</sup> Vemos, entonces, que no se niega todo Derecho sino sólo aquél que es impuesto autoritariamente y que sirve para producir y reproducir el sistema de gobierno del hombre por el hombre.

El Anarquismo desarrolla una teoría de la justicia en ausencia del Derecho positivo, al que considera “una combinación de ficciones metafísicas y coacción física, de superstición y violencia”.<sup>21</sup> Esta negación del Positivismo jurídico ha llevado a que se considere al Anarquismo como iusnaturalista; sin embargo, creer esto es incurrir en un error. Como vimos en el apartado III, esta escuela iusfilosófica fundamentaba el Derecho en una imposición divina o de un postulado de la razón humana; y el Anarquismo se opone a un orden de normas que sea “impuesto”. Cuando Bakunin utiliza la expresión “derecho natural o humano” hace referencia a las leyes de la causalidad universal, no a algo “forzado” por los hombres. El Derecho natural del que habla este autor no tiene nada que ver con lo que los juristas llaman del mismo modo.<sup>22</sup> “La idea de justicia anarquista no se presenta como un orden de valores por encima del derecho positivo, sino opuesta a todo derecho positivo, cualquiera sea el contenido normativo de éste.”<sup>23</sup>

La crítica anarquista del Derecho es crítica al Estado, que no es más que un ordenamiento jurídico particular.<sup>24</sup> Éste pretende surgir de un contrato que consiste en ceder la libertad individual al Estado para que éste la administre; pero, dice Proudhon, como la libertad es jurídicamente irrenunciable, entonces este contrato estaría (y está) viciado de nulidad.<sup>25</sup> El Anarquismo tiene una forma distinta de concebir al contrato social; el contractualismo libertario consiste en una multiplicidad de pactos que las personas acuerdan en forma libre y que, con su constante interrelación, conforman el ordenamiento jurídico. Pero no visto desde

<sup>20</sup> *Ibidem*. pág. 7.

<sup>21</sup> D' Auria Aníbal. *Op. cit.* pág. 16.

<sup>22</sup> D' Auria, Aníbal. *Anarquismo y Derecho: una aproximación a Bakunin*. En: *El anarquismo frente al Derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia*. Utopía Libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2007. pág. 58.

<sup>23</sup> D' Auria, Aníbal. *Op. cit.* pág. 18.

<sup>24</sup> Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2003. págs. 105-151.

<sup>25</sup> Proudhon, Pierre Joseph. *Op. cit.* pág. 84.

la óptica de normas positivas coactivas sino como meras promesas con el fin de hacer más previsible las conductas humanas<sup>26</sup> sin ánimos de gobernarlas.

## Conclusión

Si bien existen tantos anarquismos como anarquistas, todos coinciden en algo: la negación del gobierno del hombre por el hombre, del Estado y, por tanto, del Derecho que le da origen. Creer que éstos son necesarios para paliar los conflictos sociales es incurrir en un error. El Derecho y las prisiones de nada sirven, estas últimas lejos de proporcionar bienestar aniquilan todas las cualidades y capacidades que hacen que el hombre viva en sociedad.<sup>27</sup> “Si queremos eliminar el crimen, debemos eliminar las condiciones que lo hacen posible.”<sup>28</sup>

Los escépticos afirman que una sociedad sin Derecho positivo, jueces y prisiones sería un caos. Pero debemos preguntarnos ¿esta sociedad con su orden jurídico, sus jueces, policías, ejércitos y prisiones no es, acaso, caótica? Este mundo es caótico, la historia es caos. Nada hemos cambiado desde que Jean Jaques Rousseau expresó en sus *Cartas morales*, conocidas también como cartas a Sofía (Mme D’Houdetot), la idea de que “toda la sociabilidad moderna de las grandes ciudades no es más que ficticia: se simula estar conviviendo, pero sólo se arriman unos a otros para intentar rebajarse mutuamente. Hay aproximación de los cuerpos pero no hay comunidad de almas, no hay comunicación.”<sup>29</sup>

Es cierto que vivimos en el caos, y también lo es que el Anarquismo se presenta como una alternativa para eliminarlo; a pesar de que los medios de comunicación, y las estructuras de poder en general, nos quieran hacer creer lo contrario. Sin embargo, no debemos engañarnos, la anarquía no es sinónimo de desorden, pero tampoco de utopía. Nada garantiza que en un mundo libertario no existan los conflictos, la diferencia radica en la forma de resolverlos: si por medios contraprestatarios o coactivos como lo hace el Derecho positivo y su Estado, o por métodos argumentativos y conciliatorios.<sup>30</sup> La decisión, creo, no es tan difícil.

---

<sup>26</sup> Arendt, Hannah. *La condición humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009. pág. 263.

<sup>27</sup> Vita, Leticia. *El delito y la pena: un acercamiento desde la teoría anarquista*. En: *El anarquismo frente al Derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia*. Utopía Libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2007. pág. 151.

<sup>28</sup> D’Auria, Aníbal. *Anarquismo...* *Op. cit.* pág. 55.

<sup>29</sup> D’Auria, Aníbal. *Rousseau...* *Op. cit.* pág. 71.

<sup>30</sup> *Ibidem.* pág. 81.

## Referencias bibliográficas

Arendt, Hannah. *La condición humana*. Paidós, Buenos Aires, 2009.

Bakunin, Mijail. *Escritos de filosofía política*. Compilación de G. P. Maximoff. Alianza, Madrid, 1978.

\_\_\_\_\_ *Dios y el Estado*. Utopía libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2008.

Benente, Mauro. *Cartografías del pensamiento político de Thomas Hobbes*. En: *Revista electrónica del Instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*. Año III, núm. 4, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009.

Berlin, Isaiah. *Dos conceptos de libertad*. Alianza, Madrid, 2001.

Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el Derecho*. Temis, Bogotá, 2004.

Chomsky, Noam. *Escritos libertarios. Esperanza en el porvenir*. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2007.

D'Auria, Aníbal. *Anarquismo y Derecho: una aproximación a Bakunin*. En: *El anarquismo frente al Derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia*. Utopía Libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2007.

\_\_\_\_\_ *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*. Facultad de Derecho (UBA), La Ley, Buenos Aires, 2007.

\_\_\_\_\_ *Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas*. En: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, núm. 12, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009.

Dostoyevski, Fiódor. *Memorias del subsuelo*. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2009.

Hobbes, Thomas. *Leviatán*. La página, Losada, Buenos Aires, 2003.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2003.

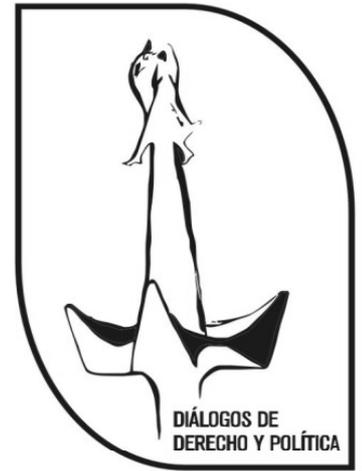
Marx, Karl y Engels, Friedrich. *El manifiesto comunista*. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008.

Marx, Karl, *Miseria de la filosofía*. Gradifco, Buenos Aires, 2009.

Nino, Carlos. *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1987.

Proudhon, Pierre Joseph. *¿Qué es la propiedad?* Utopía Libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2007.

Vita, Leticia. *El delito y la pena: un acercamiento desde la teoría anarquista*. En: *El anarquismo frente al Derecho. Lecturas sobre propiedad, familia, Estado y justicia*. Utopía Libertaria, Anarres, Buenos Aires, 2007.



## El Unilateralismo en las relaciones internacionales

Dr. Antonio Manrique de Luna Barrios

Licenciado en Derecho Peruano y Español. Máster en Comercio Exterior por la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Estudios Internacionales por la Universidad Pompeu Fabra, Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Profesor de Derecho en la Universität Osnabrück (Alemania).

Correo electrónico: [amanriqu@uni-osnabrueck.de](mailto:amanriqu@uni-osnabrueck.de)

## Resumen

El Unilateralismo es un comportamiento que adoptan ciertos Estados con la finalidad de imponer a los demás miembros de la Sociedad Internacional sus intereses, valores y principios, sin importar que para lograr ello tenga que vulnerarse el principio de la igualdad jurídica entre los Estados y todos aquellos esfuerzos que se han llevado a cabo con la finalidad de democratizar las relaciones internacionales, en donde la necesidad de una cooperación y coordinación constante, más que una realidad, es una necesidad, ya que los problemas globales que nos afectan –conflictos, cambio climático, entre otros–, no conocen fronteras físicas.

Tomando en cuenta ello, resulta fundamental evidenciar lo perjudicial que puede resultar un comportamiento unilateral de los Estados para la Sociedad Internacional en su conjunto. Por ello, creo que es necesario establecer con claridad ¿qué es el Unilateralismo?, ¿cómo funciona?, ¿qué busca?, entre otros aspectos, para que en nuestros lectores surja un compromiso que busque solucionar los problemas globales antes referidos desde otra perspectiva que sea más integradora y que se base en la cooperación. Igualmente, a través de la presente investigación, espero llevar a cabo un análisis estructural de su conceptualización, características, factores, tipologías, objetivos, críticas y la forma como se ha trabajado el Unilateralismo en Estados Unidos de Norteamérica.

**Palabras Clave:** Unilateralismo; Sociedad Internacional; Estados Unidos de Norteamérica.

## El Unilateralismo en las relaciones internacionales

### Introducción

El Unilateralismo es un comportamiento a través del cual los Estados actúan en el ámbito de la Sociedad Internacional. Respecto del Unilateralismo, puede señalarse que tras la finalización de la Guerra Fría, la Sociedad Internacional tuvo que afrontar diversos cambios que se produjeron. Asimismo, fue testigo de cómo los Estados que la conformaban tuvieron que debatir acerca del nuevo rol que tendrían que asumir ellos y los nuevos actores de la Sociedad Internacional (las Organizaciones No Gubernamentales, las Fuerzas Trans-nacionales y la Sociedad Civil Internacional).

De esta manera, con la llegada del fin de la Guerra Fría, hemos sido testigos del renacer de ciertas tendencias unilateralistas por parte de los Estados Unidos de Norteamérica, que empezaron a preocupar a los demás miembros de la Sociedad Internacional. Así, en su campaña electoral del 2000, George W. Bush señalaba: “Si somos una Nación arrogante, nos verán de esa manera; pero si somos humildes, nos respetarán”. Por desgracia, muchos de los amigos de Estados Unidos vieron que, en sus primeros ocho meses, la administración Bush se preocupaba sólo por los intereses estadounidenses, para lo que se amparaba, sobretodo, en su poderío militar, lo cual lo llevó a mostrar cierto desinterés por algunos tratados internacionales, así como también por el multilateralismo.

Supuestamente, ante los acontecimientos del 11-S, Estados Unidos cambió todo ese comportamiento unilateral, que estaba volviendo a tener. A partir de ello, el Congreso Estadounidense pagó todo el dinero que le adeudaba a la Organización de las Naciones Unidas y buscó construir una coalición contra el terrorismo. Pero el aparente éxito de la guerra en Afganistán hizo que algunos miembros de la administración Bush concluyeran que el Unilateralismo funcionaba. Lamentablemente, los nuevos unilateralistas han cometido el error de centrarse demasiado en el poderío militar. Si bien es cierto que la fuerza militar estadounidense es fundamental, por ejemplo para dar una respuesta al terrorismo, no es menos cierto que en el contexto actual existen múltiples problemas transfronterizos (narcotráfico, blanqueo de dinero, terrorismo, enfermedades epidemiológicas, etc.) que requieren de la cooperación de los demás actores de la Sociedad Internacional para ser solucionados. Teniendo en cuenta estas tendencias, puede señalarse que para los Estados Unidos era más fácil ganar la guerra en Irak que ganar la paz.

En ese sentido, el presente artículo se ha estructurado a partir de siete aspectos, en los que se analizará lo siguiente: el concepto de Unilateralismo, con la finalidad de dar un marco teórico a ambas formas de interrelacionarse con las que cuentan los

Estados; las características del Unilateralismo, con la finalidad de precisar algunos aspectos que permitan distinguir entre ambas conductas; los factores que generan conductas unilateralistas; la tipología del comportamiento unilateral que pueden adoptar los Estados en el escenario internacional; los objetivos que persiguen aquellos Estados que adoptan una conducta unilateral; las críticas principales que se han formulado respecto del Unilateralismo; y, finalmente, el comportamiento unilateral de los Estados Unidos de Norteamérica.

## I. Concepto de Unilateralismo

El Unilateralismo es una de las formas a través de las cuales un Estado se relaciona con los demás miembros de la Sociedad Internacional, y en virtud de éste, la soberanía de un Estado no acepta ninguna restricción en su libertad e independencia.<sup>1</sup> Así entendido, el Unilateralismo implicaría que un Estado depende únicamente de sus recursos para lograr su seguridad y para alcanzar los objetivos trazados en atención a su interés nacional.

En opinión de Gelson Fonseca, el Unilateralismo implica la adopción de ciertos actos en virtud de una decisión que es atentatoria de las normas internacionales existentes y de ciertos consensos logrados en determinadas áreas, en las que se exige un mínimo cumplimiento.<sup>2</sup> En la actualidad, frente al Unilateralismo comercial, ha primado el Unilateralismo belicista. Al respecto, Joseph Nye<sup>3</sup> señala que en la Sociedad Internacional contemporánea existen diversos problemas que van mucho más allá de la preocupación de algunos Estados por garantizar su seguridad nacional.

Una vez precisado el concepto de Unilateralismo, resulta conveniente determinar cuáles son las características de este comportamiento en el escenario internacional que puede ser adoptado por los Estados.

## II. Características del Unilateralismo

A partir de la obra “Poder y Debilidad”, de Robert Kagan,<sup>4</sup> podría señalarse que el Unilateralismo se caracteriza por los siguientes aspectos:

- El Unilateralismo implica una forma de interrelacionarse en el escenario internacional, al que los unilateralistas consideran anárquico, hobbesiano y

<sup>1</sup> Maynes, Charles William (1999). *U.S. Unilateralism and its Dangers*. En: *Review of International Studies*. Volume 25, number 3, July. págs. 515-516.

<sup>2</sup> Fonseca, Gelson (2003). *The United States and Latin America: Multilateralism and International Legitimacy*. En: Malone, David M. y Foong Khong, Yuen (Eds). *Unilateralism and U.S. Foreign Policy. International Perspectives*. Colorado: Lynne Rienner Publishers. pág. 323.

<sup>3</sup> Nye, Joseph (2003). *La Paradoja del Poder Norteamericano*. Madrid: Taurus. págs. 17-18.

<sup>4</sup> Kagan, Robert (2003). *Poder y Debilidad*. Madrid: Taurus. pp. 9-156.

en el que los derechos y usos internacionales han dejado de merecer confianza.

- Para el Unilateralismo, el poderío militar que pueda llegar a tener un Estado es lo más importante, ya que considera a la fuerza como su principal instrumento de política exterior.
- Recurre al uso de la fuerza sin esperar los efectos de la gestión diplomática, es por ello que se dice que emplea la coerción antes que la persuasión.
- Prefiere aplicar sanciones punitivas.
- No apoya su accionar en las instituciones internacionales.
- No coopera para alcanzar objetivos comunes.
- La razón de Estado justifica el actuar de una manera determinada.
- No considera los intereses de los demás, ni permite interferencia alguna en sus intereses y objetivos.

Las características antes referidas nos van a permitir identificar al Unilateralismo. Sin embargo, es necesario precisar cuáles son los factores que llevan a que un Estado elija al Unilateralismo como el comportamiento que adoptará respecto de los demás miembros de la Sociedad Internacional.

### **III. Factores que generan el Unilateralismo**

Los factores que generarían comportamientos unilaterales por parte de los Estados son los siguientes: la anarquía existente en la Sociedad Internacional, la posición dominante de los Estados unilateralistas, el elevado grado de ilegitimidad de las instituciones multilaterales y de las normas que de ellas emanan, el ámbito temporal y espacial en el que se adopta el comportamiento unilateral, el considerarse un Estado excepcional, la descoordinación entre las instituciones internas de un país, que son competentes para adoptar las decisiones de su política exterior, y la ausencia de una cultura política internacional en la población de un país. A continuación se analizará cada uno de los factores antes referidos.

