

Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus*

León David Quintero Restrepo

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo.
Docente de Cátedra, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de
Antioquia. Correo electrónico: celtax99@yahoo.com.ar

Resumen

El Derecho Disciplinario se erige como una herramienta jurídica en desarrollo, con la que cuenta el Estado para mantener el orden y la disciplina de sus servidores públicos. Esta herramienta jurídica merece especial atención por las implicaciones que la misma conlleva en el normal desarrollo y funcionamiento de las instituciones y procedimientos estatales. Es importante recalcar la tipicidad, toda vez que esta no puede ser construida de manera arbitraria sin obedecer a los mismos hechos que rodean la acción, por lo que se pretende, mediante este escrito, dar un inicial paso para un estudio pormenorizado de la tipicidad en materia disciplinaria y los conceptos alrededor de los cuales la misma se ha ido construyendo.

Palabras Clave: Derecho Disciplinario; Tipicidad; servidores públicos; herramienta jurídica.

Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus*^{*}

Introducción

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha manifestado que las garantías del Derecho Penal se proyectan *mutatis mutandi*¹ en materia disciplinaria,² en lo que sea compatible a la propia estructura del Derecho Disciplinario. En ese sentido, el contenido de la falta disciplinaria reviste un esquema semejante a la conformación de la conducta punible, por lo tanto, en Derecho Disciplinario también es dable hablar de acción típica, antijurídica y culpable.

El desarrollo del Derecho Disciplinario ha permitido la construcción de su propia dogmática, y con ella, la construcción de categorías y conceptos propios de esta especial rama del derecho encargada del cumplimiento del deber funcional de los servidores estatales; en ese sentido, se encuentra la tipicidad disciplinaria, la cual ha sido construida con fundamento en la diversidad de conductas en las que pueden incurrir los servidores estatales. Esta multiplicidad de conductas disciplinables ha generado la imposibilidad de consagrar todos y cada uno de los comportamientos en un mismo cuerpo normativo, por dicha razón se ha aceptado la utilización de tipos abiertos.

En igual sentido, el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo en Derecho Penal han experimentado un desarrollo propio en materia disciplinaria, así, ambos conceptos no se aplican de la misma manera como se hace en Derecho Penal; es decir, su frente a la calificación de la falta disciplinaria, ha sido desarrollada de manera especialísima, ya que la amplia gama de conductas que atentan contra el régimen disciplinario, dejan librado al operador disciplinario para calificar la modalidad dolosa o culposa de la conducta mediante el sistema de *numerus apertus*.

Por lo anterior, resulta importante estudiar la tipicidad en materia disciplinaria así como la calificación de la conducta, bien sea dolosa o culposa, conocida en esta rama del derecho como *numerus apertus*.

El Derecho Disciplinario

Podemos definir, para efectos del presente trabajo, el Derecho Disciplinario como una rama del derecho cuya naturaleza es pública, en tanto el sujeto destinatario, el objeto regulado y la consecuencia jurídica de sus normas pertenecen a la esfera del Derecho Público.

* Trabajo realizado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2009.

¹ Locución latina que significa “cambiando lo que haya que cambiar”. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.: Consultado En: http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mutatis%20mutandi. Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2009.

² Se pueden consultar entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-438/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-280/96, C-827/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

Esta rama, como la hemos denominado, hace parte de una más genérica, la cual ha sido denominada por la jurisprudencia colombiana³ como derecho sancionador; así, se ha dicho que “(...) el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el Derecho Penal delictivo, el derecho contravencional, el Derecho Disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o ‘impeachment’.”⁴

La denominación “disciplinario” encuentra sustento en la relación de subordinación que existe entre el servidor público y el Estado, y como fundamento constitucional del Derecho Disciplinario se encuentra el artículo sexto, según el cual los servidores públicos son responsables, no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones; de este modo, la relación, bien sea legal y reglamentaria, en tratándose de empleados públicos, contractual cuando se trata de trabajadores oficiales, o de libre nombramiento y remoción, bajo la cual se subordinan al mismo para el cumplimiento de las funciones estatales, deviene en el vínculo originador de la responsabilidad disciplinaria, pues los actos en los que incurran sus servidores, contrarios a la buena marcha y funcionamiento estatal, contrariarían el objetivo de satisfacción de las necesidades colectivas y el interés general, deviniendo en merecedores del reproche disciplinario.

El cumplimiento de los fines y funciones estatales se logra a través de la eficiencia, eficacia y buen servicio de quienes están al servicio estatal; así, corresponde al Estado velar por el cumplimiento de los deberes funcionales de sus servidores, en ese sentido, el control disciplinario se ejerce concretamente cuando los servidores públicos incurren en “incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, se incurre en prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.”⁵

El Derecho Disciplinario busca la buena marcha y funcionamiento de la administración pública, por ello las normas en materia disciplinaria se orientan hacia el cumplimiento de los deberes propios de cada servidor, con lo cual se pretende el logro de las finalidades estatales. Frente al tema, la Corte Constitucional ha dicho:

La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se aadecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944. En esta sentencia se cita: la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Así, a groso modo, prescribe las faltas disciplinarias el artículo 23 de la ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único.

patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad.”⁶

El Estado ejerce la titularidad de la potestad sancionadora disciplinaria, en pos de lograr obediencia y disciplina por parte de sus servidores en el cumplimiento de las funciones para las cuales han sido asignados, por lo tanto, las sanciones disciplinarias están orientadas a reprimir conductas que afecten el buen desarrollo de la administración en temas relacionados con moralidad, eficiencia y transparencia de la administración pública.

Ahora, debido a la amplitud de los conceptos anteriores, ha sido necesario un desarrollo dogmático del Derecho Disciplinario para evitar arbitrariedades en la aplicación del mismo, principalmente en lo que a la tipicidad hace referencia, por lo que a continuación pasamos a estudiar.

Tipicidad

La tipicidad es un concepto propio del derecho sancionatorio, en especial del Derecho Penal; el tipo, eje central de la tipicidad, se erige como desarrollo del principio de legalidad entendido éste como *nullum crime, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa e prævia*. Este aforismo indica que el tipo se encuentra atado a una rigurosa forma jurídica bajo la cual todo éste debe ser escrito (*scripta*) haciendo referencia a su consagración normativa; estricto (*stricta*), con lo cual se hace alusión a que el operador jurídico sólo estará sometido a la ley sin poder acudir a la analogía para llenar lagunas; la certeza (*certa*) indica que la conducta y la sanción deberán encontrarse clara, precisa y taxativamente consagradas en la norma; y finalmente, ser previa (*prævia*), indica que la consagración de la conducta típica debe ser anterior al hecho objeto de sanción, se trata de la vigencia la norma.⁷

El concepto de tipicidad ha sido ampliamente estudiado en materia penal, para acercarnos un poco al entendimiento del mismo, se toma una sencilla definición que indica que “la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”⁸

Puede intentarse, con cierta laxitud, una definición más general que ubique a la tipicidad fuera de la órbita del Derecho Penal, sin apartarse de la esfera del derecho sancionador; en ese sentido, se definirá la tipicidad, para efectos del presente trabajo, como la exigencia de una descripción específica y precisa de una conducta considerada infractora del ordenamiento jurídico, descripción realizada mediante una norma jurídica que establece como consecuencia de dicha conducta infractora, la imposición de una sanción.⁹

La tipicidad tiene una triple función: por un lado, se encarga de seleccionar los comportamientos humanos que revisten importancia en el campo sancionatorio; en

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-341, agosto 5 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1135.

⁷ Para profundizar el tema Ver: Velásquez Velásquez, Fernando (2004). *Manual De Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Temis. Bogotá, págs. 57-62

⁸ Muñoz Conde, Francisco (2002). *Teoría General del Delito*. Temis. 2^a Edición. Bogotá. Pág. 31

⁹ Sobre el tema puede verse la Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

segundo término, es la garantía de que sólo los comportamientos subsumibles en el tipo serán objeto de sanción, y, en tercer lugar, la descripción típica de los comportamientos motivará mediante la conminación de la sanción a las personas a no incurrir en dichos comportamientos.¹⁰

El tipo se encuentra conformado, de un lado, por la descripción de la conducta típica, es decir, la parte objetiva, y de otro lado, por la parte subjetiva, última conformada por el dolo o la culpa. Se puede concluir que la conducta típica es el resultado de la conjunción de la parte objetiva sumada a la parte subjetiva del tipo.