#### **a. La Anarquía existente en la Sociedad Internacional**

Al no existir un poder único que centralice las actuaciones en la Sociedad Internacional, son muchos los países que han actuado en forma unilateral en el escenario internacional, dejándose de lado el hecho de que si bien la Sociedad Internacional es anárquica, en la actualidad presenta ciertos niveles de orden.

**b. La posición dominante de los Estados unilateralistas**

Al respecto, puede señalarse que en una sociedad anárquica y hobbesiana (desde el punto de vista unilateral), el poder muchas veces prima sobre la razón, siendo el único antídoto posible el multilateralismo y el respeto por las normas internacionales.

**c. El elevado grado de ilegitimidad de las Instituciones Multilaterales y de las normas que de ellas emanan**

Los unilateralistas critican el hecho de que un país como Libia haya presidido la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que ha sido un país que ha sido constantemente vulnerador de los derechos fundamentales.

**d. El ámbito temporal y espacial en el que se adopta el comportamiento unilateral**

En una Sociedad Internacional anárquica, tal y como la presentan los unilateralistas, hay que diferenciar entre los Estados fuertes y los débiles, pero además hay que considerar factores como el temporal y el espacial. La conducta de los Estados Unidos de Norteamérica respecto de Haití, constituye un ejemplo dentro de este factor, porque en 1915 ocupó ilegítimamente dicho país, pero en 1990, cuando quería proyectar una mejor imagen internacional, intervino por razones humanitarias junto a las fuerzas multilaterales en aquel país.

**e. El considerarse un Estado excepcional<sup>5</sup>**

Éste es el caso típico de los Estados Unidos de Norteamérica, que considera que, en virtud de su poder, puede actuar en forma independiente de los demás miembros de la Sociedad Internacional, y que por lo tanto está inmune a sus críticas y presiones.

**f. La descoordinación entre las instituciones internas de un país competentes para adoptar las decisiones de su política exterior**

Estamos acostumbrados a que en el caso estadounidense, mientras el Ejecutivo promueva determinados tratados internacionales, cuando llega el momento de que el Parlamento los apruebe, estos tratados son rechazados. Ejemplos como el Protocolo de Kyoto, el Estatuto de Roma, corroboran lo antes referido.

---

<sup>5</sup> Nye, Joseph (2003). *Op. cit.* pág. 15.

**g. La ausencia de una cultura política internacional en la población de un país**

Estados Unidos de Norteamérica es el caso típico de ausencia de cultura política internacional en una población. Solamente una cuarta parte de sus habitantes en edad de sufragar realiza actividades políticas distintas a esto, como pueden serlo el protestar ante los embargos o intervenciones ilegítimas que lleva a cabo su gobierno.<sup>6</sup> Un aspecto que ha podido influir en este comportamiento de la población estadounidense podría ser su cosmovisión de ser un país excepcional, que les lleva a despreocuparse de los demás actores de la Sociedad Internacional.

En contraposición a lo anterior, puede mencionarse a la población del Canadá, que a lo largo de su historia ha sabido mantener una política exterior que ha permitido evitar en todo momento que sus actuaciones en el exterior puedan causar controversias que dividan a su población o ir en contra de la voluntad general del pueblo canadiense.<sup>7</sup>

A continuación, haré mención respecto de la tipología del Unilateralismo.

#### **IV. Tipos de Unilateralismo**

El hecho de clasificar al Unilateralismo nos permite encasillar determinados comportamientos de los Estados dentro de ciertos ámbitos. Para lograr tal fin, recurriré a la clasificación establecida por Walter Russell Mead.<sup>8</sup> Según este autor, existen tres tipos de unilateralismos:

- a. El Unilateralismo Neowilsoniano.
- b. El Unilateralismo Jacksoniano.
- c. El Unilateralismo Hamiltoniano.

##### **a. El Unilateralismo Neowilsoniano**

Los neowilsonianos representan a un sector del Unilateralismo que ha seguido los lineamientos del neoconservadurismo y que, por ende, prestan mayor atención al poder blando, siendo su gran preocupación la democracia y los derechos humanos. Asimismo, no prestan ninguna importancia a las instituciones, e incluso las

<sup>6</sup> Nie, N.H. y Sidney, Verba (1972). *Participation in America*. Citado por Peschard, Jacqueline. *La Cultura Política Democrática*. En: [http://www.ife.org.mx/InternetCDA/estaticos/DECEYEC/la\\_cultura\\_politica\\_democratica.htm#V1](http://www.ife.org.mx/InternetCDA/estaticos/DECEYEC/la_cultura_politica_democratica.htm#V1) (Última consulta 10.01. 2010).

<sup>7</sup> Lee, Steve (2000). *Humanist Activism and Public Diplomacy*. En: *Canadian Foreign Policy*. Volume 8, Number 1, fall. pág. 1-10.

<sup>8</sup> Russell Mead, Walter (2003). *Special Providence: American Foreign Policy and How It Changed the World*. En: Nye, Joseph. *Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak*. En: *Foreign Affaire en Español*. Volumen 3, número 3, Julio-Septiembre. págs. 7-9.

critican por considerarlas antidemocráticas y porque de ellas participan regímenes autoritarios.

El riesgo que tienen los unilateralistas wilsonianos es que la imposición de sus valores no atraiga a los otros miembros de la Sociedad Internacional, ni generen un poder blando. Entre sus causas motivadoras, podemos encontrar que se muestran favorables a una prolongada presencia de los Estados Unidos de Norteamérica en Medio Oriente.

#### **b. El Unilateralismo Jacksoniano**

Los jacksonianos representan a un sector del Unilateralismo que da gran importancia al poderío militar. Es por ello que su actuación se basa en la siguiente lógica: “Hay que tener unas fuerzas armadas bien preparadas, que nos permitan derribar la puerta, derrocar al dictador y volver a casa.” Al respecto, es oportuno hacer referencia al “Tablero de Ajedrez Tridimensional”, que elaboró Joseph Nye,<sup>9</sup> con la finalidad de analizar la política mundial. Teniendo en cuenta el referido tablero, podríamos decir que los jacksonianos solamente se preocupan del tablero superior, en donde se analizan los temas militares clásicos, que son de naturaleza interestatal, y descuidan al tablero intermedio y al tablero inferior, que abordan los temas económicos y los asuntos transnacionales, respectivamente.

Parece ser que olvidan que para ganar el juego debe jugarse tanto vertical como horizontalmente. Por ello, podemos decir que los unilateralistas jacksonianos son unos jugadores unidimensionales de un juego tridimensional.

#### **c. El Unilateralismo Hamiltoniano**

Los hamiltonianos representan a un sector del Unilateralismo que presta mayor atención al comercio, siendo su principal objetivo la promoción de políticas de protección comercial, para, de esta manera, salvaguardar su mercado de los bienes y servicios que puedan proceder del exterior.

En el tablero tridimensional de Nye, los podemos ubicar en el tablero intermedio, y por ende, se despreocupan de los temas militares y transnacionales. Son un producto del accionar Hamiltoniano, del embargo a Cuba y del embargo que en su momento se efectuó respecto de Irak.

Respecto de esta clasificación del Unilateralismo que nos ha presentado Walter Russell, podemos señalar que los neowilsonianos y los jacksonianos prefieren las “Alianzas a la Carta” y consideran a las instituciones internacionales como cajas de herramientas a las que los gobernantes estadounidenses pueden recurrir cuando

---

<sup>9</sup> Nye, Joseph S. (2003). *Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak*. En: *Foreign Affairs en Español*. Volumen 3, número 3, Julio-Septiembre. pág. 6.

convenga a sus intereses. Pero cabe señalar que estos enfoques no toman en cuenta los modos en que las instituciones legitiman el desproporcionado poderío estadounidense.

Una vez que se ha establecido cuáles son los diversos tipos de Unilateralismo, vamos a precisar cuáles son los objetivos de cada uno de ellos.

## V. Objetivos del Unilateralismo

En el presente aspecto haré referencia a aquellas motivaciones que hacen que un Estado adopte prácticas unilaterales. Entre las motivaciones que pueden llevar a un Estado a comportarse en forma unilateral, puede citarse el hecho de fomentar y proteger intereses y en una menor medida valores.

A través de este enfoque autoritario, los Estados que lo emplean buscan alcanzar sus intereses, sin importarles lo que tengan que hacer para alcanzarlos. Así, la intervención en Irak es un claro ejemplo de Unilateralismo, toda vez que a los Estados Unidos de Norteamérica no les interesó la vulneración del orden internacional con tal de tomar posesión de aquel país.

Los unilateralistas conocidos como “soberanitas”, defienden la idea de que los Estados que son ricos y fuertes se pueden permitir salvaguardar su soberanía y a su vez exigir a los demás Estados que actúen según sus intereses y adopten sus valores.<sup>10</sup> Al respecto, Joseph Nye, tratando de explicar la lógica unilateralista, señala que aquellos Estados que actúan de esta manera, si tomaran en cuenta además de sus propios intereses los intereses de terceros Estados, acabarían otorgando un papel sustancial a los demás Estados, hecho que los unilateralistas en principio rechazan, ya que al hacerlo acabarían aceptando alguna forma de multilateralismo.

Una vez que ya se ha señalado el concepto, las características, los factores, la tipología y los objetivos del Unilateralismo, resulta necesario señalar las principales críticas que existen respecto de esta conducta que pueden adoptar los Estados.

## VI. Críticas al Unilateralismo

A través de estas críticas, quienes las formulan esperan contribuir a que se enmienden los errores del pasado y a que se reflexione respecto de la conveniencia o no de comportarse de manera unilateral por parte de un Estado.

Cabe indicar que Joseph Nye es uno de los críticos más importantes del Unilateralismo. Según su posición, el Unilateralismo se centra demasiado en el

---

<sup>10</sup> NYE, Joseph, (2003), *La Paradoja del Poder Norteamericano*, Madrid: Taurus, pp.212-224.

poderío militar y olvida la importancia que tiene la cooperación en la Sociedad Internacional Contemporánea.

Para el referido autor, la única forma de solucionar los problemas transnacionales en un mundo que está en constante cambio, en el que incluso la naturaleza de la soberanía ha cambiado, es mediante la cooperación entre todos los actores que participan en la Sociedad Internacional, ya que es muy peligroso seguir un rumbo solitario, toda vez que podría fracasar en lo que Henry Kissinger llamó “La Prueba Histórica”<sup>11</sup> y caer en la “Paradoja de la Primacía”.<sup>12</sup>

Asimismo, señala que el auténtico peligro que amenaza al Unilateralismo (refiriéndose a Estados Unidos), es que Washington combine en su Política Exterior la arrogancia y el provincialismo.

## VII. La ambivalencia en el comportamiento de los Estados Unidos de Norteamérica

A lo largo de su historia, los Estados Unidos de Norteamérica se han presentado ante la Sociedad Internacional como un gran defensor del multilateralismo; sin embargo, en la práctica ha podido comprobarse cómo de manera reiterada sus actuaciones han sido de naturaleza unilateral, lo que evidencia la ambivalencia de su política exterior. De esta manera, desde el siglo XIX, los Estados Unidos de Norteamérica, en virtud de la distancia oceánica que le separaba de los problemas de Europa, a la consideración de ser un pueblo excepcional, y al hecho de no haber tenido en su territorio un conflicto de magnitud global, ha actuado según sus propios intereses y sin tomar en cuenta a los demás miembros de la Sociedad Internacional.<sup>13</sup>

En el contexto actual, Estados Unidos de Norteamérica se ha comportado de manera contradictoria en áreas tales como las de no proliferación y control de armamentos, en donde no firmó la Convención de Ottawa, ni la Convención de las Naciones Unidas para la Reducción del Tráfico Ilícito de Armas, pero sí la Convención sobre Armas Químicas. Igualmente, durante mucho tiempo no pagó sus cuotas a la Organización de las Naciones Unidas, pero sí lo hizo en forma posterior a los atentados del 11-S. Asimismo, los Estados Unidos de Norteamérica no firmaron el Estatuto de Roma y observaron el Protocolo de Kyoto.

---

<sup>11</sup> La Prueba Histórica consiste en la oportunidad que tienen los dirigentes estadounidenses de aprovechar su actual poder, para lograr a través de normas internacionales de amplia aceptación, la protección de los intereses y valores estadounidenses en un futuro que se presenta incierto.

<sup>12</sup> La Paradoja de la Primacía implica el desaprovechar por parte de EEUU la prueba histórica.

<sup>13</sup> Kissinger, Henry (1995). *Diplomacy*. London: Simon & Schuster Ltda. pág.18.

Según John Ikenberry,<sup>14</sup> los Estados Unidos de Norteamérica han adoptado un comportamiento que es innecesario y perjudicial, y que sólo contribuirá a generar mayor hostilidad e inseguridad. Asimismo, señala que si bien en la actualidad Washington puede prescindir de la cooperación internacional, el romper con las cadenas del multilateralismo y el ir más allá de las instituciones y las reglas, podría no ser conveniente. Por ello, en opinión de Ikenberry, la tendencia estadounidense hacia el Unilateralismo se debe al hecho de que consideran que el multilateralismo, sus normas e instituciones, puede estorbarles a la hora de actuar.

Entre otros autores, Stewart Patrick<sup>15</sup> precisa que las fuentes de la ambivalencia de los Estados Unidos de Norteamérica, pueden encontrarse en su deseo de actuar libremente en el ámbito exterior,<sup>16</sup> en su rechazo a la limitación de su soberanía nacional por parte de la actuación de órganos de carácter global a los que considera antidemocráticos,<sup>17</sup> y en el control constitucional que ejercen los poderes ejecutivo y legislativo estadounidense respecto de la política exterior.<sup>18</sup>

Al respecto, Joseph Nye señala que algunos asuntos por su naturaleza transnacional, solamente pueden ser abordados de manera multilateral y, por ende, necesitan ser resueltos a través de la ayuda de otros países. El cambio climático es un ejemplo adecuado. No obstante ello, el multilateralismo es la excepción a la regla en los Estados Unidos de Norteamérica, quienes prefieren realizar ciertas prácticas unilaterales. Sin embargo, después del 11-S, los Estados Unidos retomaron ciertos lineamientos multilaterales, claro que como señala Stewart Patrick, con la finalidad de que le ayuden a proteger sus intereses

---

<sup>14</sup> Ikenberry, John (2002). *America's Imperial Ambition*. En: *Foreign Affairs*. Vol. 81, N° 5. September-October. págs. 44 -60; Ikenberry, John (2003). *¿Is American Multilateralism in Decline? Perspectives on Politics*. Vol.1, No.3. págs. 533-550.

<sup>15</sup> Stewart, Patrick y Shepard, Forman (2002). *Multilateralism & U.S. Foreign Policy: Ambivalent Engagement*. London: Lynne Rienner Publishers. 507 págs.

<sup>16</sup> Los Estados Unidos se sienten poseedores de una responsabilidad única, que consiste en preservar el orden global, y en virtud de ello, exigen ciertos tratos especiales, como se hizo cuando exigió exenciones especiales en la Corte Penal Internacional.

<sup>17</sup> Un ejemplo dentro de este ámbito lo encontramos en el rechazo que hace Estados Unidos de Norteamérica, de que países como Libia puedan haber presidido la Comisión de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, cuando asumió sus actividades el 12 de mayo de 2009, como nuevo país miembro del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, no dudó en descalificar el informe del juez Richard Goldstone que consideraba que se habían cometido crímenes de guerra tanto por la parte de las fuerzas armadas de Israel como por parte de Hamas durante el ataque israelí contra Gaza que tuvo lugar durante 22 días -del 27 de diciembre de 2008 hasta el 17 de enero de 2009- y que originaron la muerte de 1.400 palestinos (de los que el 74% eran civiles, entre ellos 200 niños) mientras que el número de israelíes muertos fue de 13, tres de ellos civiles.

<sup>18</sup> Los debates sobre la incorporación de los Estados Unidos a la Liga de las Naciones en 1918-1919 demuestran que dicha distribución de competencias entre el ejecutivo y el legislativo estadounidense pueden llegar a afectar la participación de los Estados Unidos de Norteamérica en Organismos Multilaterales.

nacionales. En opinión de Robert Kagan,<sup>19</sup> este acercamiento hacia el multilateralismo, y especialmente hacia la Organización de las Naciones Unidas, no implica que los Estados Unidos de Norteamérica hayan abandonado la opción de actuar unilateralmente, aunque sí considera que la ONU no está actuando de manera satisfactoria. Esto es lo que se conoce como “el puño de hierro unilateralista en el guante de terciopelo del multilateralismo”.

Según Shepard Forman, fueron precisamente estos atentados los que hicieron que el Congreso Estadounidense se abriera hacia el uso de instrumentos multilaterales y hacia el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Este acercamiento selectivo hacia el multilateralismo es lo que anteriormente denominamos “multilateralismo a la carta” y que más recientemente ha sido denominado como “multilateralismo duro”.

Quisiera concluir este aspecto, haciendo referencia a lo señalado por Shepard Forman, quien en su obra titulada “Multilateralism & U.S. Foreign Policy”, nos señala que los Estados Unidos, para solucionar sus problemas internos y los problemas globales, necesita de la cooperación y de la acción colectiva de los gobiernos y de las organizaciones no gubernamentales, ya que en la actualidad la existencia de problemas transfronterizos como la energía, la justicia, etc. exigen dicha coordinación.

### **Conclusión**

Finalmente, es posible presentar las siguientes conclusiones. La primera es que el Unilateralismo es una práctica constante en la Sociedad Internacional, que se fundamenta en la ausencia de una coordinación de las políticas nacionales entre los Estados. En segundo lugar, el comportamiento unilateralista muchas veces puede confundirse con lo que se ha venido denominando como multilateralismo a la carta o multilateralismo duro, porque a través de estos dos últimos procesos, en realidad, se trata de encubrir el interés particular de uno o varios Estados, que amparándose en un supuesto interés de la Sociedad Internacional, tratan de lograr un beneficio individual.

En tercer lugar, en diversas ocasiones el Unilateralismo ha impedido que se puedan solucionar diversos problemas globales mediante la cooperación y coordinación entre los miembros de la Sociedad Internacional. De esta manera, puede indicarse que todos los esfuerzos realizados para concebir un mejor orden mundial, siempre han generado reacciones contrarias que atentan contra su razón de ser o tratan de desnaturalizarlo. Precisamente, para evitar esa situación, el Unilateralismo es un comportamiento que debe ser sustituido por un enfoque multilateral que facilite una constante adaptación y búsqueda de nuevos instrumentos, que le permitan contribuir a solucionar las nuevas necesidades que

---

<sup>19</sup> Kagan, Robert (2002). Multilateralism: American Style. En: *The Washington Post*. September 13.

se presentan en la Sociedad Internacional, en donde las desigualdades entre Estados, el control de la fuerza, etc., siguen siendo sus grandes temas de estudio, los cuales deben ser abordados no desde una visión unilateral.

Así las cosas, la experiencia en la Sociedad Internacional ha demostrado que el Unilateralismo, no es un comportamiento adecuado en las Relaciones Internacionales, ya que no puede permitir hacer frente a los problemas transnacionales que nos afectan, tales como el medio ambiente, la paz y la seguridad internacional, el tráfico de drogas, la piratería marítima, entre otros aspectos.

## Referencias bibliográficas

Fonseca, Gelson (2003). *The United States and Latin America: Multilateralism and International Legitimacy*. En: Malone, David M. y Foong Khong, Yuen (Eds.). *Unilateralism and U.S. Foreign Policy. International Perspectives*, Colorado: Lynne Rienner Publishers.

Kagan, Robert. *Multilateralism, American Style*. En: [www.ceip.org/files/publications/2002-09-13-kaganpost.asp](http://www.ceip.org/files/publications/2002-09-13-kaganpost.asp) (Última consulta 10.11.2009)

Kissinger, Henry (1995). *Diplomacy*. London: Simon & Schuster Ltda.  
Lee, Steve, (2000). *Humanist Activism and Public Diplomacy. Canadian Foreign Policy*. Volume 8, Number 1, Fall, págs. 1-10.

Maynes, Charles William (1999). *U.S. Unilateralism and its Dangers. Review of International Studies*, Volume 25, Number 3, July, págs. 515-516.

Nie, N.H. y Sidney, Verba (1972). *Participation in America*. Citado por Peschard, Jacqueline. *La Cultura Política Democrática*. En: [www.ife.org.mx/InternetCDA/estaticos/DECEYEC/la\\_cultura\\_politica\\_democratica.htm#V1](http://www.ife.org.mx/InternetCDA/estaticos/DECEYEC/la_cultura_politica_democratica.htm#V1) (Última consulta 10.01.2010)

Nye, Joseph S. (2003). *Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak. Foreign Affairs en Español*. Volumen 3, Número 3, Julio-Septiembre, pág. 6.

\_\_\_\_\_ (2003). *La paradoja del poder norteamericano*, Madrid: Taurus.

Ruseel Mead, Walter (2003). *Special Providence: American Foreign Policy and How It Changed the World*. En: Nye, Joseph. *Poder y Estrategia de Estados Unidos después de Irak. Foreign Affaire en Español*. Volumen 3, Numero 3, Julio- Septiembre. págs. 7-9.

Stewart, Patrick y Shepard, Forman (2002). *Multilateralism & U.S. Foreign Policy: Ambivalent Engagement*. London: Lynne Rienner Publishers.



# El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal

Yeison Manco López

Estudiante del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [negro2004hola@yahoo.es](mailto:negro2004hola@yahoo.es)

## Resumen

El presente texto aborda una reflexión sobre la justicia premial, tema que actualmente reviste singular importancia, pero que puede encontrar sus raíces en un largo proceso en el que se insertan discursos y prácticas jurídicas técnicas como la confesión, la delación y el arrepentimiento del reo. Asimismo, se intenta abordar el tema desde su actualidad y sus características dentro del proceso de implementación de la justicia negociada en nuestro país.

**Palabras clave:** Confesión; arrepentido; delación; negociación; justicia premial.

## El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal\*

### Introducción

Este trabajo se ocupará de la justicia premial como una práctica jurídica que hoy en día se pone en el centro de las discusiones del derecho penal, pero que tiene relación directa, o mejor aún, encuentra antecedentes en la confesión de los delitos lograda a través de constreñimientos al reo.

El sistema de premios en el derecho penal como medio para obtener una mayor eficiencia en términos cuantitativos o estadísticos sobre el manejo de la criminalidad, la ejemplaridad del castigo a través de la pena y el proceso en perjuicio del reo que se resiste a confesar, y la persuasión o compra de una nueva fidelidad del acusado, hacen que se dirija la vista de las cuestiones penales, de lo que tiene que ver con el delito (tal y como lo planteó el liberalismo penal), a la mejor forma de negociar, constreñir, manipular y reclutar al delincuente.

Así las cosas, se intentará dar cuenta de cómo este tipo de prácticas no irrumpen de manera deliberada y estrepitosa en el derecho penal, no siendo una invención reciente, ni mucho menos novedosa, sino que se circunscriben en un proceso histórico que las incluye de manera gradual y termina por transformarlas de simples prácticas a instituciones dentro del derecho penal. En ese sentido, por ejemplo, la confesión surge como un tema de estudio necesario para este trabajo, al igual que su desarrollo en particular con respecto a los métodos inquisitivos para lograrla y el perfeccionamiento que han sufrido los mismos hasta convertirse en una gran variedad de prácticas regidas por una lógica común a todas ellas y con aspiración de convertirse en instituciones normativas inherentes al derecho penal.

El trabajo se desarrollará en tres partes que, en orden, se referirán a la figura y a la racionalidad que opera en el arrepentido desde el Cristianismo; seguidamente, se expondrá la justicia premial, haciendo una breve caracterización de ésta y de su funcionamiento en el modelo estadounidense y sus principales figuras frente al proceso y la condena. Por otro lado, se desarrollará un contexto general y apreciativo respecto del derecho premial en nuestro país, para lo que se abordarán algunas normas en las que opera el sistema de derecho premial. Tales instrumentos son el Decreto 2700 de 1991, la Ley 81 de 1993, la Ley 600 de 2000, la Ley 906 de 2004, así como los análisis que sobre el tema realizan dos decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el año 2006, con ponencias de los magistrados Alfredo Gómez Quintero y Sigifredo Espinosa Pérez, respectivamente.

---

\* Este artículo es derivado de un ejercicio investigativo realizado durante el semestre 2009-2, para el curso *Mitos del Derecho en la Historia*, a cargo del profesor David Orrego Fernández.

Para continuar, se trabajará a manera de análisis sobre el fenómeno del auto castigo, es decir, de la auto condena a la que arrastra la negociación de la pena a un ciudadano que se enfrenta a un aparato punitivo infinitamente superior a él y que exige la condena como el único y auténtico producto de la justicia, así como la impunidad a la que pueden llegar los casos más atroces fruto de la cantidad de posibilidades que tienen los mayores criminales de negociar con la Fiscalía, concepción que entra a rebatir la justificación que de ella hace el sistema penal estadounidense. Se trata entonces de confrontar los objetivos que teóricamente se le dan a esta justicia y el producto concreto y cotidiano al que se ha llegado en el sistema penal colombiano.

Finalmente, en este mismo punto se trabajará sobre la contradicción que existe en torno a una justicia, que reivindicándose como tal, empuja a la renuncia del proceso, de modo tal que la condena no es producto de una práctica judicial, ni siquiera de la aplicación de la legalidad, sino que depende de una pugna de poderes que negocian, pero que por su disposición dan prevalencia al poder del Estado, no como administrador de justicia, sino como el titular de la venganza pública que, en este caso, se ejercerá por medio de un allanamiento y una confesión inducidas por el sistema de premios para el que se condene y castigos para quien se defienda.

## I. Aproximación a la figura del arrepentido

### El arrepentido

Como una introducción al tema de la condena sin proceso, parto de algunas situaciones problemáticas como aquellas que tienen que ver con el por qué de negociar el premio y la impunidad con algunos imputados y, paralelamente, castigar a otros. Igualmente, el por qué la verdad ya no incumbe al proceso, y el proceso ya no incumbe a la pena. También, intento establecer cuál es la racionalidad y el papel que juega en este fenómeno la figura del arrepentido, así como las razones o motivos pragmáticos que convergen en este proceso y las consecuencias de un sistema así.

Para comenzar, es preciso abordar una reflexión sobre la figura del arrepentido, importantísima para el proceso penal, la justicia premial y la negociación de las penas o *plea bargaining*. ¿Por qué el arrepentido goza del favor de su adversario?, ¿cómo alguien puede pasar de ser el peor enemigo al mejor de los amigos?

En la figura del arrepentido se van a concentrar amplios esfuerzos por parte del Estado, esperando que, como hasta ahora, sea una parte eficientísima en la tarea de conseguir cada vez más y más condenados, con el agregado de tener la propia voluntad del imputado empeñada en la condena.

En la figura del arrepentimiento se condensan dos aspectos fundamentales, el primero es el del arrepentimiento como tal, y el segundo, es la confesión del arrepentido.

En el Cristianismo, el arrepentido encuentra explicación a través de una figura llamada *oxímoron*, la cual puede ser encontrada en nuestro lenguaje. Esta figura lo que hace es reunir conceptos o términos contradictorios en una oración para que de esta forma se obtenga un nuevo sentido que va a diferir del tenor literal de los dos primeros, es decir, para que algo llegue a ser, tiene que empezar no siendo, negándose a sí mismo, de esa manera encontramos que lo divino va a describirse como una luz que ciega, el silencio que ensordece y la vida que empieza con la muerte.

Para llegar a Dios hay que empezar por alejarse de sí mismo, negarse para llegar a ser, y en ese mismo sentido, se dirá que Dios o lo divino siempre estará en todas las partes no estando en ninguna, en las cosas grandes y en las pequeñas.<sup>1</sup> Con esta figura lo que va a tratarse de afirmar es el sentido de lo absoluto y lo inexplicable de Dios, razón por la cual el hombre que quiere llegar a él, sólo puede conseguirlo a través del camino del arrepentimiento y la redención que brinda la penitencia. Negándose a sí mismo afirma la gloria de Dios.

En San Agustín puede apreciarse esta concepción del arrepentimiento de un pecador como un acto ejemplar para los demás cristianos. El capítulo III del libro VIII de las Confesiones se titula “*Cómo Dios y los santos ángeles se alegran mucho de la conversión de los pecadores*”, y reza lo siguiente:

6. ¡Oh buen Dios!, ¿de dónde, Señor, proviene que un hombre se alegra mucho más de la salud de un alma que estaba sin esperanza de vida, o que se ha libertado de un peligro grande, que si siempre hubiera estado con esperanza de su salud eterna, o hubiera sido mayor el peligro en que se hallaba? También Vos, Señor, Padre misericordioso, *mostráis mayor alegría por un solo pecador que hace verdadera penitencia, que por noventa y nueve justos que no la necesitan*. Y nosotros con mucho regocijo oímos decir a San Lucas cuán grande es la alegría de los ángeles viendo que la oveja perdida vuelve a su rebaño llevándola el pastor sobre sus hombros.<sup>2</sup>

Pero como correlato de tal arrepentimiento, siempre se encuentra la penitencia que logra redimir al arrepentido:

<sup>1</sup> San Agustín habla en estos términos: “¡Ay de mí, Dios mío!, ¡qué investigable grandeza tenéis en las cosas grandes, y qué impenetrable profundidad en las pequeñas! ¡Vos nunca os apartáis de vuestras criaturas, y con todo eso, apenas andamos lo bastante para llegar a Vos!”

<sup>2</sup> Agustín, Santo Obispo de Hipona. *Confesiones*. Libro VIII, capítulo IV. España: Tecnos, 2007.

Triunfa un emperador cuando ha vencido; y no venciera si no hubiera peleado; y cuanto mayor fue el peligro en la batalla, tanto es mayor en el triunfo la alegría.

Acomete una tempestad a los navegantes, y al verse amenazados del naufragio, todos se ponen pálidos del miedo de la muerte, que consideran cercana, pero serénase el cielo y tranquilizase el mar, y todos se regocijan sumamente, porque también sumamente temieron.

8. Esto mismo sucede en el deleite que es torpe y execrable; esto mismo en el que es lícito y permitido; esto mismo en la más pura, honesta y sincerísima amistad, y finalmente, esto mismo sucedió en la conversión de aquel que estaba muerto y resucitó, que se había muerto y apareció.<sup>3</sup>

Encontramos que aquí, entre mayor sea el peligro, mayor sea la penitencia, mayor será también la cercanía a Dios; de allí que el arrepentido habiendo sido el mayor desafío para el pastor, también es su mayor alegría y quien reafirma su grandeza como pastor de los hombres.

En esta lógica que podemos abordar desde la figura del *oxímoron*, vemos lo despreciable de nosotros, lo más inmundado (...); el papel que va a desempeñar es reafirmar con su naturaleza la perfección y la gloria de lo divino, entre más despreciable, deplorable y horrorosa sea la figura, con mayor fuerza va a resaltar las cualidades de la divinidad.

En este sentido, sólo el arrepentimiento y la penitencia van a lograr la redención de la persona, en la medida en que el arrepentido es la figura de quien estuvo, por decirlo así, mas lejos del rebaño y luego regresó, reafirmando con su conducta y por encima de los otros la vigencia de lo divino, convirtiéndose en el preferido del padre sobre sus demás hijos. De allí que se pueda decir que desde este punto de vista, quien se arrepiente será más fácilmente compensado que el que no, ya que afirma más la virtud de Dios con su vuelta a él.

El arrepentimiento funciona como una reafirmación mayor a cualquier otra, y la penitencia porque va a ser la forma de renunciar a uno mismo por alcanzar lo absoluto, por someterse al pastor o al maestro, es la libertad que sólo se puede lograr flagelándose, la redención que sólo se puede lograr con la renuncia y el dolor propio.

La penitencia con este primigenio significado, se aplica principalmente en el Medioevo. “La pena medieval conserva esta naturaleza de equivalencia, incluso cuando el concepto de retribución no se conecta directamente con el daño sufrido por la víctima sino con la ofensa hecha a Dios; por eso, la pena adquiere cada vez más el sentido de *expiatio*, de castigo divino”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> MELOSSI, Darío. PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2008. pág. 21

Ya vemos que la influencia del Cristianismo en la figura del arrepentido es inmensa, así como también lo es en la finalidad de la pena, en la medida en que el propósito de ella no es otro que la salvación del alma, razón por la cual se pretende conseguir el arrepentimiento del reo.

Las primeras y embrionarias formas de sanción utilizadas por la Iglesia, se impusieron a los clérigos que habían delinquido en alguna forma,<sup>5</sup> la pena se inspira en el rito de la penitencia y la confesión, pero acompañándola de otro elemento: la forma pública. Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda hasta que el culpable se enmendara.<sup>6</sup>

La penitencia, cuando se transformó en sanción penal propiamente dicha, mantuvo en parte su finalidad de corrección; esta se transformó en reclusión en un monasterio por un tiempo determinado.<sup>7</sup> Para ese momento, el objetivo fundamental de la pena era lograr el arrepentimiento. Se trata de formar una tendencia natural y espontánea hacia la disciplina y el sometimiento frente al pastor. Este tipo de control se logra con la interiorización de la mentalidad del sometimiento y a la misma racionalidad de alguien que se arrepiente, donde, por supuesto, juega un importante papel la técnica de la confesión.