La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria. En materia penal, algunos tipos exigen un efecto adicional como sería el resultado (ejemplo de ello sería la muerte en el delito de homicidio). En Derecho Disciplinario, por tratarse de normas que pretenden el cumplimiento de deberes funcionales, se exige que la trasgresión al hecho típico conlleve la afectación del deber funcional, es decir, que la trasgresión posea ilicitud sustancial.¹¹

De otro lado, la parte subjetiva del tipo se encuentra integrada por el dolo o la culpa.¹² Así, “la parte subjetiva del tipo se halla constituida por la voluntad-consciente, como el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como la imprudencia-, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el “ánimo de lucro” en el delito de hurto)”.¹³

Para intentar un mejor acercamiento al objeto estudiado, pasemos a tomar las definiciones que de dolo y culpa nos ofrece el profesor Santiago Mir Puig, quien indica que:

“En la actualidad, gracias al finalismo, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como ‘dolo natural’. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y el querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica.”¹⁴

Respecto de la culpa, el doctrinante en cita dice que “(...) el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado (es decir: por inobservancia del cuidado debido)”.¹⁵ Realiza una distinción de dos clases de culpa, así, se encuentra la culpa consciente la cual “se da cuando, si bien no se quiere causar la

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco. Op cit. pág. 32.

¹¹ Para profundizar más en este concepto, puede consultarse la Sentencia C-819 de 2006. MP. Jaime Córdova Triviño. Expediente D-6234.

¹² La doctrina, principalmente ibérica, ha denominado a la *culpa* como *Imprudencia*. “El término ‘imprudencia’ equivale al de ‘culpa’, y el de ‘imprudente’ al de ‘culposo’. Aunque todos ellos se hallan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra ‘imprudencia’ tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término ‘culpabilidad’, de uso muy distinto. Ver: Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a ed. Barcelona.2002. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona. pág. 269.

¹³ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a ed. Barcelona.2002. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona. pág. 197.

¹⁴ Ibíd. Mir Puig. pág. 240.

¹⁵ Ibíd. Mir Puig. pág. 268.

lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual”,¹⁶ y la denominada culpa inconsciente que “supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro”.¹⁷

Tipicidad en materia disciplinaria

El concepto de tipicidad se engloba como garantía constitucional del debido proceso y protección de derechos fundamentales de las personas, la cual, en materia disciplinaria, reviste claros desarrollos que la diferencian de la estricta definición hecha de la misma en materia penal.

Se encuentra que en materia disciplinaria, a diferencia del Derecho Penal, los tipos son abiertos; es decir, que un tipo sea abierto conlleva a la estructura de una norma jurídica que no cumple con la exigencia de ser una descripción estricta y precisa (*stricta y certa*) de una conducta considerada infractora del ordenamiento jurídico de acuerdo a la definición usada en párrafos anteriores.

El tipo abierto es una norma jurídica que se complementa mediante la remisión a otras disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico. En el caso concreto del Derecho Disciplinario, se trata de tipos cuya concreción se obtiene mediante la remisión a “todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos”¹⁸; en ese sentido, el tipo está conformado por una norma que establece el incumplimiento de deberes, funciones, omisiones y extralimitaciones del servidor público como objeto de persecución disciplinaria, y el reenvío a las normas que en concreto consagran los deberes, funciones y prohibiciones del servidor que será disciplinado.

La Corte Constitucional, entidad que más desarrollos ofrece en esta materia, ha establecido que si la finalidad del Derecho Disciplinario es la buena marcha y el buen funcionamiento de la administración pública mediante la labor realizada por sus servidores sin importar la entidad a la cual pertenezcan, considera razonable que el Derecho Disciplinario, como un cuerpo normativo, esté “[...] integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”.¹⁹

Dicho ente jurisprudencial ha declarado que la utilización de los tipos abiertos en materia disciplinaria se encuentra acorde a la Constitución, pues corresponde al legislador, al tenor de los artículos constitucionales 124, 125 y 150-2, determinar mediante la ley, qué conductas serán sancionadas disciplinariamente, estos fundamentos han permitido que se declare como ajustado a la Constitución el uso de tipos abiertos en Derecho Disciplinario, argumentando la existencia de un amplio margen para que el

¹⁶ Ibíd. Mir Puig. pág. 270.

¹⁷ Ibíd. Mir Puig. pág. 270.

¹⁸ Ibíd. Mir Puig. pág. 270.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-417, octubre 4 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243.

operador disciplinario valore y concrete la conducta en la cual incurre el servidor público, debido a “la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario”.²⁰ Además en la concreción de los deberes, funciones, omisiones y extralimitaciones en las que puede incurrir el servidor público, entran en juego los exclusivos intereses de cada entidad estatal, intereses que solo pueden plasmarse en los reglamentos internos de trabajo y en los manuales de funciones para el cumplimiento del objeto y misión de dichas entidades. Estos reglamentos y manuales terminan siendo las normas de remisión a las que se debe acudir para concretar el tipo disciplinario.

En ese sentido, la tipicidad en materia disciplinaria se establece a partir de la lectura de todas las normas que consagran funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones a los servidores estatales, se trata de definir la conducta reprochable disciplinariamente a partir de normas que podemos considerar complementarias. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional que los tipos en blanco:

[...] consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho, esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.²¹

La imposibilidad del legislador “de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos”,²² es una situación que, aunque discutible, presenta una cierta lógica, ya que si se tiene presente el sin número de funciones de las cuales se encarga el Estado en pos de lograr la satisfacción del interés general y las necesidades colectivas de sus asociados, se está ante una gama de situaciones tan amplias que sólo son susceptibles de ser conocidas mediante la remisión a leyes, decretos, reglamentos y demás normas específicas en las cuales se consagran todos y cada uno de los deberes de los servidores según la entidad a la que pertenezcan y las funciones en específico que cumplan. Frente a este tema dijo la Corte:

También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho de que asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos.²³

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-427, septiembre 29 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. Expediente D-562.

²¹ Ibíd., Sentencia C-404, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cfr. Sentencias C-127/93 y C-599/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-404, abril 19 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218. Tesis que se repite entre otras en las sentencias C-155/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-948/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1093/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1034/06 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1093, noviembre 4 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349.

Finalmente, el último argumento que sustenta la constitucionalidad del uso de tipos abiertos en materia disciplinaria, a tenor de la Corte Constitucional, es que el uso de los mismos se debe a que

[...] asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos.²⁴

Los tipos abiertos también hayan sustento, en la comparación hecha por la Corte Constitucional entre el contenido del tipo penal y el contenido del tipo disciplinario;²⁵ así, se encuentra que en materia penal el tipo debe abarcar la descripción del sujeto activo, la conducta, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido y todos los elementos delimitadores de las circunstancias en las cuales acaece la acción, por contraposición, en materia disciplinaria se encuentra de por medio la función pública y el cumplimiento de deberes funcionales que se sitúan en el campo de la institucionalidad propia del Estado, por lo cual se permiten criterios de apreciación bastante amplios a fin de encuadrar la conducta del servidor como acorde o no a las finalidades estatales.

La Corte Constitucional ha continuado su misma línea argumentativa al resolver vía tutela²⁶ la supuesta violación de derechos fundamentales al debido proceso en la sentencia de T-1034/06, en la cual reitera que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado de todos aquellos comportamientos que consagran conductas antijurídicas desde el punto de vista disciplinario, se acepta la utilización de tipos abiertos en esta materia, por lo cual no es de recibo que las personas al invocar protección a sus derechos fundamentales, comparen el Derecho Disciplinario con el Derecho Penal. Así, la Corte concluyó que las diferencias entre la tipicidad penal y la tipicidad disciplinaria se observan en materia disciplinaria, pues no existe la precisión típica exigida en materia penal, así como en el hecho de que el operador jurídico-disciplinario no cuente con un mayor margen para realizar el proceso de adecuación típica que el operador jurídico-penal.

En dicha sentencia se indicó que en cuanto a la primera diferencia, esta Corporación ha reconocido que en el ámbito del proceso disciplinario son admisibles las faltas disciplinarias que consagren tipos abiertos “ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.”²⁷

²⁴ Ibíd. Corte Constitucional. Sentencia T-1093.