No es de extrañar que tales figuras, es decir, las del arrepentimiento y la confesión, pudieran usarse de manera conjunta sobre muchísimos aspectos de la vida, no sólo como la forma de la penitencia, sino como prohibiciones que pesan, por ejemplo, sobre el cuerpo y la sexualidad.

Así, en el análisis del dispositivo de la sexualidad, uno de los rasgos que identifica Foucault en la historia de occidente frente a la relación entre sexo y poder, es el ciclo de lo prohibido, ciclo que explica de la siguiente forma:

No te acercarás, no tocarás, no consumirás, no experimentarás placer, no hablarás, no aparecerás; en definitiva no existirás, salvo en la sombra y el secreto. El poder no aplicaría al sexo más que una ley de prohibición. Su objetivo: que el sexo renuncie a sí mismo. Su instrumento: la amenaza de un castigo que consistirá en suprimirlo. Renuncia a ti mismo so pena de ser suprimido; no aparezcas si no quieres desaparecer. Tu existencia no será mantenida sino al precio de tu anulación. El poder constriñe al sexo con una prohibición que implanta la alternativa entre dos inexistencias.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibíd.* pág. 21.

<sup>6</sup> *Ibíd.* pág. 21.

<sup>7</sup> *Ibíd.* pág. 22.

<sup>8</sup> Foucault, Michel. *La voluntad del saber, Historia de la sexualidad 1*. México: Siglo XXI, 2000 pág. 102

De nuevo aparece la renuncia a sí mismo, esta vez como la condición de la existencia, ya ni siquiera de la salvación. Puede verse el avance que se tiene en términos del dispositivo, ya que opera una prohibición jurídica que poco a poco se introduce en las prácticas jurídicas.

### La confesión

En cuanto al acto mismo de la penitencia –no su explicación del cómo y por qué se justifica– y la función que cumple, Foucault plantea un referente arcaico en la figura de la *exomologēsis*.<sup>9</sup> Esta consiste en el reconocimiento del hecho, el reconocimiento de sí mismo como pecador, un reconocimiento público y obligatorio, hacer pública la penitencia, antes y como requisito de la redención. Puede observarse cómo sólo revelando el pecado y a través de la penitencia pública puede la persona entregarse a la gracia, pero ello a su vez implica una anulación de sí mismo, la supresión material de uno mismo.

Por otro lado, la *exagoreusis*<sup>10</sup> implica la verbalización de los pensamientos y la anulación de sí mismo y del propio deseo, esto en términos de obediencia y sumisión a otro, siendo ese otro el maestro. Concluye Foucault en el sentido de indicar que tal técnica de verbalización es la de mayor importancia para occidente, ya que esta se reproducirá como técnica en muchas disciplinas; para citar dos ejemplos, pueden referirse el Derecho y el Psicoanálisis, fundamentales, sobretodo, para hablar de la confesión y de las técnicas judiciales de la confesión.

La pena, el arrepentimiento y la confesión serán ante todo un acto público, son figuras de las que nunca más se separarán las prácticas jurídicas.

La técnica de la confesión será ampliamente usada en el Medioevo, es más, el sistema punitivo de tal época se halló completamente diseñado para lograr la confesión del reo a cualquier precio, y, obviamente, también para lograr su arrepentimiento, al menos como un elemento subsidiario, ya que lo que se buscaba en principio era la condenación al fuego que purifica.

La confesión se transforma en toda una técnica perfeccionada que se trasplanta de las prácticas religiosas para lograr la salvación, a las prácticas jurídicas del proceso y del sistema penal.

La obra de Nicolao Eymeric, inquisidor general de Aragón, escrita en el siglo XIV bajo el nombre de *Directorium inquisitorum* y conocida como el Manual de Inquisidores, sirve como regla de práctica y código criminal de la inquisición.

<sup>9</sup> Foucault, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona: Paidós, 1990. pág. 35

<sup>10</sup> *Ibíd.* pág. 35

El argumento que se usa para justificar la producción de este Manual es, al igual que en nuestros días, dar una mayor celeridad al proceso, incluso con la misma oportunidad que se le otorga al inquisidor de no estar obligado a seguir las reglas, ya que la omisión de los requisitos de derecho no trae nulidad al proceso.

Este texto da una idea de las formas judiciales de la inquisición. En su Capítulo I, que trata de la formación y sustanciación de las causas, establece tres maneras de iniciarlas: la acusación, la delación y la pesquisa.

Para el inquisidor, la acusación presenta un problema, en el sentido de que si se acusa y no se logra la condena, se castiga al inquisidor y al acusante, mientras que por la delación que no logre la condena, no existe tal castigo, razón por la cual la recomendación del Manual al inquisidor es sugerir a quien acusa que no lo haga, sino que delate.

Nótese que la delación aquí es el principal instrumento para formar la causa, no obstante los procedimientos durante el juicio se dirigirán a extraer la confesión del acusado.

El inquisidor inicia el proceso –si se le puede llamar así– de manera secreta y lo continúa de tal forma, pero la pena, la penitencia, será pública, surtirá efectos simbólicos de expiación y temor entre la población con el fin de prevenirlos, de no caer en herejía.

Los procedimientos del juicio castigan el comportamiento del acusado dentro de él, se diseña toda una técnica de interrogatorio en la que al acusado lo cobijaba una presunción de culpabilidad, incluso sobre las cosas favorables que éste pueda decir. Así, cuando al acusado se le preguntara si creía en el cuerpo de Dios y éste respondía que sí, eso se interpretaba como un sí creo, pero en el cuerpo, no en Dios; también en el caso de existir dos testimonios, uno favorable y otro no, se tomaba en cuenta el desfavorable, y en consecuencia, se condenaba a que el reo fuera entregado a la justicia seglar.

La confesión del hereje pertinaz<sup>11</sup> se intentaba lograr por otros medios, la estrategia para lograrla era la siguiente:

Se procurará convertirlos enviándoles sacerdotes y religiosos, que disputen con ellos por pasajes de las sagradas escrituras, sin apresurarse a entregarlos a los jueces seglares. Lo primero, se les pondrá en un calabozo lóbrego y húmedo, cargándolos de grillos, y si resistiera a esta prueba, se les procurará convertir con otros medios, tratándolos con blandura, poniéndolos en un aposento

---

<sup>11</sup> Una precisión necesaria es que los inquisidores consideraban que no pecaban, ya que la ejecución de la pena se dejaba a la justicia seglar y no al santo oficio.

cómodo, dándoles bien de comer, y prometiéndoles que se les tratará con misericordia, si vienen a recipiscencia; y si pasados algunos días no diera todavía señas de convertirse, se harán venir a la cárcel sus hijos, sobre todo los más chicos, si los tienen, y sus mujeres para ablandarlos. Si todo fuere sin provecho, serán relajados al brazo seglar.<sup>12</sup>

El objetivo de estas técnicas era lograr la confesión, esta asumía la figura de penitencia pública, no sólo se confesaba, había que hacerlo ante todos, esta es la famosa abjuración, rito por el cual una persona tenía que reconocer su pecado públicamente, renegar de lo que había dicho o hecho, y por último, dar un sermón de la fidelidad a Dios y a la Iglesia.

De igual modo, para aquella persona que confesaba y abjuraba se ofrecían beneficios, que, según el tipo de hereje, iban desde conceder la cárcel perpetua hasta perdonar la confiscación de sus bienes, con el fin de que su familia no cayera en desgracia. Éstas eran las técnicas de la edad media para conseguir la delación, la confesión y el arrepentimiento, técnicas que para hoy han cambiado, son más sofisticadas, más suaves, pero que, por supuesto, continúan en búsqueda de los mismos fines. La confesión y el arrepentimiento no sólo estarán presentes en las prácticas jurídicas, sino que llegarán a ser verdaderas instituciones jurídicas penales en la modernidad, a pesar de que en las figuras premiales de hoy ya no exista una justificación ideológica de la confesión, sino sólo la recompensa material fundamentada en una relación utilitarista entre el Estado y el arrepentido.

## II. El sistema premial y su racionalidad frente al juicio

Ahora bien, lo que va a exigir la negociación es la redención por la pena y el premio por el arrepentimiento, así como por la actitud que la persona tenga durante el proceso; será un acto público, y a la vez, una reafirmación de ese nuevo padre, el principio y fin de nuestra sociedad, que es el Estado.

Desde hace algún tiempo, nuestros países, al igual que gran parte del mundo, se dieron a la tarea de implementar el sistema llamado acusatorio. En nuestro caso particular el que se impone es la copia del sistema estadounidense que aplica figuras, que a pesar de tener ya algunos antecedentes en la historia de nuestro sistema penal, entran con toda la fuerza necesaria como para obligarnos a reflexionar sobre ellas de manera más detenida.

El sistema de premios y castigos hace parte fundamental de nuestro nuevo sistema penal. En éste se establecen beneficios que permiten obtener la confesión del imputado a cambio de algunas rebajas de la condena.

---

<sup>12</sup> Eymeric, Nicolau. *Manual de inquisidores: para el uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Estados Unidos: Imprenta de Félix Aviñón, 1821. pág. 88

Esto significa para el imputado o acusado

“la renuncia a ser juzgado en juicio, con la opción de ser absuelto; a cambio, el fiscal declina la posibilidad de que al presunto infractor se le aplique la máxima sanción factible y por el mayor número de delitos que el comportamiento investigado permita configurar. Hay entonces una posibilidad de desgaste, de inversión de recursos (tiempo, personal, dinero) dado el esfuerzo probatorio que el juicio implica, junto a la necesidad de no dejar, por falta de tiempo, otra serie de delitos en la impunidad.”<sup>13</sup>

La negociación de la pena va a plantearse como una alternativa que permite realizar una economía procesal en la medida en que evita los costos de un juicio con todas sus etapas ordinarias y una ganancia de tiempo y eficiencia en la administración de justicia.

Por otro lado, con base en unos criterios pragmáticos, la negociación de la pena va a ser realmente un instrumento muy eficiente a la hora de conseguir la condena y va a ser considerada un arma muy efectiva para lograr la desarticulación de organizaciones criminales. El sistema de premios va a promover la delación y la traición a cambio de beneficios, y este instrumento va a funcionar muy bien en la desarticulación de estas organizaciones.

En Estados Unidos, el sistema de premios y negociación se aplicó, en principio, con el propósito de dotar a la justicia de un arma distinta a las que tenía, para permitirle presentarse más fuerte en la lucha contra estas organizaciones, de modo que negociando unos premios de manera individual con uno de los miembros de estas organizaciones, se lograba obtener información que permitiera la detención y juicio de los demás integrantes de ella.

Como se puede ver, la racionalidad eficientista con base en el argumento de la economía procesal, irrumpe como la legitimación del sistema premial y negociado. Se trata de evitar el desgaste procesal que un juicio implica. Orlando Muñoz Neira va a decir que el sistema de *plea bargaining* lo que permite es pactar las penas en razón de los riesgos que el mismo proceso trae para los sujetos procesales. La negociación de penas no es una especie de terminación “anormal” del proceso penal: es la justicia penal misma de E.U.

En estas afirmaciones puede verse la importancia que para el sistema de Estados Unidos tiene la figura de la negociación. En el sistema penal el juicio va a ser una carga, un lastre del que es preciso liberarse.

---

<sup>13</sup> Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006. pág. 211

En el sistema de premios,

“a pesar de que muchos quisieran que el juicio fuera una especie de derecho que no se compra ni se vende, ni algo así como un lujo que sólo algunos deban tener, lo cierto es que la existencia de la negociación de penas parte de reconocer que el juicio no es un derecho absoluto, ni un derecho que tenga la misma esencia de, por ejemplo, el derecho a votar o el derecho a criticar al gobierno, o la libertad misma, derechos éstos que, sin duda, son inalienables.”<sup>14</sup>

Tal concepción va a ser transversal al sistema de negociación y a su justificación misma, en razón de otorgar un papel secundario al proceso y al juicio, ya que lo que interesa en verdad no es dar garantías, sino conseguir la mayor cantidad de condenados posible. Desde el mismo sistema penal clásico, la importancia que se le va a dar al juicio es fundamental, no puede existir una pena sin un juicio, y el juicio se va a encargar de allegar la verdad material de los hechos al proceso, para, con base en éstos, dar una sentencia de condena o absolución.

El sistema clásico se encontraba obsesionado con proponer fórmulas que permitieran establecer la verdad sobre los hechos, y de tal modo hacer de la pena una consecuencia de la obtención de la verdad, justificando de esta manera, medidas tan rigurosas como la privación de la libertad. En este sistema, la verdad va a ser algo irrenunciable, inconciliable e indisponible, la verdad va a ser la verdad.

La evolución misma del sistema penal va encargarse de corregir esta posición según la cual es posible conseguir la verdad de una manera plena y definitiva en el proceso, y replanteará el hecho de que la verdad dentro del juicio no va a ser un absoluto, solo podrá obtenerse de manera probabilística, dentro de márgenes que establecen un mayor o menor grado de probabilidad de los hechos, no va a darse una renuncia a la aspiración de obtener la verdad en el proceso, lo que ocurre es que ya no se pensará en obtenerla como una verdad objetiva superior a todo, ni como la posibilidad de que cada sujeto tenga una verdad subjetiva, sino que será posible alcanzar la verdad en el proceso, pero sólo como una aproximación, es decir, la verdad absoluta, esencial, inmanente, no será posible de establecer dentro del juicio, pero sí la mayor o menor certeza sobre unos hechos.

Por el contrario, lo que va a ocurrir en el sistema de negociación, en el sistema de los premios, es que al proceso se le va a despojar de cualquier propósito de obtener una verdad, digámoslo así, acorde con la verdad material de los hechos. El sistema de premios va a permitir que la verdad no se establezca sino que se construya, la verdad para este sistema va a ser un agregado accidental, mucho menos va a ser un propósito del juicio, la verdad se reemplaza por una consideración pragmática de

---

<sup>14</sup> *Ibíd.* pág. 234

cuánto y cómo debe castigarse, no de si alguien merece o no ser castigado, asunto del que se encargaba el juicio.

Va a darse entonces esta construcción de una verdad negociada o consensuada, la verdad no va a ser un logro, ni mucho menos un propósito del proceso. La verdad se va a establecer a partir de la correlación de fuerzas y los términos a los que se llegue en una negociación. La jurisdicción va a renunciar a esa aspiración de hacer justicia, y va a aceptar que en cambio de ésta, la aspiración sea la de la eficiencia, la de los resultados, la de los organismos policiales; así las cosas, la jurisdicción no imparte justicia, simplemente se encarga de condenar, de establecer algún grado de la pena con base en lo que la Fiscalía haya logrado “consensuar” con el imputado, apoyándose de los poderosísimos medios que le brinda este sistema de premios y de negociación.

### III. Ejemplos del sistema premial y la negociación de la pena en Colombia

En nuestro país, el sistema premial irrumpe con anterioridad a la figura de los acuerdos propiamente dicha. Este sistema, al igual que en Estados Unidos, va a encontrarse dirigido a persuadir a integrantes de poderosas organizaciones como los carteles del narcotráfico, con el fin de afectar y desarticular dichas organizaciones. La lucha contra el narcotráfico en el ámbito de lo normativo, de lo jurídico, igualmente estará dirigida a la eficiencia en la desarticulación de estas organizaciones.

El Decreto 2700 de 1991 establece la figura de la terminación anticipada del proceso, la cual permite que el fiscal y el sindicado lleguen a un acuerdo sobre el delito y la misma pena que se le debe imponer, así como un premio de rebaja en el caso de quien se acoja a la terminación anticipada en la etapa de investigación. Posteriormente, la Ley 81 de 1993 establece el premio de la reducción de pena en caso de confesión y una serie de beneficios o premios por la colaboración eficaz en la desarticulación de organizaciones delictivas, captura de sus miembros, la prevención de delitos, la delación de copartícipes, el abandono de una organización delictiva, la entrega de bienes y la identificación de fuentes de financiación de estas organizaciones.

La Ley 600 de 2000 trae una serie de beneficios o premios por la colaboración eficaz en identificar dirigentes, cabecillas, bienes, lugar de permanencia del secuestrado e información para identificar a quienes participaron del delito. Del mismo modo, una rebaja de la pena para quien se acoja a sentencia anticipada. Por su parte, la Ley 906 de 2004 entra a establecer la figura de los preacuerdos y las negociaciones. Aquí se permite la eliminación de agravaciones y el cambio de tipificación con objeto de disminuir la pena; estos acuerdos van a obligar al juez. En esta norma se hace la salvedad de que no obligan cuando quebrantan las

garantías fundamentales, pero como se verá en la crítica, esta afectación de las garantías es algo inmanente a la figura de la negociación.

Por otro lado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia va a hacer un análisis de estas figuras en el salvamento de voto de decisión adoptada el 4 de abril de 2006, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, y en decisión del 4 de mayo del mismo año, con ponencia del magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

En el salvamento de voto de la primera sentencia, realizado por el magistrado Yesid Ramírez Bastidas, se muestra cómo la figura actual de la negociación irrumpe con la forma de la terminación anticipada del proceso y cómo la justicia negociada es más expedita que la del rígido principio de legalidad, cuya excepción en este modelo va a ser el de oportunidad, en razón de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad, estimulando la pronta reparación a la víctima, otorgando una gran oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible.

Figura global de la que se bifurcó: I. El principio de oportunidad propiamente dicho; y II. Los acuerdos tendientes a un “esfuerzo de pacificación” o a “activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito” (artículo 348 CPP), coreando la tendencia globalizada que en Estados Unidos denominan *plea bargaining*, en Alemania *absprache*, en Italia *patteggiamento* y en España *conformidad del procesado*.<sup>15</sup>

Para su eficacia, resulta indispensable que este sistema sea coherente, completo, económico y operativo, razones para que se implemente el derecho premial con el fin que la mayoría de procesos terminen sobre la marcha.<sup>16</sup>

En la segunda sentencia, por su parte, se hace eco a varios aspectos que se abordan en la primera, respecto de la consideración de que nuestro “sistema se encuentra edificado sobre varios principios fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el de celeridad y eficacia de la administración de justicia, postulados que necesariamente llevan a la búsqueda de una actuación que implique el menor desgaste.”<sup>17</sup>

Así las cosas, el sistema premial cae como anillo al dedo para lograr los objetivos de la economía procesal. Uno de sus agregados es argumentarlo como un sistema que permite la efectividad material de la administración de justicia y, por otro lado,

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de abril de 2006*. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Bogotá.

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de mayo de 2006*. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Bogotá.

hacer referencia a los criterios de los que se vale la justicia premial, que no son otros que la efectiva colaboración y la economía procesal de ahorrarse el juicio.

#### IV. Crítica al sistema premial

Existen tres fases de lo que puede llamarse una deconstrucción del proceso o purificación del castigo con respecto a los agregados o condicionamientos con los que contaba la sanción penal. Primero, en el sistema penal liberal clásico, el proceso era un requisito de cual no se podía prescindir para lograr una condena; precisamente contra esta arbitrariedad de los monarcas se había creado el proceso, para evitar que se volvieran a condenar personas a través de medios como las *lettres-de-cachet* y por la mera voluntad de otro.<sup>18</sup>

En un segundo momento, el proceso pasó a usarse como el castigo mismo, con el tipo de medidas que presionan y someten al escarnio público al imputado, con medidas como los largos períodos de tiempo en prisión mientras se daba curso a un interminable proceso.

Según Ferrajoli,

“se trata de una patología que evidencia la posibilidad de hacer uso del proceso para la punición anticipada, la intimidación policial, la estigmatización social, la persecución política o para todos estos objetivos juntos. Es indudable que por encima de las intenciones persecutorias de los instructores, la sanción más temible en la mayor parte de los procesos no es la pena sino la difamación pública del imputado”.<sup>19</sup>

La pena va a ser algo público al igual que en el Medioevo, pero el proceso se desarrollará en privado y con un amplio margen de discrecionalidad y amplios poderes coercitivos en manos de quien acusa; basta recordar cómo en el sistema de la Ley 600 de 2000 no existía ningún tipo de control sobre las medidas que afectan derechos fundamentales, recayendo este control precisamente en el fiscal, fenómeno que violentaba abiertamente el principio de la división de funciones.

Por último, en el esquema de justicia premial y de negociación, ya el castigo o concretamente la pena no va a necesitar del proceso, se impondrá de inmediato y por voluntad del propio imputado quien hace renuncia de su derecho a juicio.

Para el Estado, dicha idea funciona en la medida de ahorrar o recortar y optimizar los dineros que se destinan a la jurisdicción, pero esa racionalidad economicista y esa celeridad que se plantea como beneficio, al implicar el detrimento de la garantía del juicio, también va a implicar el detrimento de la propia justicia. En ese

<sup>18</sup> Foucault, Michel. *La verdad y las Formas Jurídicas*. España: Gedisa, 1998.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. España: Trotta, 1995. pág. 731

sentido, uno puede decir que si de economía se trata, lo más barato para el Estado sería no tener que administrar justicia y liberarse de ese lastre de tener que llevar miles de empleados de la rama judicial y gastar su dinero en resolver los conflictos de las personas. Pero aún así, el Estado no renunciaría a su vindicta, a su deber de perseguir y sancionar a sus enemigos, a los delincuentes, y bajo esa lógica, el acto de aplicar su venganza, de la defensa social, de reafirmar la norma, se hará mucho más ligero de llevar si a las personas no hay que garantizarles juicio, si se puede obviar el proceso y pasar de inmediato a la condena.

El sistema de negociación se va a apoyar en que el acusado que tenga una alta probabilidad de ser condenado se declare culpable y gane una pena reducida y pocas cargas en el juicio. En ese sentido, podría decirse que para este tipo de acusado, el sistema funcionaria ordinariamente, no obstante, para quienes su posible condena es algo incierto, que se definirá en el proceso a través de la actividad probatoria, y siendo esta una gran parte de los casos, el sistema premial arrastra a una condena cierta ante la incertidumbre del juicio, allí el sistema no funciona como un beneficio para el imputado, sino como un detrimento de sus garantías.

La negociación se plantea entonces como una simple opción de la que el imputado puede valerse o no según su libre arbitrio, con independencia de la restringida gama de opciones que tenga. Por el contrario, se encuentra el hecho de que existe un constreñimiento de tipo negativo, en la medida de permitirse que la esencia de la relación de la negociación radique en una amenaza según la cual, si el imputado no negocia, la Fiscalía hará todo lo posible por conseguir la pena más gravosa, al igual que ocurre con la falsa creencia en que el procesado no se declara culpable a menos que tenga la certeza o posibilidad de que ese acto le implicará una sanción menor que aquella que le sería impuesta luego de un juicio, y que en las etapas en las que no se ha dado aún el descubrimiento probatorio, va a desvirtuarse, ya que el imputado se tendrá que allanar sin tener certeza de cuál es el acervo probatorio con el que cuenta la Fiscalía para efectivamente lograr su condena.

De esa forma, el mismo sistema restringe las posibilidades de opción del imputado, en esa etapa es donde va a darse el allanamiento, la negociación y las presiones de la Fiscalía para obtener la confesión.

“existe *plea bargaining*, cuando un fiscal induce a una persona acusada penalmente a confesar su culpabilidad y a renunciar a su derecho a un juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si se declara culpable luego de juicio (...) el tribunal condena al acusado sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución de culpabilidad.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006. pág. 238

Es un sistema poderosamente persuasivo y muy efectivo para llevar delincuentes a la cárcel, la negociación va a tener identidad con la búsqueda de la confesión, y la amenaza bajo esta lógica del arrepentido es parte esencial para lograr la negociación. Sin la amenaza, la figura no completa su ciclo de conseguir la condena a partir de la confesión y de la renuncia voluntaria del derecho al juicio, es decir, probablemente sin la amenaza no va a darse el arrepentimiento, ni el dolor, ni el premio, ni la redención a la sociedad.

La función del acto público de arrepentimiento va a ser reafirmar la gloria del Estado: entre mayor sea el enemigo que se arrepiente, por la lógica del *oxímoron*, más grande va a ser la reafirmación del Estado. Desde el punto de vista pragmático, más victorias traerá, más problemas resolverá y el premio para este nuevo amigo, lógicamente, tendrá que ser más grande. El efecto simbólico de negociar con un capo será mucho más grande que el de negociar con un delincuente de poca monta, en suma, porque los primeros tienen muchísimas más cosas que negociar que los segundos, de tal manera que el capo en calidad de arrepentido podrá negociar en mejores condiciones que el simple ladrón.

El sistema de premios se usó para hacer frente a la criminalidad organizada y poderosa, no obstante por el carácter expansivo del derecho penal, la figura terminó aplicándose a todo tipo de criminalidad. El resultado de esta práctica de la negociación y de los premios, es una suerte de minimalismo que se otorga a la gran criminalidad, a los mejores arrepentidos, a los que se encuentran en mejores condiciones de negociar, a los que son más útiles y pueden redimirse con más facilidad ante el Estado, y por otro lado, una especie de maximalismo, de mayor rigor, de mayor impacto del detrimento de la garantía del juicio, a los pequeños criminales, a los que por su carácter de delincuentes clásicos no se les presta tanta importancia, a los que se van a admitir como arrepentidos, pero en las condiciones del arrepentido penitente, no en las del redimido, sino del eterno penitente ante la sociedad que no comporta mayor utilidad para el Estado.

Por otro lado, se va a encontrar la figura de quien no se arrepiente, de quien va a ejercer su derecho a juicio. En él va a darse el constreñimiento, la amenaza de la Fiscalía con hacer todo lo posible por lograr la máxima condena, pero aún así, ir al juicio contrariando la racionalidad del arrepentido. De esta forma, el constreñimiento que se ejerce deja abierta la puerta para que “en uso de su poder, la Fiscalía termine cobrando al acusado el ejercicio de sus derechos constitucionales, en otra palabras, que el fiscal termine ejerciendo una venganza contra el sindicado cuya postura hace más largos los procedimientos”.<sup>21</sup>

Las prácticas del sistema premial y de la negociación, van a exigir del imputado la modificación de la conducta individual, de sus actitudes, de ahí que se pueda llegar

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* pág. 223.

a un desfavorecimiento a partir del papel que se le otorga a la Fiscalía de buscar la condena a toda costa y no de establecer la verdad de los hechos.

El sistema premial no es más que una falacia, en la medida en que comporta unos beneficios para el arrepentido, pero un doble castigo para quien vaya al proceso, persiste entonces el castigo público del proceso y el castigo de la pena propiamente dicha, así que puede decirse que de esa forma lo que se está castigando es la desobediencia de haber ido al juicio.

El sistema premial, en orden a lograr que el imputado confiese, va en contra del derecho a no declarar contra sí mismo, toda vez que se trata de que en este sistema se está facilitando aún más la condena del inocente. En verdad, la negociación no tiene unas renunciaciones recíprocas en un estricto sentido, el ciudadano renuncia a su libertad y a la garantía del juicio, mientras que el Estado va a contar con un sinnúmero de armas para conseguir la condena y “ningún juicio contradictorio existe entre partes que más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad.”<sup>22</sup>

“El proceso puede quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave.”<sup>23</sup>

La negociación va a acabar con garantías como la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse y el derecho a una verdad material de los hechos. La confesión será obtenida a través de un constreñimiento que, aunque no tan dramático como la tortura, será de la misma naturaleza.

El sistema de premios rompe con el derecho a no declarar contra sí mismo y contra sus parientes en la medida en que se relaciona con otros derechos; lo que va a ocurrir es que a través de la confesión y la delación, se ataca la solidaridad con los pares, objetivo importante para un Estado autoritario, en la medida en que en esta solidaridad se esconden los revolucionarios, los delincuentes, los peligrosos. “La carga probatoria se invirtió y se impuso el método policíaco de presión y complicidad y ensalzamiento del espía y del soplón con la recompensa del colaborador.”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.* pág. 748.

<sup>23</sup> *Ibid.* pág. 748.

<sup>24</sup> Salas, Luis. *El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa.* En: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41.pdf>. Consulta 21 de Enero de 2010.

## Referencias bibliográficas

Agustín, Santo Obispo de Hipona. *Confesiones*. Libro VIII , capítulo IV. España: Tecnos, 2007.

Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de abril de 2006*. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Bogotá.

\_\_\_\_\_ *Sentencia del 4 de mayo de 2006*. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Bogotá.

Eymeric, Nicolau. *Manual de inquisidores: para el uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Estados Unidos: Imprenta de Félix Aviñón, 1821.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. España: Trotta, 1995.

Foucault, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona: Paidós, 1990.

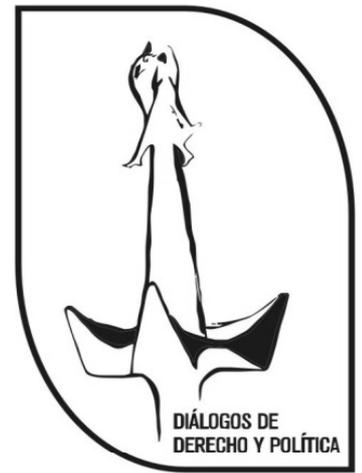
\_\_\_\_\_ *La verdad y las Formas Jurídicas*. España: Gedisa, 1998.

\_\_\_\_\_ *La voluntad del saber, Historia de la sexualidad 1*. México: Siglo XXI, 2000.

Melossi, Darío; Pavarini, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2008.

Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006.

Salas, Luis. *El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa*. En: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41.pdf>. Consulta 21 de Enero de 2010.



# Globalización, justicia global y derechos sociales

Jesús David Polo Rivera

Estudiante del pregrado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Integrante del *Semillero de investigación en Derecho Procesal: justiciabilidad de los derechos sociales*, durante el año 2009.

Correo electrónico: [golpedebrumario@gmail.com](mailto:golpedebrumario@gmail.com)

## Resumen

Este artículo se ocupa de ofrecer una aproximación teórica inicial al problema de la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales, en lo que tiene que ver con sus posibilidades de fundamentación en los contextos nacional y global. En este sentido, he tratado de establecer las características de una concepción de justicia de manera diferente a como lo hace el pensamiento liberal contemporáneo, en donde prima el no reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales.

Tal vez la cuestión más relevante que subyace a la reflexión que hoy propongo consiste en articular el respeto de los derechos sociales fundamentales con la construcción de una concepción transnacional de justicia que incluya en el proceso de justificación del Estado, además de la igualdad formal, la igualdad social de oportunidades y la igualdad de perspectivas de vida, en palabras de Amartya Sen y Ernst Tugendhat, como condiciones necesarias para la realización efectiva de la libertad.

**Palabras clave:** Derechos sociales; neoliberalismo; desigualdad; justicia global; globalización; justicia social; poderes salvajes; exclusión.

## Globalización, justicia global y derechos sociales \*

### Introducción

La puesta en marcha de un modelo global hegemónico, en el que el capital financiero asumió el papel central de la reestructuración mundial, ha devenido en extraordinarias consecuencias. Ahora bien, en este sentido, la globalización no constituye, tal y como se nos pretende hacer creer, un hecho puramente económico. Defender la validez de una economía global, puramente técnica, al margen de conflictos y condicionantes sociales y políticos, constituye una pura y simple fantasía.

Sobre este punto, Boaventura de Sousa Santos afirma:

“La globalización es muy difícil de definir. La mayor parte de las definiciones se centran en economía, esto es, en la nueva economía que ha surgido durante las últimas dos décadas como consecuencia de la globalización de producción de bienes y servicios y de los mercados financieros [...] prefiero una definición de la globalización más sensible a las dimensiones sociales, políticas y culturales. Presupone que aquello que, en general, llamamos globalización, consiste en conjuntos de relaciones sociales [...] Estrictamente hablando, no hay una única entidad llamada globalización; hay más bien, globalizaciones.”<sup>1</sup>

Es por ello que la globalización, entendida en sentido amplio, puede constituir un enorme fracaso si no se controla adecuadamente la actividad de sus principales fuerzas dinamizadoras y si no se estructuran debidamente los mecanismos necesarios para encauzar los efectos y consecuencias por ella generadas.