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680. La referencia exacta de esta comparación se encuentra en la Sentencia C-427, septiembre 29 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. A partir de ésta sentencia se ha seguido la misma línea de argumentación en las sentencias C-708/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la sentencia citada C-155/02, C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-948/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1034, diciembre 5 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1245476.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944.

De esta manera, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir dentro de un proceso la existencia de responsabilidad y la procedencia de una sanción [...]

En cuanto a la segunda diferencia, la Corte ha admitido que en materia disciplinaria el fallador goza de una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, pues por lo general la descripción de las faltas disciplinarias deben ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones.²⁸

Para concretar, en lo referente a la tipicidad en materia disciplinaria, existe un verdadero desarrollo jurisprudencial que permite diferenciarla de la tipicidad en materia penal, por cuanto el operador jurídico-disciplinario cuenta con un mayor margen para valorar la conducta considerada como falta disciplinaria, al estar inmersa en el ámbito de los deberes funcionales de los servidores públicos, dichos deberes se encuentran dispersos en todo el ordenamiento jurídico, debido a la diversidad de funciones que están a cargo del Estado, lo que hace imposible al legislador desarrollar un catálogo único de conductas infractoras a la ley disciplinaria y justifica la utilización de tipos abiertos.

La Corte cita a Nieto García para terminar de diferenciar el tipo penal del tipo disciplinario:

“Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía”.²⁹ [sic]

Ahora, los límites a la apreciación discrecional del operador jurídico-disciplinario, según la Corte Constitucional, se encuentran en el contenido material de las disposiciones disciplinarias y de los principios de interpretación del derecho sancionador que “prohibe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias”,³⁰ sin embargo, la Corte en dicha sentencia no desarrolla esta prohibición de extender los preceptos que configuran faltas disciplinarias y se limita a indicar que la amplitud con que cuenta el operador jurídico-disciplinario no puede vulnerar los derechos de contradicción y defensa del servidor público investigado.³¹

²⁸ Ibíd., Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Nieto García, Alejandro (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Madrid, pág. 298. Citado por: Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Legis Bogotá 2000. Esta cita se encuentra en la sentencia C-404/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ Ibíd. Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Cfr. Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En iguales términos, frente a casos concretos, el Consejo de Estado, al decidir acciones de nulidad y restablecimiento del derecho con motivo de procedimientos disciplinarios, ha asumido la posición de la Corte Constitucional en materia de tipicidad disciplinaria, encontrando justificada la adopción de tipos disciplinarios abiertos, ha dicho:

A juicio de la Sala la motivación de los cargos resulta suficiente, pues se hace una imputación fáctica determinable que posibilita al perjudicado para preparar y ejercer su defensa. Hay que advertir que tal y como se ha puesto de presente por la jurisprudencia constitucional, una peculiaridad propia del Derecho Disciplinario es la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. De manera que "... el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario..."³²

De igual forma, la consagración de tipos abiertos en las normas disciplinarias, conlleva la existencia de límites que deben ser respetados, así, se encuentra el principio de legalidad como principal límite, con fundamento en este principio, el tipo es abierto pero encuentra su contenido en el mismo ordenamiento jurídico vigente, el cual consagra los deberes funcionales de los servidores estatales; es decir, queda proscrito al operador jurídico-disciplinario ir más allá de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en que se encuentran determinadas las funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones de los servidores públicos, como también le está vedado recurrir a la analogía de funciones; el operador debe limitarse a las estrictamente señaladas por el ordenamiento jurídico.

Numerus Apertus

La Constitución Política proscribe la responsabilidad objetiva cuando en su artículo 29 inciso cuarto indica que "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", se trata de la consagración del principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito del Derecho Disciplinario esta consagración normativa es desarrollada por el artículo 13 de la Ley 734, el cual indica que "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa", se exige la determinación de la finalidad dolosa o culposa de la acción en que incurre el servidor público, esta definición en materia disciplinaria es conocida con el nombre de *numerus apertus*.

Podemos definir, a grandes rasgos, el concepto *numerus apertus*, como la forma para determinar si la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa.

La infracción disciplinaria implica la transgresión por parte del servidor público, de normas cuyo contenido conllevan el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades,

³² Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia de febrero 15 de 2007, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05). En dicha sentencia se cita la Sentencia de la Corte Constitucional C-708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses; así un servidor público será sancionado: “[...] si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el Derecho Disciplinario de los servidores públicos[...]”³³

Como ya se vio, la pretensión de buena marcha y funcionamiento en pos de lograr los cometidos estatales, es el objetivo del Derecho Disciplinario, objetivo que se aspira obtener mediante la consagración de tipos abiertos los cuales ofrecen un amplio margen de apreciación al operador jurídico-disciplinario; así el sistema de *numerus apertus* se erige, entonces, como el complemento del tipo disciplinario y se presenta como un sistema mediante el cual se calificará el dolo o la culpa de la falta disciplinaria. Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional:

[...] el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “*numerus apertus*”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.³⁴

Se observa que el sistema de *numerus apertus* es el medio por el cual el operador jurídico-disciplinario tiene la posibilidad de calificar la modalidad dolosa o culposa de la falta disciplinaria en la que incurre el servidor público; en ese sentido, existe una cierta lógica, bajo la cual, si el tipo es abierto y corresponde al operador jurídico disciplinario adecuar la infracción con el ordenamiento jurídico, también le corresponde valorar la modalidad dolosa o culposa en que se incurrió en la infracción, salvo las excepciones hechas cuando el tipo se encuentra redactado con frases como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de”, transcritas en la cita anterior.

Queda en manos del operador jurídico-disciplinario determinar qué tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, esto porque, en principio, las conductas consideradas como faltas disciplinarias por tener una relación inescindible con el cumplimiento de deberes funcionales, se predica su comisión bajo la modalidad dolosa; ahora, el arbitrio con el cual cuenta el operador jurídico disciplinario para determinar qué conducta se comete de manera dolosa o culposa, se encuentra limitado por el propio comportamiento infractor, respecto de esto ha dicho la Corte Constitucional:

La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo

³³ Ibíd., Sentencia C-155, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ Ibíd., Sentencia C-155, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.³⁵

De esa forma, el sistema de *numerus apertus*, identifica al Derecho Disciplinario como sistema para la calificación dolosa o culposa de la conducta al arbitrio del operador jurídico disciplinario, limitado por la misma naturaleza de la conducta.

Conclusiones

El anterior estudio descriptivo de la tipicidad en materia disciplinaria, merece algunas conclusiones:

Se tiene que el dolo y la culpa, como elementos a ser apreciados por el operador jurídico-disciplinario al momento de la calificación de la conducta (*numerus apertus*), no se encuentra librado de manera exclusiva al arbitrio de dicho operador jurídico; por el contrario, se encuentra limitado por el mismo hecho de la norma que trasgreda el servidor. Así, en principio y a título ejemplificativo, es difícil plantear que un servidor en desarrollo de sus deberes, incurra en la falta consagrada en el numeral 48 del artículo 48 del Código Disciplinario Único (consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes), pues ingerir licor o consumir sustancias de este tipo se hace con la voluntad y la conciencia de hacerlo, lo que ubica dicha conducta como dolosa, salvo que alguien le suministre a un servidor público una bebida o sustancia de este tipo sin que el servidor conozca su procedencia, caso en el cual se considera que no obraría con culpa, sino bajo una eximente de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito).

También se encuentra que frente al *numerus apertus* el arbitrio del operador jurídico-disciplinario no puede convertirse en una arbitrariedad, pues la facultad de calificar el dolo o la culpa de la infracción se encuentra limitada por expresiones como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de”, contenidas en los propios tipos disciplinarios.

La tipicidad en materia disciplinaria se encuentra sometida al principio de legalidad, así y pese a la existencia de tipos abiertos, el operador jurídico-disciplinario se encuentra sometido al ordenamiento jurídico vigente al momento de tipificar la conducta del servidor público como falta disciplinaria, no pudiendo acudir a cualquier norma a su arbitrio, sino a la norma que en concreto consagra el deber funcional del servidor público; es decir, queda proscrito al operador jurídico-disciplinario ir más allá de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en que se encuentran determinadas las funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones, como también le está prohibido recurrir a la analogía de funciones.

Los tipos abiertos no se encuentran librados al margen valorativo del operador jurídico-disciplinario, estos tienen límites, los cuales son las funciones en concreto que realiza el servidor encartado, así como también se encuentra limitado por los principios y derechos que emanan directamente de la Carta, una interpretación más allá de esta no solo deja

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-181, marzo 12 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3676.

abierto el paso a la arbitrariedad, sino a la violación de derechos y garantías fundamentales a las personas que prestan sus servicios al Estado.

Para generar inquietudes y abrir paso a nuevos trabajos que permitan un desarrollo más amplio y académico del Derecho Disciplinario se plantean las siguientes cuestiones:

Que el operador jurídico-disciplinario para determinar el tipo se ve en la obligación de acudir a reglamentos internos de trabajo y manuales de funciones, las cuales son normas tomadas en un sentido muy laxo del concepto de norma e inferiores a la ley y a los decretos, lo cual genera la siguiente duda: ¿se viola el principio de legalidad cuando se acude a dichas normas?

Finalmente, y en la medida en que se permite la determinación de la falta por tipos abiertos, queda preguntarse entonces, si está excluida la ausencia de responsabilidad en materia disciplinaria por atipicidad? Pregunta que resulta muy importante, toda vez que el operador jurídico-disciplinario siempre hallaría la forma de encontrar la adecuación típica de cualquier conducta, sin existir la posibilidad de librarse al servidor encartado por atipicidad de la conducta.

Referencias Bibliográficas

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-438, julio 1º de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente 1413.

_____, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

_____, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944.

_____, Sala Plena, Sentencia C-341, agosto 5 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1135.

_____, Sala Plena, Sentencia C-417, octubre 4 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243.

_____, Sala Plena, Sentencia C-404, abril 19 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218.

_____, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

_____, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1034, diciembre 5 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1245476.

_____, Sala Plena, Sentencia C-708, septiembre 22 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329.

_____, Sala Plena, Sentencia C-181, marzo 12 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3676.

_____, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1093, noviembre 4 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349.

Congreso de la República de Colombia, Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único.*”

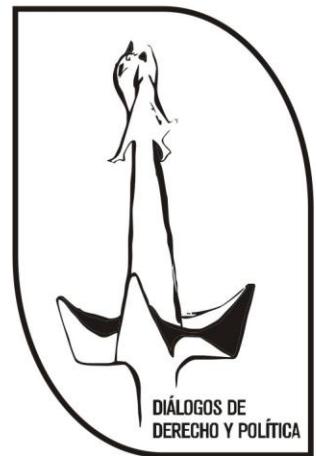
Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, Sentencia de febrero 15 de 2007, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05).

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 5a ed. Barcelona. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona.

Muñoz Conde, Francisco (2002). *Teoría General del Delito*. Temis. 2ª Edición. Bogotá.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.: Consultado el 8 de noviembre de 2009 En: http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mutatis%20mutandi.

Velásquez Velásquez, Fernando (2004). *Manual De Derecho Penal*. Parte General. Segunda Edición. Temis. Bogotá.



Ecofeminismo: nuevos fundamentos, nuevas/os sujetas/os, nuevos derechos

Adriana Lorena Giraldo Henao

Trabajadora Social, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas,
Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: lorenagiraldots@gmail.com

Resumen

Este artículo consiste en explicar a partir del Ecofeminismo la subordinación de la mujer en las sociedades y desde allí contextualizar esta propuesta como un movimiento social que actúa en lo político a través de la construcción de nuevos derechos que retroalimenta el tema de los DDHH. El objetivo principal reside en cuestionar las bases teóricas que circulan en las ciencias sociales que se soportan en el pensamiento occidental y el proyecto moderno; de esta manera se aporta a la descentralización de las producciones teóricas para que partan de experiencias construidas desde las bases sociales.

Palabras clave: ecofeminismo; etnocentrismo; feminismos; DDHH; mujer; naturaleza.

Ecofeminismo: nuevos fundamentos, nuevas/os sujetas/os, nuevos derechos

"Dicen que la ciencia anda descifrando el código informático de la vida, y que ahora las multinacionales quieren cultivarla en sus laboratorios, para que no ande suelta por ahí, loca, derrochando colores y alegrías cada primavera"

Isabel Bermejo

Partiendo de la idea de que el movimiento de mujeres reconoce la existencia de numerosos enfoques feministas, el Ecofeminismo como parte de esta diversidad de apuestas es una corriente de pensamiento y movimiento social, que además busca que la dignificación de la mujer en el planeta parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del contexto en el que se encuentran inmersos los numerosos grupos de mujeres que habitan el mundo, reconociendo la relación intrínseca de la mujer con la naturaleza y dignificando al mismo tiempo esta condición. Este artículo nace de las reflexiones que proporcionó el Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia en torno al tema de los movimientos sociales y los DDHH.

Se expondrán los argumentos que logran ubicar al Ecofeminismo como una corriente que deconstruye la razón por la que en un inicio se decidió realizar acciones sistemáticas para superar la condición de subordinación en la que se encuentra la mujer, además se intenta fundamentar nuevas razones para continuar la lucha por los derechos de las mujeres, los derechos de otros grupos discriminados y de la naturaleza, proponiendo otras formas de compresión de las realidades.

Cuestionamiento a la división naturaleza-cultura

El proyecto moderno¹ con el objetivo de hegemonizar el mundo bajo el sistema capitalista impone una única visión del mundo, que consiste en desimbolizar la naturaleza para poder controlarla y así concebirla como un suministro de recursos para la producción industrial. Para este fin se consolidó la ciencia occidental que desplazó lo oral por lo

¹ La modernidad en este trabajo se concibe como: "Históricamente, la modernidad tiene orígenes temporal y espacialmente identificados: el siglo XVII de la Europa del norte, alrededor de los procesos de la Reforma, la Ilustración y la Revolución Francesa. Estos procesos cristalizaron al final del siglo XVIII y se consolidaron con la Revolución Industrial. Sociológicamente, la modernidad es caracterizada por ciertas instituciones, particularmente el Estado-nación, y por algunos rasgos básicos, tales como la flexibilidad, el desmembramiento de la vida social del contexto local y el distanciamiento espacio/tiempo, desde relaciones entre 'ausentes otros' que devienen más importantes que la interacción cara a cara (Giddens 1990). Culturalmente, la modernidad es caracterizada en términos de la creciente apropiación de las hasta entonces dadas por sentadas competencias culturales, por formas de conocimiento experto asociadas al capital y a los aparatos administrativos del Estado –lo que Habermas (1987) describe como una creciente racionalización del mundo-vida-. Filosóficamente, la modernidad implica la emergencia de la noción de 'Hombre' como el fundamento de todo conocimiento del mundo, separado de lo natural y lo divino (Foucault 1973; Heidegger 1977)" Escobar, Arturo. Más allá del tercer mundo: Globalidad imperial, colonialidad global y movimientos sociales anti-globalización. En: Nómadas. Producción de conocimiento, hegemonía y subalternidad. Bogotá-Departamento de investigaciones Universidad Central. Número 20(abril de 2004). Pág. 87

visual, es decir, de los cinco sentidos es la visión la que indica la certeza de que algo existe y de que puede ser comprobado para así llegar a una supuesta exactitud, de esta manera lo cualitativo es desplazado por lo cuantitativo afianzándose la escisión entre objeto y sujeto:

(...) el pensar unívoco y exacto y la exclusión de la analogía serán responsables a partir de entonces y a lo largo de la Modernidad de escisiones insuperables para la persona y el mundo, por ejemplo las falsas disyuntivas entre el individuo y la sociedad, origen de conocidas “contradicciones”, individualismo o colectivismo, deber o felicidad, naturaleza o cultura, etc. Este dislocamiento del mundo, procedente de ver contradicciones allí donde sólo hay contrastes, es precisamente lo que en el plano epistemológico demuestra lo obsoleto de la Modernidad en prácticamente todos los terrenos de la ciencia y en concreto en la ciencia histórica (...)²

De esta manera el ser humano deja de ser una extensión del sistema tierra para pasar a ser el sujeto y la tierra el objeto y así poder dominarla. Esta nueva relación del humano con la tierra es materializada en la palabra medio ambiente o recursos naturales ya que guarda la intención de separarla de si mismo y concebirla como productora de recursos cuantificables, para continuar con el sistema de producción a gran escala.