Unos pocos ejemplos bastan para recordar los elementos negativos y hasta destructivos del orden neoliberal, tan alejados de la genuina herencia liberal clásica. La democracia de masas incluye ahora la manipulación de la conciencia, las normas o las aficiones de amplios segmentos poblacionales mediante los llamados medios de comunicación. Precisamente en los países menos prósperos y avanzados, la prensa se ha dedicado a vulnerar la esfera de la privacidad e intimidad personales y a tratar muy superficialmente el campo de los asuntos políticos, con lo que se aleja notablemente de la función que le era atribuida en el modelo democrático. Por otra parte, en amplias zonas del planeta, el mercado neoliberal desregulado destruye ahora economías de subsistencia y otras formas de vida que hasta hace poco funcionaban relativamente bien.

---

\* Quisiera dirigir un breve agradecimiento a los profesores Luis Bernardo Ruiz y Águeda Torres Marín, por el apoyo y la confianza que me brindaron, y que a su vez hizo posible la realización de este escrito.

<sup>1</sup> De Sousa Santos, Boaventura; García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*. Volumen 1. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2001. pág. 152.

A mi modo de ver, es muy posible que las terribles circunstancias históricas por las que ahora atraviesa América Latina sean el detonante que nos invite a repensar, desde sus fundamentos, la posibilidad de una democracia en nuestros países. Sabemos que la reconstitución de la democracia para nosotros, debe pasar necesariamente por una relectura crítica, no sólo de los modelos que se proponen con el fin de reestructurar el orden global, sino también de las diferentes concepciones sobre las que se justifica moralmente el estado.

De ahí que el punto central en la agenda de una eventual política de justicia global propenda por una protección internacional de los derechos humanos, lo cual implica a su vez, la transformación de la filosofía política de las relaciones internacionales. En este sentido, en el cambio de énfasis del derecho internacional, “la idea fundamental de un Estado soberano autónomo que se rige en virtud de la validez de los principios de la autodeterminación política y el derecho a la no intromisión en los asuntos internos se ha ido transformando en la dirección de la regulación por medio del derecho de las relaciones entre los estados.”<sup>2</sup>

Sin embargo, en tiempos en que la discusión parece centrarse en la denominada guerra contra el terrorismo, el debate sobre otra guerra, también trascendental, en contra de las violaciones a los derechos humanos y la pobreza, ha sido dejado de lado, a pesar de la importancia de acabar con un flagelo que afecta todos los ámbitos de la existencia humana.

En este juego de avances y retrocesos, sobre todo de estos últimos, América Latina se está jugando su destino, por lo que difícilmente resistiremos una nueva frustración. En consecuencia, es importante entender que la consolidación de la democracia es una tarea inaplazable que, aunque cuenta con grandes obstáculos, es particularmente pertinente si consideramos los grandes costos sociales, al menos a corto plazo, que ha tenido en el mundo la implantación de programas de ajuste y apertura económica y neoliberal.

A continuación trataré de presentarles la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, para mostrar los avances y problemas que actualmente enfrentamos en la tarea de alcanzar su cumplimiento y verificar por su garantía. Posteriormente, analizaré las posibilidades teóricas de discusiones acerca de si los derechos sociales y económicos son verdaderos derechos, y si en ese sentido hacen parte de los derechos humanos, como respuesta y posible salida a la crisis que vivimos en América Latina; crisis que a su vez, impide la consolidación de la democracia en nuestras regiones.

---

<sup>2</sup> Cortés, Francisco; Guisti, Miguel (comp.). *Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007. pág. 136.

## I. Los derechos sociales, económicos y culturales: consideraciones preliminares

Si bien los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) se encuentran incorporados en diferentes textos constitucionales, y en Declaraciones y Convenciones Internacionales, aun no existe consenso respecto a su conceptualización. No obstante, frente a este aspecto, es importante mencionar algunas de las referencias<sup>3</sup> más relevantes en el contexto internacional:

- a. La *Carta de las Naciones Unidas* en su preámbulo plantea como finalidad de la Organización “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”, lo cual ha permitido desarrollar una idea de justicia social que garantice los derechos humanos en un sentido amplio. Así mismo, hace referencia a la necesidad de promover un nivel de vida adecuado (artículo 55, literal a), lo que constituye, en modo alguno, la esencia de los DESC.<sup>4</sup>
- b. La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* fue concebida originalmente como una exposición de objetivos que los gobiernos buscarían alcanzar y que, gracias a la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, realizada en 1968, se constituyó en una obligación para los miembros de la comunidad internacional. En este sentido, la Declaración reconoce los DESC como una categoría especial y los enumera. Repite también en su Preámbulo la mención al compromiso por promover el progreso social y elevar el nivel de vida, al cual considera un derecho (artículo 25), que es necesario asegurar a todas las personas.
- c. La *Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptada en la Asamblea General, en 1966, establece que los Estados partes, en su territorio, asegurarán a todas las personas, sin discriminación alguna, todos los derechos que se enuncian en el Pacto y los insta a favorecer el “bienestar general” (artículo 4), a “asegurar un desarrollo económico, social y cultural permanente y un empleo productivo” (artículo 6, párrafo 2), al mismo tiempo que enumera una serie de derechos relativos al trabajo, la salud y la educación, entre otros. Es, sin lugar a dudas, el instrumento jurídico más importante, por el respaldo de ratificaciones que ha recibido alrededor del mundo. Así mismo, ha servido

---

<sup>3</sup> Las cuales pueden revisarse en forma detallada en Franco, Rolando y Artigas, Carmen. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: su situación actual*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. Número 35 (2001). págs. 59- 82.

<sup>4</sup> Aunque es claro que para algunos el problema de este planteamiento es que los derechos sociales son instrumentalizados en función del aseguramiento de las libertades civiles y políticas, por lo que son además considerados, de rango secundario frente a aquéllas.

de base a numerosas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.<sup>5</sup>

- d. La *Carta de la OEA* incluye disposiciones concretas respecto de los DESC. En este sentido, utilizan conceptos como “derecho al bienestar material y al desarrollo espiritual” o a un “nivel económico deseoso”.
- e. La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* tiene especial importancia porque crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.
- f. La *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* establece normas orientadas a proteger al trabajador.
- g. El *Protocolo Adicional* a la Convención Americana de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1988, busca incorporar los DESC a la Convención, donde estaban escasamente tratados.
- h. La *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)* contiene referencias a los DESC y en especial, al modo progresivo que debe adoptar su implantación.

▪ **El problema de la garantía de los DESC en América Latina**

Actualmente existen algunos indicadores que nos permiten supervisar la efectividad de los DESC en la región. No obstante, el asunto que hoy nos preocupa es distinto, ya que tiene que ver con la posibilidad de que un particular pueda exigirle jurídicamente al estado la prestación de unos determinados servicios, con el fin de lograr la concreción de estos derechos. En ese sentido, es importante presentar la distinción entre el reconocimiento de los DESC –que se concreta con la consagración explícita en las constituciones democráticas modernas y en los pactos y convenciones arriba señalados– y la efectividad y garantía de los mismos, que se alcanzará en un “futuro” indeterminado, por cuanto los estados se comprometen a llevar adelante las medidas necesarias, hasta la disponibilidad de recursos de que dispongan, para lograr la efectividad de estos derechos.

---

<sup>5</sup> Ahora bien, por detrás de estas resoluciones estaba una ideología de desarrollo, que sostenía que los ex países colonialistas tenían el “deber moral” de indemnizar, compensar o apoyar a los ex colonizados. Muchos, empero, consideraban que esa base era subjetiva y frágil, y que se debía ir más allá, hacia una verdadera obligación jurídica. Así, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Senegal, durante la Conferencia de los 77 en Argel en octubre de 1967, sostuvo que “el problema del desarrollo y de los diversos compromisos que éste exige de parte de los países industrializados debe salir del dominio de la moral, para no decir de un cierto espíritu de caridad condescendiente. Este debe constituir una obligación jurídica [...]”

Bienes meritorios, que a la vez se constituyen en derechos de índole subjetiva para sus titulares, quedan así librados al juego de las leyes del mercado, lo que pone en riesgo el cumplimiento, el respeto y la efectividad de los DESC en nuestros países. Lo que es evidente, ya que si un grupo poblacional se encuentra en desventaja con respecto a un derecho social en particular (salud y educación, por ejemplo), puede ser fácilmente manipulado por poderes paralelos al estado, que usualmente inciden en las decisiones redistributivas del mismo (poderes salvajes).<sup>6</sup> Esta manipulación puede resultar preocupante frente a los efectos que puede tener una concentración excesiva del poder, por parte de algunos de los agentes públicos y privados que tienen preeminencia no sólo para imponer sus intereses económicos y políticos, sino también para oponerse a las funciones propias del Estado Social de Derecho, ahora deformado y obstaculizado por prácticas que deconstruyen el quehacer político constitucional.

Ahora bien, es necesario tener presente que la relación entre el monto de los recursos disponibles y los logros en materia de desarrollo social, no es lineal. América Latina y el Caribe es una región de ingreso bajo, que además cuenta con un sistema de distribución del mismo que es quizás el peor del mundo, lo que sin duda contribuye a que la realización de los DESC sea inferior de la esperada.

En ese sentido, deben reconocerse las enormes dificultades que implica asegurar la titularidad individual de los beneficiarios del derecho o los derechos de que se trata, sobre todo cuando ella suele referirse a “respetar, promover, proteger; hacer efectivo”. No obstante, frente al problema de la indeterminación del contenido de los derechos sociales<sup>7</sup> y la necesidad de una acción positiva, lo que determina que esa necesidad tenga o no fuerza vinculante es la urgencia que en un estado de cosas demande esa necesidad, y que puede ser calculada previendo lo que le sucedería a la persona, si no satisface su necesidad inmediatamente.<sup>8</sup>

En consecuencia, es importante subrayar que, incluso en épocas de severas restricciones presupuestarias ligadas a procesos de ajuste estructural y recesión internacional, las personas vulnerables pueden y deben ser protegidas mediante la adopción de políticas redistributivas que ayuden satisfacer las necesidades producidas por los DESC.

Por lo demás, debe reconocerse en este punto, que las necesidades humanas protegidas por los DESC son ilimitadas. Así mismo, estas necesidades están históricamente condicionadas por el nivel de desarrollo de cada sociedad. Sin

---

<sup>6</sup> Sobre los poderes salvajes, Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000. 198 p.

<sup>7</sup> Entendidos como derechos subjetivos.

<sup>8</sup> En el sentido de la tesis que plantea Rodolfo Arango cuando se preocupa por resolver el problema de la indeterminación del contenido presente en los DESC. Véase Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis. 2005. págs. 237- 317.

embargo, en los últimos años se han dado importantes cambios tanto en la práctica como en la concepción de las responsabilidades de los gobiernos que, sin duda, afectan el papel respecto de los DESC. Por un lado, hay tendencias que ensanchan las responsabilidades del estado en este sentido, por lo que incluso se ha venido avanzando en la construcción de instancias jurisdiccionales supranacionales que garanticen su exigibilidad. Por otro lado, la internacionalización de la economía supone la idea de un estado mínimo, que por ahora resulta incapaz de responder ante las diferentes demandas ciudadanas.

## II. Globalización y crisis de la democracia en América Latina

Actualmente un considerable número de democracias de nuestra región se encuentra en dificultades, en la medida en que no han logrado resolver las debilidades y falencias institucionales, los conflictos internos, la vulneración de normas democráticas, la desigualdad en la distribución y las desmedidas tensiones de una crisis económica permanente. Es por ello que resulta imperativo preguntarse qué factores explican el deterioro de la región, sobre todo en momentos en los que se adelantan reformas de apertura económica, que han venido transformando el papel del estado y su fundamentación teórica.

La combinación de crecientes demandas y la falta de capacidad de respuesta de los estados a las mismas, genera abrumadoras tensiones sobre las instituciones nacionales, que cada vez resultan más inadecuadas para articular y tramitar los diversos intereses de la sociedad. Ciertamente, no es un indicador de fortaleza de la democracia latinoamericana el hecho de que surjan movimientos sociales<sup>9</sup> que influyen en la dinámica misma del conflicto político, reclamando el “desarrollo de instancias políticas y jurídicas que puedan domesticar la globalización”.<sup>10</sup> No obstante, mientras estos movimientos no se muestren como una fuerza capaz de obligar al sistema a atender sus demandas, no dejarán de ser movimientos sociales accidentales o coyunturales, sin mayores consecuencias, que desaparecerían paulatinamente.

Adicionalmente, la degradación de la democracia ha avanzado más en unos países que en otros. La transformación ocurre gradualmente, por lo general sin acontecimientos notables que causen rupturas o que atraigan la atención. En qué medida y en cuáles países el debilitamiento de la democracia es tan avanzado que es posible hablar de un nuevo tipo de régimen, es motivo de intensa controversia,

---

<sup>9</sup> Ejemplos prominentes son el Movimiento al Socialismo (MAS) y el Movimiento Aymará dirigido por Felipe Quispe en Bolivia; los grupos radicales del entorno de la Confederación Nacional de Indígenas del Ecuador (Conaie); sectores de organizaciones de desocupados denominados “Piqueteros” en Argentina; y partes del Movimiento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) en Brasil.

<sup>10</sup> Sierra Mejía, Rubén; Gómez Müller, Alfredo (comp.). *La filosofía y la crisis colombiana*. Bogotá: Taurus. 2002. pág. 59

pues se trata de una cuestión de considerable significado para las relaciones mundiales.

Por otra parte, es importante diferenciar el tipo de efectos que ha generado la integración de las economías a los mercados mundiales: “por el lado de las demandas ciudadanas aumenta las necesidades de la población como consecuencia de los mayores riesgos a que está expuesta la misma, mientras que por el lado de la oferta, reduce la capacidad de respuesta del Estado.”<sup>11</sup> Por eso no resulta sorprendente que el creciente déficit democrático se esté empezando a traducir en inestabilidad política e institucional, que no sólo pone en riesgo los procesos de apertura económica, sino también las conquistas sociales y democráticas que se han venido gestando en algunos países de nuestra región.

A la vista de cuanto acaba de indicarse no parece exagerado afirmar que, en el momento presente, la supuesta globalización defendida por el neoliberalismo es totalmente incompatible con la idea de universalidad entendida como progreso moral. De ahí la necesidad de integrar el desarrollo de la economía con la generación de ventajas materiales y morales para los ciudadanos. Sé que la reconstrucción de un sistema político e institucional capaz de procesar las demandas de los ciudadanos y controlar la actividad de los protagonistas de la nueva economía global depende en buena medida de la superación real de esta situación de desencanto y frustración.

Es necesario entonces, el desarrollo de propuestas que apunten hacia la construcción de estrategias que puedan remediar el impacto generado por la globalización económica, a la cual no ha sido posible oponer un discurso<sup>12</sup> que permita contrarrestar los poderes, que desde el capital, escapan a las reflexiones morales e imposiciones jurídicas que supone la consolidación de su lógica de dominación.

Finalmente, frente al estado de la democracia latinoamericana, es importante anotar que lo que está en juego son precisamente las posibilidades de salvaguardia de los derechos políticos, ciudadanos y sociales, lo que contrasta con una marcada tendencia al aumento de la tolerancia frente a conductas autoritarias.

En la siguiente sección de este trabajo dejaré de lado las argumentaciones de tipo político y económico que he venido planteando hasta aquí, para concentrarme en dar respuesta a mi pregunta desde las concepciones más relevantes de los derechos sociales. Sin embargo, en este punto es necesario diferenciar el contexto nacional y el contexto global de la justicia, entendiendo que las exigencias de justicia

---

<sup>11</sup> Niño, Jaime Andrés. *La internacionalización de la economía y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Análisis Político*. Bogotá. N° 51 (Mayo-Agosto. 2004). pág. 64.