Es aquí donde el Ecofeminismo reconoce que la naturaleza es asociada con lo femenino, lo emocional y lo privado, y lo masculino se sobreestima por relacionarse con la cultura, la razón y lo público, por tal motivo se legitima el dominio y la explotación de una esfera sobre otra. Con esta claridad se plantea de donde surge el menosprecio por la mujer y por las expresiones que no corresponden con los principios que viabilizan el dominio de unos sobre otros en la tierra.

Teniendo claro que el proyecto moderno estableció dualidades a partir de la ciencia y sus instituciones tales como las universidades y el Estado y que de allí surge la subvaloración de la naturaleza, de la mujer y las culturas que no pertenezcan a occidente es necesario puntualizar cuales fueron las razones para limitar a gran parte de la población del mundo y de sus cosmogonías.

Borrando las barreras impuestas entre lo público y lo privado

El establecimiento del Estado³ como institución que ha permitido la continuidad del colonialismo posibilitó en un inicio que el pensamiento occidental se institucionalizara en la mayoría del territorio mundial reproduciendo el dualismo que sostiene dicho sistema por medio de la división de las realidades entre lo público y lo privado, permitiendo -en la actualidad continúa- que el poder lo sostenga el limitado grupo social que puede acceder al espacio público. La división entre lo público y lo privado se realizó con la intención de limitar en el espacio de lo privado diversas expresiones, entre ellas culturales, sexuales etc. que asociadas con lo natural perdieron en esta designación la legitimidad y la posibilidad de imprimirlle al sistema que se estaba construyendo

² Del Bravo, María Antonia (1999). *Ecofeminismo, un reencuentro con la naturaleza*. España: Universidad del Jaén, pág. 18

³ El Estado es una forma de organización social promovido por la colonia, empleado para continuar el control de los territorios a través de la idea de nación para así perpetuar la homogenización de las culturas bajo el modelo occidental. La economía, idiomas y valores culturales europeos fueron promovidos por instituciones, que en la actualidad aún continúan reproduciendo el pensamiento occidental.

posibilidades para revertirlo a partir de sus visiones alternativas. Según las construcciones teóricas que permiten la consolidación de este paradigma dualista se define lo privado de esta manera:

(...) La labor y el trabajo, aquellas actividades referidas al mundo de la necesidad, tenían un espacio propio para su despliegue y este era el oicos o el mundo de lo doméstico, situado por fuera de la polis o en sus márgenes, y cerrado por altos muros para preservar la opacidad y el silencio del hogar privado. Este espacio sería un mundo sombrío en contraste con la polis que es luminosidad y visibilidad: en el universo de lo doméstico – privado predomina la **identidad**, los hombres viven uno junto a otro y de acuerdo con las exigencias de la supervivencia y de la vida misma; reproducción y continuidad, “el varón proveedor y la hembra que da a luz están sometidos al mismo apremio de la vida”. Por ello este mundo natural está regido por la desigualdad, la dominación y la violencia; es un mundo sin libertad, sin distinción, esto es, sin pluralidad y profundamente desigual. Todo lo que allí se realice no es político, es prepolítico (...)⁴

Lo que Hannah Arendt nombra como identidades es lo que finalmente se traduce en las expresiones que no obedecen ni aportan por su cosmovisión al sistema de valores que sostienen al capitalismo. En este caso, catalogar a las relaciones que tejen las diversas poblaciones recluidas en lo privado como “lazos identitarios”, legitima dicha exclusión.

(...) Su idea de la identidad está referida a lo natural, al mundo del hogar doméstico, del hogar patriótico, de las patrias y las etnias que unen a los sujetos por una herencia común (*ius sanguinis*) de raza, religión, lengua y tradición. Estas identidades no tendrían representación en lo público ni aparición en el ágora de la democracia (...)⁵

Según esta perspectiva dualista estas poblaciones y formas de concebir el mundo y la vida quedaron clasificadas de esta manera:

Dualismos	
Cultura-público	Natural-privado
Hombre	Mujer
Blanco	indígena, afro, oriental etc.
Heterosexual	Homosexual, L.G.B.T
Masculino	Femenino
Católico	Otros credos, no creer
Clase alta	Clases populares, pobres

Además de catalogarse a las poblaciones ubicadas en lo privado y en lo natural como inferiores, son despojadas de su carácter político. Por esta razón en un inicio mujeres, indígenas, comunidades negras etc. eran ciudadanos a menos que ocultaran su

⁴ Citada por Uribe, María Teresa, en Esfera pública Acción Política y Ciudadanía: una mirada desde Hannah Arendt. En: Revista Estudios Políticos. No 19, (2001) pág. 171

⁵ Citada por Uribe, María Teresa, en Esfera pública Acción Política y Ciudadanía: una mirada desde Hannah Arendt. En: Revista Estudios Políticos. No 19, (2001) pág. 172

“identidad” para gozar de la “igualdad” proclamada en la primera generación de derechos humanos.

(...) Es por eso que la entrada en la esfera pública implica ocultar, oscurecer y mantener en privado la identidad natural y las diferencias que de allí devienen para adoptar la máscara del ciudadano; sin el artificio político de la ciudadanía, el sujeto sería un solo individuo sin derechos y deberes, un hombre natural, un buen salvaje o quizás un ser perteneciente a una etnia o a un entorno cultural, que al carecer del estatus ciudadano y del derecho a tener derechos, puede terminar convertido en alguien irrelevante y superfluo para el mundo de la política y, por lo tanto, alguien de quien pueda prescindir e incluso a quien se puede asesinar sin que nada pase (...) ⁶

En esta medida, se reitera que la ciudadanía se debe ejercer individualmente (porque los lazos *identitarios* conforman una comunidad), dejando en lo privado la identidad y la cultura para así adoptar un status que alcance la *igualdad* con los demás ciudadanos, pero finalmente la máscara⁷ (“neutralidad”) que proporciona dicho estatus está compuesta por los elementos que caracterizan al ciudadano tradicional: hombre, blanco, heterosexual, con capacidad adquisitiva etc.

Este cuestionamiento a la ubicación de la mujer en lo natural como una situación de desventaja significa que el Ecofeminismo abandona el paradigma moderno-occidental el cual se basa en dividir las realidades para entrar a comprender que existen numerosas realidades y numerosas esferas que no necesariamente se contradicen entre si. Es en este punto donde algunas corrientes feministas que a lo largo de la historia han proclamado la *igualdad* fundamentan la emancipación de la mujer bajo el sistema de valores occidentales, que además fueron construidos bajo una perspectiva patriarcal.

El Ecofeminismo y su diferencia con algunos enfoques feministas pertenecientes a las dos primeras olas

Las dos primeras olas feministas en las cuales se ubica el feminismo liberal, radical y socialista, exponen que la razón por la cual la mujer en Occidente ocupa un lugar subordinado se debe a su vinculación con lo natural-privado, debido a su tendencia a la reproducción y por consiguiente a desempeñar actividades tradicionales como cultivar, cuidar, curar etc.⁸ –que al mismo tiempo son roles construidos socialmente–, mientras que el hombre se considera privilegiado por relacionarse con la cultura y por ende con el espacio público.

Por su parte, el Ecofeminismo como movimiento social aparece en la tercera ola exponiendo esencialmente que no existe una sola forma de ser mujer, basado en el modelo occidental, sino que dicha condición varía según las culturas, sin pretender

⁶ Citada por Uribe, María Teresa, en Esfera pública Acción Política y Ciudadanía: una mirada desde Hannah Arendt. En: Revista Estudios Políticos. No 19, (2001) pág. 173

⁷ “Siguiendo a Aristóteles su maestro, dice Arendt que el ciudadano para entrar en escena, en el escenario luminoso y visible de la representación, vestiría una suerte de máscara que como en la tragedia griega, a la vez que oculta o reemplaza el rostro del actor, hace más resonante y potente su voz su discurso” página 173

⁸ Del Bravo, María Antonia (1999). *Ecofeminismo, un reencuentro con la naturaleza*. España: Universidad del Jaén. Pág. 19

unificar bajo un solo paradigma el concepto de emancipación o empoderamiento. Este se caracteriza principalmente por participar en la crítica que se le realiza a los discursos, prácticas e instituciones que han reproducido el eurocentrismo a lo largo de la historia, desvinculándose de esta manera de algunos fundamentos que sustentan los discursos feministas mencionados anteriormente, reconociendo que la condición de inferioridad de la mujer en el mundo está determinada por el proyecto moderno emprendido por occidente. Este discurso se sostiene sobre la idea de encasillar las diversas realidades en dos esferas con el fin de otorgarle a una de ellas la legitimidad y superioridad sobre otras para así facilitar la hegemonía de un sistema de ideas y de sujetos-as (a través de instituciones) concretos sobre otras-os, como por ejemplo: cuerpo-alma, razón-emoción, masculino-femenino, civilizado-bárbaro, desarrollado-subdesarrollado, público-privado etc.

Sin desconocer los grandes aportes realizados por el movimiento feminista tales como el reconocimiento de lo privado como lugar político, es necesario vislumbrar que algunas corrientes en un principio tuvieron como objetivo principal incluir a las mujeres al sistema político construido por los hombres desde una perspectiva patriarcal. El discurso de alcanzar la Igualdad por medio de la inclusión genera que las mujeres no transformen los principios patriarcales, etnocéntricos y excluyentes que fundamentan las instituciones y el sistema económico capitalista sino que por el contrario, se adhieran a él con el objetivo de la búsqueda de igualdad.

La igualdad como principio del liberalismo llevó a que el feminismo liberal buscara la eliminación de la diferencia para alcanzar la igualdad, en efecto la mujer se suma al patrón masculino para tener la posibilidad de posicionarse como ciudadana. Es por ello que observamos que actualmente la mujer se ha visto obligada a convertirse en un agente calificado para la productividad en el mercado, siendo los ingresos económicos la única manera de acceder a un reconocimiento y respeto en la sociedad, para así no quedar excluida del sistema económico que solo valora el trabajo que produzca ganancias monetarias y no el que posibilite la conservación de la vida.

El Ecofeminismo al reconocer que el principal motivo de la discriminación hacia la mujer es su relación con lo natural, señala que esta misma razón justificó la exclusión de la naturaleza y de los pueblos no occidentales tales como las comunidades tribales y campesinos, debido a que estas culturas y poblaciones se consideran como parte de la naturaleza y conservan percepciones acciones que permiten conservar la vida. Estas culturas valoran lo que según la perspectiva occidental carece de importancia por no producir ganancias económicas, pero que finalmente permiten conservar la vida en la tierra. Este principio es contrario a la producción material que se traduce en dinero y que obligatoriamente conlleva a la destrucción de la tierra tal como lo afirma Vandana Shiva:

En las economías de subsistencia, las mujeres-que producen y reproducen la vida en sociedad con la naturaleza-han sido expertas en su propio derecho a un conocimiento holístico y ecológico de los procesos naturales. Pero el paradigma reduccionista no reconoce estos modos de conocimiento alternativos encaminados a obtener beneficios sociales y satisfacer las necesidades de subsistencia porque no percibe el carácter interconectado de la naturaleza o la conexión de la vida, trabajo y conocimiento de la mujer con la creación de riqueza.⁹

⁹ Shiva, Vandana (1988). *Abrazar la vida: mujer, ecología y supervivencia*. 2 Edición. Madrid: Horas y horas la editorial, pág. 57

(...)Las categorías patriarcales que entienden destrucción como “producción” y regeneración de la vida como “pasividad” generaron una crisis de supervivencia. La pasividad, como supuesta categoría “natural” de la naturaleza y de la mujer, niega la actividad de la naturaleza y de la vida. La fragmentación y la uniformidad como supuestas categorías del progreso y el desarrollo destruyen las fuerzas vivas que brotan de las relaciones que se establecen dentro de la “tela de la vida” y la diversidad de los elementos y modelos de dichas relaciones. Las tendencias y valores contrarios a la naturaleza, la mujer y los pueblos indígenas se hacen patentes en este típico análisis de la “improductividad” de las sociedades tradicionales naturales (...)¹⁰

El feminismo en un principio cuestionó la exclusión y discriminación de la mujer más no el fundamento de carácter occidental que la generó, esto conllevó a que se legitimara dicho discurso a través de la “inclusión” de la mujer como elemento que se adapta al sistema de ideas y de producción patriarcal y no como protagonista de una lucha reivindicativa y alternativa a esta. Dicha negación de lo natural ha sido viabilizada por los mecanismos que facilita la democracia liberal que bajo el precepto de la igualdad genera que se nieguen las diversas identidades y se cambien por las características del ciudadano estipulado por el proyecto de homogenización a través de la idea de nación (hombre, masculino, clase media-alta, heterosexual, católico etc.).

Es así como la intención del Ecofeminismo no es sobrevalorar los roles masculinos como cazar, producir e inventar herramientas para la explotación de la naturaleza y pretender desde este lugar la construcción de una mujer emancipada, sino por el contrario, recuperar el principio femenino que consiste en conservar y respetar la vida de todos los seres de la tierra y que este sea fundador de las economías y formas de vida tanto de las mujeres como de los hombres.

Ecofeminismo como movimiento social

Los movimientos sociales son la muestra de la organización social externa a la impartida desde el Estado, por lo mismo sus objetivos distan en la mayoría de las veces con los principios que caracterizan a las instituciones. Además construyen escenarios públicos en los cuales los conflictos ganan visibilidad y los actores colectivos se convierten en interlocutores válidos. Es así como el Ecofeminismo a través de estas formas de organización social alternativas ha encontrado la manera de exponer sus objetivos y de llevar a cabo sus acciones.

Al cuestionar el Ecofeminismo las dualidades modernas conlleva a que su accionar a través de movimientos sociales esté desligado de la dualidad público-privado, debido a que se reconoce que las relaciones y las poblaciones reducidas a lo privado tienen un carácter político y que para influir y transformar la sociedad han tenido que emplear mecanismos alternativos a los formales e institucionalizados tales como los partidos políticos y las votaciones. Es así como se evidencia que todas las poblaciones que se ubican en lo privado en la actualidad cuentan con numerosas formas para transformar e incidir en lo público a través de movimientos sociales como el de mujeres, movimiento indígena, afro, L.G.T.B etc. reivindicando de esta manera otras formas de vida.

¹⁰ Ibídem, pág. 32.

Por lo tanto la política entendida como un fenómeno que se desarrolla solo en la esfera pública ocupada por los blancos ilustrados no es definición que sustenta la aparición de los movimientos sociales ya que estos demuestran que los lugares y las razones que permitieron su accionar político están mediados por la lucha del poder tal como lo menciona Adrian Lewis:

(...) La política no es un ámbito separado de vida y actividad pública, por el contrario, la política abarca todas las actividades de cooperación y conflicto, dentro y entre las sociedades, por medio de las cuales la especie humana organiza el uso, la producción y la distribución de los recursos humanos, los naturales y otros, en el transcurso de la producción y reproducción de su vida biológica y social. Estas actividades de ninguna manera están aisladas de otras características de la vida en sociedad, privada o pública. En todas partes influyen tanto como reflejan la distribución de poder y los patrones de toma de decisiones, la estructura de la organización social y los sistemas de cultura e ideología en la sociedad o en los grupos dentro de ella (...)¹¹

La política es en este momento comprendida como fenómenos que se presentan en todas las actividades sociales, colectivas, formales e informales, pública y privada, en todos los grupos humanos, instituciones, sociedades y no sólo en algunos de ellos. La política siempre ha estado y siempre estará, se ha presentado en sociedades no enmarcadas en la modernidad y en grupos formales que no hacen parte de instituciones formales de gobierno.¹² Esta no se lleva a cabo solo en el espacio de lo público, deconstruyéndose de esta manera las barreras que encerraban a lo público en el marco estatal. El Estado deja de ser el único quien que controle, determine y clasifique la disputa del poder sobre los recursos que es lo que finalmente es definido como político.

El afirmar que lo político está presente en todos los espacios derribando las barrera que divide lo doméstico, lo natural y cotidiano con los espacios comunes, de deliberación y construcción de las realidades hace parte de un reconocimiento de los contextos que siempre han estado presentes en las distintas sociedades, son dinámicas que se configuraron y se siguen realizando por fuera del marco estatal que en algunos casos ha sido producto de las exclusiones que este ha realizado a expresiones y formas de vidas alternativas que aún siguen siendo limitadas, ubicadas y controladas en la llamada esfera privada y que en otros casos son realidades que siempre han estado presentes y que perduran gracias a las resistencias que han ejercido.

El reconocimiento de que lo político está presente en todos los espacios donde hay interacción humana posibilita que las instituciones reconocidas como las únicas detentadoras del poder, empezando por el Estado y siguiendo con los partidos políticos no sean los únicos que ejercen el poder en las sociedades. Es aquí donde el Ecofeminismo como parte del movimiento de mujeres establece una articulación con otros movimientos sociales por el hecho de identificarse con la misma razón que otras poblaciones fueron y aún siguen discriminadas en lo privado-natural.