<sup>12</sup> Como el de la globalización de la democracia, el derecho, los derechos humanos y los derechos sociales.

distributiva afectan tanto la realización de las demandas de justicia social a nivel interno como externo (en las relaciones entre los estados):

Así, para poder considerar como injusto el conjunto de las más importantes instituciones de los órdenes económicos y políticos dominantes en nuestros países – contexto local o nacional–, es necesario identificar de qué manera las desigualdades radicales y la pobreza manifiestan una injusticia, de la cual son responsables las elites dominantes en América Latina. De la misma forma, en el contexto de las relaciones internacionales, es necesario identificar cómo las situaciones de pobreza extrema en los países más pobres expresan una injusticia, de la cual son responsables los países más ricos y los actores más influyentes de un sistema económico mundial.<sup>13</sup>

#### ▪ Neoliberalismo y derechos sociales

Para esta concepción, lo importante en la configuración de un nuevo orden mundial no es tanto el estado cuanto la democracia. En ese sentido, no es cierto que para que haya una democracia, desde esta perspectiva, deba existir necesariamente un Estado.<sup>14</sup> Es necesario entonces, confiar en la capacidad autorregulatoria del emergente sistema global y reducir, en consecuencia, la presencia y la acción de los estados hasta la definitiva desaparición de los mismos (lo que supone un triunfo definitivo del neoliberalismo), por cuanto “la justificación neoliberal de la globalización capitalista afirma la necesidad de que la lógica y la dinámica de las instituciones de mercado penetren y determinen todos los ámbitos de la vida moderna.”<sup>15</sup>

A este respecto, es importante recordar algunas de las innovaciones impuestas por el consenso económico neoliberal:<sup>16</sup> 1. Nuevas restricciones legales a la regulación estatal; 2. Nuevos derechos internacionales de propiedad para inversionistas extranjeros; 3. Subordinación de las naciones-estado a las agencias multilaterales.<sup>17</sup> Sin duda, estas transformaciones institucionales han hecho irrealizable la posibilidad de sostener políticas de impuestos con fines de justicia distributiva. De igual forma, suponen una prohibición respecto de todas las medidas encaminadas a responsabilizar a las empresas multinacionales en un sentido ampliado de los derechos humanos. Y finalmente, también impiden mantener las instituciones propias de un Estado social en las áreas de salud, educación, seguridad social, desempleo, protección de los niños, promoción de regiones deprimidas y apoyo a minorías culturales.

<sup>13</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007. pág. 23.

<sup>14</sup> Ello supone una transformación total de la relación contractual entre el Estado y los ciudadanos.

<sup>15</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. *Op. cit.* pág. 130.

<sup>16</sup> Conocido también como Consenso de Washington.

<sup>17</sup> Tales como el Banco Mundial, el FMI y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Este modelo rechaza entonces la concepción de justicia distributiva, proponiendo como modelo alternativo al estado mínimo.<sup>18</sup> Por lo visto hasta aquí, este es un tipo de estado que permitiría que los individuos obtengan del mercado las mejores posibilidades para desarrollar sus talentos y para que puedan conducir una vida llevada por ellos mismos, en un intento por encontrar una compensación adecuada de sus capacidades y rendimientos. Su preocupación principal tiene que ver con establecer condiciones para el aseguramiento de los derechos individuales naturales y para el pleno funcionamiento del mercado.

Consecuencia de lo anterior, el neoliberalismo niega la existencia de los derechos sociales como derechos humanos. Al establecerse en los estados nacionales de los países latinoamericanos que las reglas de inclusión son aquellas que impone la lógica sistemática del mercado, y al negar a quienes queden fuera las posibilidades de participación en la totalidad o en parte de la vida civil, se profundiza aun más la “creación de un nuevo orden excluyente”, sobre la base de la mera protección de la esfera de los intereses privados. En suma, “cualquier tipo de intromisión del estado en el ámbito individual, justificada por motivos de eficiencia, de equidad o de justicia social, es interpretada como un robo.”<sup>19</sup>

Finalmente, esta concepción de justicia desconoce algunas de estas cuestiones: “¿es realmente el mercado un mecanismo libre y sensible de elección colectiva?, ¿No desconoce el libertarismo<sup>20</sup> con esto que las relaciones de mercado son en sí mismas relaciones de poder que pueden limitar las perspectivas de vida y restringir las posibilidades de participación política? ¿Y que el mercado genera fundamentales deficiencias de justicia que sólo pueden evitarse si el Estado puede limitar el mercado?”<sup>21</sup>

#### ▪ Justicia social y derechos sociales

Para exponer los elementos de este modelo, me voy a basar en los argumentos del autor de “*Teoría de la justicia*”,<sup>22</sup> el cual considera que, en una teoría liberal, el estado no puede comprometerse con una política que restrinja las libertades

<sup>18</sup> En contraste con esta concepción, afirma Ferrajoli: “Sin embargo, está ausente en el horizonte teórico liberal y notablemente en el terreno de las garantías, aunque presente en las promesas formuladas en las cartas constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, la elaboración de un *Estado Social de derecho* como sistema de vínculos y deberes positivos de hacer, correlativos a los derechos sociales y por tanto como Estado máximo, garantizado además por obligaciones de prestación para el sostenimiento de las necesidades vitales de las personas”. Véase Ferrajoli, Luigi. *Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/160/8.pdf>.

<sup>19</sup> Sierra Mejía, Rubén; Gómez Müller, Alfredo (comp.). *Op. cit.* pág. 65.

<sup>20</sup> Que es también una forma de presentar al neoliberalismo en sentido amplio.

<sup>21</sup> Cortés Rodas, Francisco. *¿Y por qué no más justicia igualitaria?* En: *Revista Ideas y Valores*. Bogotá. N° 126 (2004). pág. 46.

<sup>22</sup> Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997. pág. 549.

básicas de sus miembros. Rawls considera imprescindible introducir derechos sociales básicos para asegurar las condiciones elementales bajo las cuales los individuos puedan interactuar en tanto seres libres. Sin embargo, sigue afirmando la prioridad de la libertad, que le corresponde a todo hombre en tanto sujeto de derechos fundamentales.

A la luz de esta propuesta, la tarea de una concepción política de la justicia es “asegurar que las fronteras trazadas para proteger el ámbito de los derechos individuales de la libertad no sean transgredidas.”<sup>23</sup> En ese sentido, lo que se intenta desde este proyecto de justicia, es instrumentalizar los derechos sociales en función del aseguramiento de los derechos individuales de la libertad y de las libertades políticas. A Rawls no le interesa entonces, defender una concepción de estado en la que las exigencias de una distribución justa de los recursos impliquen la restricción de las libertades básicas.

Ahora bien, cuando aceptamos el singular camino sugerido por Rawls para reflexionar sobre la justicia,<sup>24</sup> tenemos que determinar de modo muy preciso cómo vamos a construir esa “posición original” desde la que se van a definir los principios de justicia.<sup>25</sup> No obstante, es preferible que nos concentremos por ahora en la presentación parcial de tales principios. De ese modo sería posible entender, lo que para Rawls significa una *sociedad justa*.

Dicho todo esto, los principios en cuestión serían los siguientes:

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.
2. Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

El primero de los principios enunciados parece un derivado natural del presupuesto según el cual los agentes que participan en la “posición original” van a estar interesados en que, cualquiera que sea la concepción de bien que terminen adoptando, las instituciones básicas de la sociedad no les perjudiquen o discriminen. Es claro entonces hasta aquí, que en este principio se incluyen todas

---

<sup>23</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. *Op. cit.* pág. 68.

<sup>24</sup> Lo que incluye además recurrir a un peculiar contrato hipotético.

<sup>25</sup> Rawls imagina una discusión llevada a cabo por individuos racionales y autointeresados, que se proponen elegir por unanimidad, y después de deliberar entre ellos los principios sociales que habrán de organizar la sociedad. Ahora bien, estos principios que van a elegir deben cumplir con ciertas condiciones formales básicas: ser generales, universales, completos y finales. Los sujetos de la “posición original” se comprometen a respetar los principios, una vez elegidos, y salidos ellos de la posición original.

las libertades propias de la tradición clásica liberal, así como todas aquellas ligadas al ejercicio de la democracia.

El segundo principio o “principio de la diferencia” es el que gobierna la distribución de los recursos de la sociedad. Si el primero se mostraba vinculado con la idea de la libertad, éste se muestra asociado con la idea de la igualdad<sup>26</sup>. En suma, a partir de este principio se pretende minimizar las desigualdades que se generan en relación con las libertades básicas y con la distribución equitativa en cuanto a talento, riqueza y poder. No obstante, estas distribuciones sólo podrían aceptarse en la medida en que beneficien a los menos favorecidos, permitiendo además, que las desigualdades alcancen a todos los participantes en el contrato social.

Cabe agregar que los dos principios de justicia enunciados se encuentran ordenados, de acuerdo con Rawls, en un orden de “prioridad lexicográfica”. Conforme a esta regla de prioridad, la libertad no puede ser limitada a favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, sino en caso de que se encuentre en conflicto con otras libertades básicas.

Conviene recordar que estos principios sólo vienen a aplicarse a sociedades bien ordenadas,<sup>27</sup> en donde reinan las circunstancias de justicia. Sobre este punto, parecería entonces que nuestro autor considera sólo un estadio del desarrollo de las sociedades democráticas, cual será aquel en donde reina la libre y pacífica discusión; donde no existe ni una extrema escasez, ni una extrema abundancia de bienes; donde las personas son más o menos iguales entre sí y, donde también, son vulnerables frente a las agresiones de los demás.

En consecuencia, parece bastante claro que en sociedades no desarrolladas como las de nuestros países, el concepto de justicia imparcial de Rawls carece de los fundamentos de una ética sensata, ya que está demostrado que “la formulación de una reflexión sobre la justicia no puede ser el resultado de la aceptación de los presupuestos teóricos de las concepciones de justicia planteadas por los filósofos de los países más desarrollados.”<sup>28</sup> En ese mismo sentido, esta concepción desconoce el hecho de que “en nuestra realidad social no son comunes comportamientos consensuados que tengan por norma principios incluyentes para todos los sujetos; se hace patente su ausencia. Lo que más nos impacta, al contemplar la realidad a la mano, es la marginalidad y la injusticia.”<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Ahora bien, la igualdad que le interesa a Rawls tiene que ver con nuestro igual status moral, que nos fuerza, en todo caso, a desarrollar una preocupación por la imparcialidad, es decir por el hecho de que se consideren imparcialmente las preferencias e intereses de cada uno.

<sup>27</sup> Es decir aquellas orientadas a promover el bien de sus miembros.

<sup>28</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. Op. cit. pág. 14.

<sup>29</sup> Villoro, Luis. *Sobre el principio de la injusticia: la exclusión*. Octavas Conferencias Aranguren, 1999. En: Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política. Madrid. N° 22 (Septiembre. 2000). pág. 104.

Finalmente, resulta interesante la discusión que surge en torno a la obra de Rawls, por las aportaciones de la propuesta cosmopolita de Thomas Pogge, quien alimenta la reflexión teórica con problemas reales del entorno social. De esta forma, logra mostrarnos las consecuencias de una radicalización de las premisas rawlsianas en ámbitos concretos como el acceso a la educación, la atención médica, entre otros. En concreto, “su contribución apunta que el orden institucional global es lo bastante significativo como para condicionar la vida de las personas y lo suficientemente extenso como para hablar de un único sistema global.”<sup>30</sup> En cualquier caso, la solución sería institucionalizar unas reglas de juego justas que justifiquen la aplicación de los criterios de justicia distributiva a nivel global, por cuanto la pertinencia de la consideración de la pobreza global en términos de estricta justicia, supera la mera explicitación de un deber de ayuda humanitaria de cara a “situaciones desfavorables” de los países pobres.

- **La política de la igualdad y los derechos sociales**

La negativa de los neoliberales y de liberales como Rawls a admitir los derechos sociales como derechos fundamentales sólo es el producto mejorado de una vieja incoherencia de la tradición liberal: “todos los individuos son libres e iguales, pero no todos son iguales en cuanto al derecho de acceso al raciocinio político y al derecho a disfrutar de las condiciones básicas de bienestar y de acceso a los recursos y oportunidades.”<sup>31</sup> No obstante, las propuestas teóricas de autores como Tugendhat, Honneth, Sen y Gosepath han permitido la fundamentación de una teoría universal de los derechos humanos, que se preocupa por desarrollar un concepto más amplio de la justicia distributiva, que incluya los derechos humanos económicos y sociales. Un estado entonces es moralmente justo, si asegura, desde esta perspectiva, los derechos humanos en sentido amplio, es decir, si garantiza no sólo los derechos de protección o negativos y los derechos políticos de participación, sino los derechos sociales de sus ciudadanos (estos dos últimos son considerados derechos necesarios para la realización de su autonomía, es decir, derechos positivos).

Para realizar este propósito, los autores de este modelo parten de la moral del respeto igualitario. El objeto de un respeto igual y recíproco es justamente la autonomía de cada una de las personas, desde un punto de vista imparcial. Ahora bien, frente a una concepción liberal de la justicia en la que los derechos a las libertades básicas tienen prioridad absoluta frente a la distribución igual, esta propuesta lo que pretende es apoyarse en la idea de que todo hombre tiene derecho a ser respetado de la misma forma que cualquier otro hombre, lo cual constituye la protección de su integridad frente a las distintas formas de negación

---

<sup>30</sup> Pogge, Thomas. *Haciendo justicia a la humanidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 2009. p. 5

<sup>31</sup> Sierra Mejía, Rubén; Gómez Müller, Alfredo (comp.). *Op. cit.* pág. 75.

de su reconocimiento y autonomía como persona ética, moral, jurídica y política.<sup>32</sup> “La relación entre autonomía y reconocimiento permite mostrar la conexión sistemática entre los niveles formal y material, supuestos en los derechos humanos fundamentales: el aseguramiento de un mínimo básico es necesario para la realización de la autonomía y la libertad.”<sup>33</sup>

En consecuencia, la libertad no es entonces el más alto valor, porque ella es necesariamente limitada en nombre de la igualdad y de la justicia, ya que el espacio de la libertad no es pensable sin igualdad distributiva;<sup>34</sup> es más, los derechos a la libertad, no son sino un caso de distribución igualitaria, que si es el valor principal.<sup>35</sup>

Así pues, el fin fundamental del Estado liberal debe estar orientado a la creación de condiciones para que las personas sean capaces de realizar sus metas básicas, bajo cuyos presupuestos sea posible percibir las opciones para la conducción y realización de una vida humana digna. De modo que es posible, desde esta perspectiva, que las necesidades imprescindibles para cada persona en cada contexto social, puedan y deban ser satisfechas, ya que de no serlo, implican violaciones al derecho a la igualdad.

Las capacidades básicas humanas no son atributos innatos. Ellas deben ser desarrolladas por medio de la asistencia, la disposición de recursos y la educación. En este sentido, la tarea del Estado debe consistir en promover una adecuada realización de las capacidades. A diferencia del liberalismo [...] el enfoque de Sen considera que los ciudadanos son libres cuando a ellos les son puestas a disposición las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad.<sup>36</sup>

De este modo, el modelo de la política de la igualdad es completamente distinto al de los otros planteamientos expuestos hasta aquí, puesto que no basta la mera libertad de decidir uno mismo sobre aquello que a cada uno le pertenece, dentro de los límites de la igualdad formal, sino que también es necesario que además se tenga el poder de hacerlo, por el hecho de tener acceso a un conjunto de condiciones materiales e institucionales que hacen posible a todos los hombres la posibilidad de vivir dignamente su vida.

---

<sup>32</sup> En este punto es posible insertar la tesis de Honneth cuando se preocupa por analizar los cuatro contextos normativos que definen las condiciones en las que un sujeto puede asegurar su autonomía como persona, y lograr, por tanto, conformar su identidad.

<sup>33</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. *Op. cit.* pág. 47.

<sup>34</sup> Pogge nos recuerda que no partimos de cero, ni de un estado de naturaleza ideal: partimos de un statu quo institucional análogo a una *guerra perpetua* no declarada que produce 18 millones de muertes al año por causas debidas a la pobreza.

<sup>35</sup> Gosepath, Stefan. *Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales*. En: Alonso Espinal, Manuel Alberto; Giraldo Ramírez, Jorge (eds.). *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín, 2001. pág. 25

<sup>36</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. *Op. cit.* pág. 83.

### III. Sobre la crisis de los derechos sociales en América Latina: posibles respuestas

América Latina vive una tendencia altamente notoria al debilitamiento de sus instituciones democráticas, lo que se traduce en el fortalecimiento de ciertos rasgos autoritarios del sistema político. El apoyo ciudadano a la democracia ha disminuido ostensiblemente, como consecuencia de la creciente frustración con el estado nacional. Los ciudadanos no sólo expresan que a los gobiernos de la región les va mal en los aspectos que les son importantes y bien en los que expresan desinterés, sino que consideran que el estado es débil e incapaz de resolver sus necesidades.