¹¹ Leftwich, Adrian (1992). *Qué es la política: la actividad y su estudio*. México: Fondo de Cultura Económica. 1992. pág. 126.

¹² Ibíd. pág.127.

Los movimientos sociales al reconocerse como organizaciones políticas que luchan por obtener visibilidad, legitimidad, incidencia en el sistema mundial genera que se reconozcan nuevos actores con intereses diversos en la esfera. Este nuevo panorama implica que los nuevos movimientos sociales partan de su condición de exclusión y discriminación para construir, proponer y exigir nuevos derechos. La relación con lo natural y con el mantenimiento de la vida implica qué por medio de las acciones políticas se exija otra concepción y construcción del mundo, en el caso de las mujeres, sus necesidades y expectativas cobran un carácter político para así ser reconocido como las nuevas peticiones que hay que tener en cuenta tanto en las instituciones como en la vida cotidiana.

Uno de los más destacados ejemplos del movimiento Ecofeminista es el Movimiento Chipko que nació hace más de 300 años en la India, que con el objetivo de no permitir la tala de los árboles sagrados *khejri*, las/os militantes abrazaban a ellos. Estas acciones emprendidas en su gran mayoría por mujeres, (aunque injustamente se visibilizaban mucho más los hombres), se caracterizan por expresar por medio de los abrazos a los árboles una unión afectiva y espiritual con los bosques, además de colocar en el mismo nivel la vida de los humanos con la de la naturaleza, exponiendo así formas alternativas de incidencia política en los proyectos de progreso o desarrollo que han intentado difundirse en muchos territorios.

Ecofeminismo y Derechos Humanos

Los Derechos Humanos a pesar de estar constituidos por las luchas de los movimientos sociales que formularon derechos distintos a los de la primera generación -Derechos civiles y políticos- están fundamentados de manera general por las razones que impulsaron el establecimiento del liberalismo. La revolución francesa como proceso que instauró el liberalismo, plasmó la intención de estructurar el Estado de manera que posibilitara la garantía de la propiedad privada a nivel individual y la politización de los actores y acciones que perpetuaran dicho sistema a través de instituciones garantes de los derechos y las leyes que los respaldaran, para finalmente consolidar el capitalismo como sistema económico. El problema en este punto es que a nivel académico los DDHH se fundamentan por razones ajenas a la de los movimientos sociales y comunidades que no se beneficia ni pretenden hacerlo a partir de los derechos individuales.

Muchas de las culturas colonizadas no comparten las razones que pretenden racionalizar y separar la vinculación de los seres humanos con la naturaleza, razones que sostiene el proyecto moderno que viabilizó la primera generación de DDHH. Las luchas que reconceptualizan y dotan de otro sentido los discursos de los DDHH se apartan o simplemente no pertenecen a las luchas burguesas que finalmente establecen la ciencia como aparato ideológico empleada para legitimar la explotación y destrucción de la naturaleza en nombre del progreso y del desarrollo. Por esta razón se hace necesario reconocer que muchas de las luchas que actualmente retroalimentan los DDHH entre ellas el Ecofeminismo no se encuentran identificadas por el discurso teórico dictado por occidente que pretende sustentar todo lo que acontece en el planeta desde una posición supuestamente neutra, objetiva y científica, pero que finalmente fragmenta, excluye e invisibiliza las verdaderas razones que respaldan las luchas sociales.

Los fundamentos de los derechos que exige el Ecofeminismo están basados en denuncias como la subordinación y explotación de la naturaleza, la mujer, los pueblos tribales y campesinos, los afectados-as por el arrebato de los sistemas productivos (tierras), y las culturas que son negadas y suprimidas por no adaptarse a la forma de compresión de la ciencia occidental. Esta situación genera que se construyan nuevos derechos y que sean abordados desde una perspectiva pluricultural, que se adapten a las diversas realidades que aún sobreviven y que se desea ser recuperadas.

En esta medida la concepción de los derechos abandona su fundamento antropocéntrico que por su origen solo respaldan a la especie humana, para llegar a concebir las vidas y expresiones no humanas como merecedoras de protección y respeto por su existencia. Para que esto se lleve a cabo al mismo tiempo se tiene que respetar las cosmogonías de los pueblos que logran apreciar expresiones de la naturaleza que otras culturas no necesariamente llega a comprender, creándose así la necesidad de generar diálogos entre culturas para que no se continúe la hegemonía de una sobre otras. Un ejemplo de esta nueva concepción de los derechos se encuentra en Ecuador y en Bolivia donde en los últimos años se construyeron una serie de leyes que protegen la vida de la Madre Tierra a través de una nueva constitución que señala una ruptura con el discurso de desarrollo y mencionan como nuevo enfoque el *buen vivir* que se retroalimenta de las cosmovisiones indígenas y afro.

Desde esta perspectiva, la garantía de los derechos de las mujeres no estarían limitados al cumplimiento de la primera generación de derechos humanos o a la aplicación de los demás derechos desde una perspectiva androcéntrica u occidental, sino que se exija la formulación y aplicación de derechos desde perspectivas distintas a las anteriores, con el fin de no continuar con el discurso de la inclusión y la igualdad que finalmente desdibuja otro tipo de economías y formas de vida distintas a la propuesta por el liberalismo.

Otra problemática que se desprende en la aplicación de los derechos humanos es la idea de que el subdesarrollo es el síntoma producido por la no garantía de los derechos humanos. Partiendo de que el desarrollo es un discurso que continúa el colonialismo y conserva la dualidad entre las categorías desarrollado-subdesarrollado, genera que lo subdesarrollado sea catalogado de esta manera por no sumarse al estilo de vida impuesto por occidente que se reduce al uso de los servicios ofrecidos por el mercado. De este modo la lucha por garantizar los Derechos Humanos está enfocada en incluir a las distintas culturas a la lógica del mercado y de la explotación de la naturaleza como recursos para la producción, continuando así la imposición de lo occidental a través de la aplicación de los DDHH. En correspondencia con esto es cuestionable que a través de los Derechos humanos se exija el “Derecho al Desarrollo” como un derecho inalienable promulgado desde 1986.

En esta línea Vandana Shiva expone por qué el desarrollo es otro mecanismo que perjudica a la naturaleza y a la mujer:

(...) El desplazamiento de la mujer de la actividad productiva por la expansión del desarrollo tiene principalmente sus raíces en la manera en la cual los proyectos de desarrollo se apropiaron de la base natural de recursos para la producción de los medios de subsistencia o la destruyeron. Destruyó la productividad de la mujer tanto por quitarle la administración y control de la tierra, el agua y los bosques como por la destrucción ecológica de los sistemas geológicos, hídricos y vegetales, de modo que

la productividad y la capacidad de renovación de la naturaleza resultaron dañadas. Si bien el sometimiento de la mujer y el patriarcado son antiguos, adoptaron nuevas y más violentas formas a través del proyecto de desarrollo (...)¹³

Es así como el Ecofeminismo coincide con algunas corrientes feministas en la idea de considerar que la subordinación de la mujer parte de su ubicación en lo natural, pero se separa en el momento de reconocer que desde este relacionamiento con lo natural se inicia la reivindicación de derechos, valorando la asociación con lo natural de paso que se disuelve el dualismo entre naturaleza y cultura.

Ecofeminismo y otras propuestas

Dentro de la crítica que actualmente se está realizando a la modernidad y al proyecto occidental, el Ecofeminismo coincide con otras propuestas que buscan realizar una deconstrucción tanto de las ciencias sociales como de discursos que en la actualidad permiten la continuidad de este sistema de ideas.

Entre estas propuestas está la crítica realizada al concepto de desarrollo pues este es considerado como un discurso que permite la continuidad del colonialismo por el hecho de impartir y definir por medio de él el rumbo de las sociedades y sumarlas al excluyente sistema económico capitalista. También se realiza una crítica a los desarrollos alternativos formulados para que dicho discurso permanezca en el tiempo, pues no cuestiona finalmente el modo de producción que se sobrepone ante la naturaleza. De este modo esta crítica trae como propuesta el posdesarrollo que partiendo de la deslegitimación del discurso de desarrollo se abre a las distintas formas que tengan las culturas y los pueblos para definir el *vivir bien*, desprendiéndose así de lo que en occidente se considera como la buena vida.