Ciertamente, una de las contribuciones más importantes de Michel Foucault a la reflexión sobre el derecho, es que éste, históricamente, ha sido usado en forma estratégica por el poder político<sup>37</sup>; en el caso de los derechos sociales, podemos decir que son susceptibles de usarse como una manera de gobernar, y no, exclusivamente, como unos contenidos normativos, de cuyo respeto deriva la legitimidad misma del sistema jurídico. En efecto, cuando los derechos sociales son vistos como una política asistencial, quienes se arrogan el poder político ejercen un dominio sobre ciertos sustratos de la población, obteniendo beneficios de ese ejercicio del poder. Puede decirse que la política pública del estado es un dispositivo más de la biopolítica, es decir, del gobierno de la vida de las poblaciones.<sup>38</sup> Gobierno, que en términos de Foucault, puede ser positivo, en tanto busque el mejoramiento de las condiciones de vida; pero también puede ser negativo, como sucede cuando está orientado a crear el excedente social; o dicho en otros términos, cuando crea masas de población donde el estado no puede ejercer su soberanía; de donde resulta que el estado no puede imponerse frente al poder económico.<sup>39</sup> Se puede hablar incluso de “territorios desterritorializados”<sup>40</sup> en los que impera alguna forma de marginalización social, en tanto se impide, por virtud de cierto “dejar hacer”, “dejar pasar”, que las personas obtengan las condiciones materiales mínimas para construir para ellos y para los suyos una vida humana digna.

De otro lado, como se describió en la primera parte, la internacionalización de la economía ha aumentado las demandas ciudadanas en forma considerable. “El efecto negativo que las crisis y el patrón de especialización han tenido sobre la distribución del ingreso y la pobreza ha afectado las percepciones de los

<sup>37</sup> Foucault, Michel. *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2000. Pág. 29.

<sup>38</sup> Este análisis se puede encontrar en la Ponencia “*El derecho fundamental al acceso a la justicia como garantía del derecho a la salud*”, realizada por los estudiantes del Semillero de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (2009).

<sup>39</sup> Foucault, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2006. pág. 61.

<sup>40</sup> Cortés Rodas, Francisco. *Justicia y exclusión*. *Op. cit.* pág. 42.

ciudadanos sobre la oportunidad social y progreso para las generaciones presentes.”<sup>41</sup>

El balance no es nada alentador. Las economías latinoamericanas siguen siendo dependientes, propensas a crisis, no encuentran cómo incorporarse al mundo desarrollado y no están capacitadas para generar las condiciones que favorezcan la reducción de la pobreza y las extremas disparidades existentes entre las poblaciones. Al mismo tiempo, la inestabilidad política y los conflictos sociales son cada vez mayores.

En cualquier caso, la situación latinoamericana ha mostrado que la respuesta a todos estos problemas no es tan elemental como plantearon muchos académicos optimistas en las décadas del ochenta y del noventa, por varias razones. La primera de ellas es absolutamente evidente: el mercado no es el representante ni de la justicia social ni de la equidad.<sup>42</sup>

Por otra parte, nuestros estados están perdiendo poder e influencia tanto en el contexto nacional, como global. En lo que tiene que ver con este último, es claro que nuestros países están confiriendo parcelas de control a ciertos actores y actividades surgidos con el proceso globalizador, en aspectos fundamentales para la vida social. En el ámbito interno, con la aparición de nuevos problemas sociales, nuestras ya debilitadas democracias enfrentan una nueva crisis de derechos humanos,<sup>43</sup> por cuanto se muestran incapaces de actuar como correctivos del régimen político, lo que a su vez se traduce, en la imposibilidad de promover dinámicas que garanticen no sólo el respeto de los derechos fundamentales, sino también el aseguramiento de las condiciones económicas y sociales que los hagan posibles.

Es indudable que la concentración del poder económico y político produce profundos desniveles de desigualdad y pobreza. Por ello la opción, a mi modo de ver, no puede depender de un abandono de la democracia, aunque ella misma sea una paradoja: “es el nombre de lo que las sociedades modernas no pueden tener, pero es algo a lo que los humanos no podemos renunciar”<sup>44</sup> (por ahora). Sin embargo, es importante que repensemos, desde sus fundamentos mismos, la posibilidad de una democracia en nuestras regiones, ya que nuestra propia realidad social es testigo de innumerables experiencias de injusticia que afectan no sólo la libertad de sus residentes, sino también sus posibilidades de acceso a los bienes y

---

<sup>41</sup> Niño, Jaime Andrés. *Op. cit.* pág. 78.

<sup>42</sup> El caso de la deuda externa es un buen ejemplo.

<sup>43</sup> Incluso los Organismos No Gubernamentales (ONG's) y los movimientos sociales están superando a los partidos políticos en lo que tiene que ver con la vigilancia de los Derechos Humanos y movimientos de necesidades.

<sup>44</sup> Este es un fragmento de un discurso leído con ocasión de la presentación del libro “De la política de la igualdad a la política de la libertad. Un ensayo sobre los límites del liberalismo” en el Campus de la Universidad de Antioquia el día 3 de Noviembre de 1999.

recursos materiales mínimos para poder actuar como seres humanos autónomos. Frente a la posibilidad de “reconstitución” de la democracia en América Latina, sabemos que es importante la formulación de propuestas teóricas responsables que piensen en la solución a los más grandes problemas de nuestras sociedades.

Por mucho tiempo, en nuestro campo y en nuestro medio, se nos ha hecho creer que el estudio político y filosófico se remite exclusivamente al academicismo; ese ha sido su refugio y su hábitat que le ha permitido evadir el desafío que nos lanza a la realidad. “Pero lo propio, lo esencial, lo importante del refugio es lo transitorio: no se puede vivir indefinidamente por fuera de la realidad, no se puede pensar de espaldas al mundo real. Pensar es salir a campo abierto y asumir el desafío del por qué y para qué.”<sup>45</sup> Y aunque las mentalidades han cambiado, considero que a través de los tiempos ha continuado vigente en el imaginario colombiano la asimilación de filósofos, activistas de derechos humanos, sindicalistas, maestros, etc., con el subversor del orden social y la *ciencia* del gobierno. De allí que no se les haya vuelto, especialmente a los filósofos, a llamar a regir los destinos públicos. Con asesores de sobra, hoy nuestros gobernantes ni siquiera atienden el consejo Kantiano de escuchar las ideas políticas de los filósofos.

La relación entre filosofía y política se sigue mirando de manera abstracta, capaz de crear mundos imaginarios, pero incapaz de orientar la realidad política efectiva que todos “deseamos” cambiar. Se nos educa para ser fieles a unas ideas, ser tolerantes con formas o cosmovisiones distintas, pero no para ser transformadores de una realidad que estamos obligados por derecho propio a denunciar.

Albert Camus enuncia con absoluta claridad el propósito supremo de la política: “Para todos nosotros, se trata de conciliar justicia y libertad. El objetivo que debemos perseguir es que la vida sea libre para cada uno y justa para todos”. Platón, de igual manera, definía la política como “el arte de la convivencia, una condición natural del ser humano”, es decir la vida organizada alrededor de la justicia y el respeto, como una forma de distinguir a los humanos de los demás seres. Pero lograr este equilibrio, del cual nos hablan Platón y Camus, no resulta sencillo, porque la libertad absoluta implica la libertad de los ambiciosos y por tanto la injusticia de la mayoría. De ahí la necesidad de retornar a otro tipo de política, una que este comprometida de forma “eficaz” con el discurso de los derechos humanos entendidos en sentido amplio; que además se preocupe por reavivar un dialogo abierto y sincero con la filosofía, en orden a encontrar propuestas que, en modo alguno, superen la situación de desilusión y desengaño que hoy se genera con el tipo de globalizaciones defendidas por el neoliberalismo.

Así, frente a esta dominación hegemónica del capital y el mercado es importante que le oponamos otro tipo de discursos, lo suficientemente fuertes, como para que puedan ser trasvasados como signos legitimadores del sistema político. De este

---

<sup>45</sup> Sierra Mejía, Rubén; Gómez Müller, Alfredo (comp.). *Op. cit.* pág. 10.

modo, se podría introducir por ejemplo, la elaboración progresiva de un nuevo orden mundial, o en palabras de Ferrajoli, un constitucionalismo mundial. Un constitucionalismo regulador de un ordenamiento jurídico complejo en el que sea posible la convivencia de los ordenes jurídicos diversos no sustentada, necesariamente, en relaciones jerárquicas de supra o subordinación, sino en criterios de compartición, coordinación y subsidiariedad.<sup>46</sup>

Este es sin duda, el gran reto de las concepciones de justicia en el siglo XXI. Un reto que es urgente asumir dada la cada vez más compleja y difusa relación existente entre el derecho de los estados y el orden internacional. Un reto que además se inquieta frente a la posibilidad de generalizar un concepto como la justicia, que es liberal, a una sociedad mundial que no es liberal y que se rige por principios de autonomía de los Estados.

En ese sentido, es importante plantear el problema de la justicia global en el sentido de una justicia transnacional. Ahora bien, para que eso sea posible tenemos que reconocer que los agentes fundamentales en los procesos de construcción de justicia son los estados nacionales, aunque estos si están involucrados en un proceso global. Por lo tanto, esta crisis que vienen sufriendo nuestros estados, y que se manifiesta por ejemplo, en una crisis de la soberanía, debe ser corregida y transformada a través de la creación de instituciones que vayan desde lo local hasta lo global, o sea instituciones transnacionales de justicia que permitan, a partir de diagnósticos locales, en los que se muestran las injusticias reales al interior de los países y regiones, establecer responsabilidades a los agentes que han coadyuvado a producir tales injusticias, de modo que sea posible subsanar esa situación de desigualdad y pobreza. No obstante, aceptar la argumentación que subyace a esta propuesta también supone darle preeminencia a las demandas de justicia en el contexto transnacional sobre las demandas propias del contexto supranacional, puesto que con ello estaríamos exonerando a la comunidad internacional de toda implicación directa en las regulaciones actuales del orden económico global. El reto consiste en articular una propuesta de justicia global que este en capacidad de reestructurar, recomponer y regular un nuevo orden económico mundial en función de conseguir mejores ventajas para los países más pobres y atrasados. De modo que a partir de éste análisis de las situaciones de injusticia e iniquidad, lo que se pretende es formular de qué manera debe operar la justicia para tratar de corregir estas desigualdades.

En consecuencia, ya no se pretende la realización de un Estado mundial, en el que todos los ciudadanos tendrían la obligación de participar en el proceso redistributivo, sino más bien de establecer, a través del análisis social y político en cada uno de los países, en cada una de las regiones, quienes son los agentes que han producido las situaciones de pobreza para, establecidos esos agentes,

---

<sup>46</sup> Jáuregui, Guruntz. *Estado, soberanía y Constitución*. En: Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Porrúa. México, 2000. pág. 412.

determinar la responsabilidad de estos y por lo tanto, desde la perspectiva de la justicia, tratar de corregir estas desigualdades.

“Distribuir de manera justa los bienes básicos, o asegurar los derechos humanos básicos, sin cuestionar ni buscar modificar el sistema de relaciones de poder en el orden capitalista actual, puede conducir a un cierto mejoramiento de la condición de bienestar de ciertos individuos, pero no a una superación de las relaciones estructurales de poder y dominación de determinan y reproducen las situaciones de pobreza y dependencia en el mundo.”<sup>47</sup>

Sin embargo, tampoco basta con esto. Es preciso que ese orden mundial sea democrático. Al igual que ocurre con las instituciones de cada Estado, también los organismos sobre las cuales se estructura el orden internacional deben ser objeto de control democrático por parte de los ciudadanos.<sup>48</sup> Desde este punto de vista, el desafío no consiste en detener el despliegue de la internacionalización- algo que es impensable o al menos muy difícil de esperar- sino en democratizar, a pesar de sus dificultades, las estructuras básicas de justicia transnacional.

En el momento actual tampoco tiene sentido el mantenimiento de los derechos sociales como instrumentos que funcionan en favor de las libertades civiles y políticas. En este sentido, la utilización de la acción de tutela debe hacerse extensiva para la protección de este tipo de derechos. No obstante, en poblaciones marginadas de nuestra realidad social, la defensa de sus derechos humanos fundamentales, a través de este mecanismo constitucional, resulta ser un proceso sumamente complicado, que ha generado también, innumerables traumatismos. Esto pone de presente las limitaciones que tiene el discurso de los derechos sociales en sociedades como la nuestra, en las que es imposible conseguir su protección efectiva, sobre todo frente a aquellas personas que conviven en “tierras de nadie” donde ya no dominan los imperativos normativos de los Estados nacionales y donde se es víctima de alguna forma de exclusión.

No hay Estado de Derecho sin alguna base fáctica derivada de coherentes propuestas democráticas. Y diría que apenas podría haberlo hoy sin derechos sociales [...] que constituyen necesarias exigencias de una democracia real y de calidad y, asimismo, de una democracia cosmopolita, universal [...] La razón de ser del Estado de derecho es, en efecto, la protección y efectiva realización de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sin la universalización de la democracia no hay futuro para la democracia. La actual pretendida “globalización” si quiere de verdad ser real y no sólo además “global”, tendrá que proponerse sobre todo la universalización de la democracia, de los derechos humanos y del Estado de Derecho.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Cortés Rodas, Francisco. *La crisis en el capitalismo contemporáneo. Apuntes para una crítica a Habermas*. En: Ideas y Valores Número 141. Universidad Nacional de Colombia.

<sup>48</sup> Jáuregui, Guruntz. *Soberanía, autodeterminación y unificación europea*. En: Jueces para la democracia. Información y Debate. Número 29 (Julio de 1997). pág. 15.

<sup>49</sup> Díaz, Elías. *La universalización de la democracia: Los hechos y los derechos*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. Número 36 (2002). pág. 47.

Finalmente, este diagnóstico global sobre la crisis de la democracia en nuestra región y sus posibles y muy limitadas salidas, es sólo un elemento de análisis que plantea la necesidad de una formulación más amplia de las concepciones liberales de justicia. No pretende ser entonces, una teoría explicativa o un manual que permita comprender los grandes temas de los derechos humanos, más allá de la clasificación en tres categorías conocidas. Por estas razones, sólo espero, a través de estas formulaciones, aportar en la construcción de alternativas que hagan posible la superación de la crisis que hoy genera el neoliberalismo, así como los múltiples problemas sociales que aparecen en medio de la imposición de su modelo globalizador.

## Referencias bibliográficas

Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis. 2005. págs. 237- 317.

Cortés Rodas, Francisco. *¿Y por qué no más justicia igualitaria?* En: Revista Ideas y Valores. Bogotá. N° 126 (2004). pág. 46.

\_\_\_\_\_ *Justicia y exclusión*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007. pág. 23.

\_\_\_\_\_ *La crisis en el capitalismo contemporáneo. Apuntes para una crítica a Habermas*. En: Ideas y Valores Número 141. Universidad Nacional de Colombia.

\_\_\_\_\_ Miguel (comp.). *Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2007. pág. 136.

De Sousa Santos, Boaventura; García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Análisis sociojurídico*. Volumen 1. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2001. pág. 152.

Díaz, Elías. *La universalización de la democracia: Los hechos y los derechos*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. Número 36 (2002). pág. 47.

Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000. 198 p.

\_\_\_\_\_ *Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado*. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/160/8.pdf>.

Foucault, Michel. *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2000. Pág. 29.

\_\_\_\_\_ *Seguridad, Territorio, Población*. Curso en el Collège de France (1977-1978). Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2006. pág. 61.

Franco, Rolando y Artigas, Carmen. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: su situación actual*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. Número 35 (2001). págs. 59- 82.

Gosepath, Stefan. *Consideraciones sobre las fundamentaciones de los derechos humanos sociales*. En: Alonso Espinal, Manuel Alberto; Giraldo Ramírez, Jorge (eds.).

*Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*. Ediciones Escuela Nacional Sindical. Medellín, 2001. pág. 25

Jáuregui, Guruntz. *Soberanía, autodeterminación y unificación europea*. En: *Jueces para la democracia*. Información y Debate. Número 29 (Julio de 1997). pág. 15.

\_\_\_\_\_ *Estado, soberanía y Constitución*. En: Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Porrúa. México, 2000. pág. 412.

Niño, Jaime Andrés. *La internacionalización de la economía y la crisis de la democracia en América Latina*. En: *Análisis Político*. Bogotá. N° 51 (Mayo- Agosto. 2004). pág. 64.

Pogge, Thomas. *Haciendo justicia a la humanidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 2009. p. 5

Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997. pág. 549.

Sierra Mejía, Rubén; Gómez Müller, Alfredo (comp.). *La filosofía y la crisis colombiana*. Bogotá: Taurus. 2002. pág. 59

Villoro, Luis. *Sobre el principio de la injusticia: la exclusión*. Octavas Conferencias Aranguren, 1999. En: *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*. Madrid. N° 22 (Septiembre. 2000). pág. 104.

### **Cibergrafía**

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/160/8.pdf>.

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/iep/26/3%20Cortes.pdf>