Siguiendo con la necesidad de reconocer la tierra como un sistema vivo que requiere respeto por medio de prácticas de producción sostenibles aparece la propuesta del decrecimiento que plantea que los sistemas económicos modernos (capitalista, comunista, socialista), basados en el crecimiento ilimitado con base a la explotación ilimitada de “recursos” se detenga, para así recuperar formas de producción menos agresivas y más sostenibles a través de economías solidarias.

Reflexiones finales

La propuesta del Ecofeminismo trata básicamente en que la mujer no tenga que sumarse al sistema patriarcal para obtener un reconocimiento en las sociedades, sino que desde el interior de las culturas y del diálogo entre estas se construya distintas formas de emancipación y empoderamiento, primando en cada una de ellas la valoración del pensamiento de las mujeres y de las actividades que realizan. Además de posicionar a la mujer como sujeta de derechos, el Ecofeminismo busca resaltar el principio femenino como forma de expresión tanto de la naturaleza como de la mujer por generar y mantener la vida en la tierra, yendo más allá del antropocentrismo que ha fundamentado los Derechos Humanos, para así dar paso al biocentrismo que nace de la perspectiva de comunidades campesinas, negras e indígenas.

¹³ Shiva, Vandana (1988). *Abrazar la vida: mujer, ecología y supervivencia*. 2 Edición. Madrid: Horas y horas la editorial, pág. 32

Además realiza una crítica al hecho de que la crisis ecológica que estamos viviendo sea abordada como un problema de “estilos de vida” aprovechándose desde el mercado como una posibilidad más para vender a través de la “conciencia natural”, sin cuestionar los niveles de altos de producción y consumo que se siguen promoviendo. Por esta razón estamos en la obligación de repensar el sistema que ha dado origen a la subordinación y objetivización de la naturaleza, reconociendo el principio femenino y de creación que compone la vida y la existencia en la tierra.

La transformación del mundo no tiene por qué estar orientada a rumbos desconocidos que buscan complejizar por medio de los servicios ofrecidos por el mercado la satisfacción de las necesidades de los humanos para habitar en la tierra. Sino que a partir de las diversas formas de vida que hemos creado como seres humanos, se reconozca y recupere lo construido en los miles de años de existencia.

Las generaciones que nacen y crecen en el mundo urbano conciben que los alimentos provienen de las industrias y sus distribuidores, más no de la fuente principal que es la tierra. Esta situación produce que se pierda la idea de la conexión que tenemos como seres humanos con la naturaleza, como la que aún conservan campesinos, mujeres y comunidades étnicas.

La vida campesina se caracteriza por tener una relación especial con la tierra, en la que se percibe que la naturaleza enseña y establece relaciones solidarias, proporcionando desinteresadamente alimentos, aire, viento, agua y todo lo necesario para vivir y construir culturas y formas de vida diversas y armoniosas, por lo tanto es necesario repensar la estructura del mundo urbano y conectarlo con la magia de la vida, con lo que afortunadamente no se puede describir, solo sentir.

Las reflexiones que genera el Ecofeminismo van más allá de concluir que la mujer debe volver a su papel de cuidadora o dadora de vida y excluir la idea de la mujer moderna y tecnologizada. La propuesta consiste en no imponer un solo modelo de ser mujer basado en la separación abrupta de esta con la naturaleza efectuada por el imaginario occidental, además de observar detalladamente el significado que la mujer tiene en su cultura y la idea de libertad y emancipación que se haya construido, partiendo de la premisa de que no existe la objetividad, reconociendo que nuestros análisis parten de un referente cultural, y de esta manera recuperar o reconstruir formas de vida alternativas.

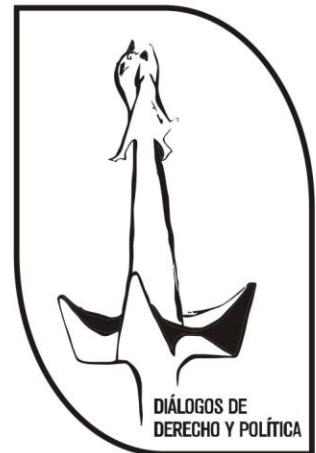
Referencias Bibliográficas

- Escobar, Arturo. *Una minga para el postdesarrollo*. En América Latina en Movimiento. No 445, Quito, (junio 2009).
- Escobar, Arturo y otros (2001). *Política cultural y cultura política: una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos*. Colombia: Taurus Icanh.
- Escobar, Arturo. *Más allá del tercer mundo: Globalidad imperial, colonialidad global y movimientos sociales anti-globalización*. En: Nómadas. Producción de conocimiento, hegemonía y subalternidad. Bogotá- Departamento de investigaciones Universidad Central. Número 20(abril de 2004). Págs. 84-100.
- Del Bravo, María Antonia (1999). *Ecofeminismo, un reencuentro con la naturaleza*. España: Universidad del Jaén.
- Herrero Yayo, Pascual Marta. *Ecofeminismo, una propuesta para repensar el presente y construir futuro*. En: Boletín ECOS CIP nº 10 (CIP-Ecosocial),de enero-marzo 2010.
- Lechnner, Norbert. *¿Por qué la política ya no es lo que fue*. Revista Foro Ideología y Sociedad. Págs. 7-15
- Leftwich, Adrian (1992). *Qué es la política: la actividad y su estudio*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lander, Edgardo (Compilador). (1998). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Simposio Alternativas al Eurocentrismo y Colonialismo en el Pensamiento Social Contemporáneo, Montreal: Clacso
- Maier, Elizabeth (2006). *Acomodando lo privado en lo público: experiencias y legados de décadas pasadas*. En: De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina. Lebon, Natalie. Mexico: Unifem.
- Naranjo, Gloria, Hurtado, Deicy, Peralta, Jaime (2003) *Tras las huellas ciudadanas*. Medellín: Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos.
- Puleo, Alicia H (2002). *Feminismo y ecología: un repaso a las diversas corrientes del Ecofeminismo*. En: EL Ecologista. Número 31.
- Puleo, Alicia (2000). *Luces y sombras del ecofeminismo*. En Asparkía. Investigación Feminista, Universidad Jaume. I n1 11.
- Restrepo, Eduardo. "Negros indolentes" en las plumas de corógrafos: Raza y progreso en el occidente de la Nueva Granada de mediados del siglo XIX. En: Revista Nómadas. No 26, (abril 2007).
- Sachs, W. (editor) (1996). *Diccionario del desarrollo*: Una guía del conocimiento como poder. Perú: PRATEC.
- Shiva, Vandana (1988). *Abrazar la vida: mujer, ecología y supervivencia*. 2 Edición. Madrid: Horas y horas la editorial.

Shiva, Vandana (1997). *Biopiratería: el saqueo de la naturaleza y del conocimiento*. 1 edición. Barcelona: Icaria.

Uribe de Hincapié, María Teresa. *Esfera pública Acción Política y Ciudadanía: una mirada desde Hannah Arendt*. En: Revista Estudios Políticos. No 19, (2001).

Varela Barrios, Edgar (2005). *Desafíos del interés público: Identidades y diferencias entre lo público y lo privado*. Universidad del Valle.



La Corte Constitucional y su tarea de renombrar los derechos humanos de la diversidad sexual y de género

Walter Alonso Bustamante Tejada

Historiador Universidad Nacional sede Medellín,
Magíster en Estudios de Género, Universidad de Chile.
Correo electrónico: walonso23@yahoo.es

Resumen

¿Por qué los derechos de las personas LGBT han sido reconocidos en Colombia por la Corte Constitucional y no por el Congreso? ¿Por qué tener que hacer evidentes los derechos que ya se suponen reconocidos? Para responder a estas preguntas, en el presente artículo se expone, dentro de un contexto histórico que generó prejuicios hacia el homoerotismo y el travestismo, la emergencia de los discursos de derechos de la población LGBT como resultado de procesos de subjetivación individuales y colectivos; discursos que se han materializado por las garantías que ofrece la Constitución Política de 1991. Se sustenta en el texto que es la Corte Constitucional y no el Congreso, quien ha re-nombrado los derechos de las personas LGBT, en su función del control constitucional y como legislador negativo y corrector de la democracia, que debe legislar desde las minorías que no son tenidas en cuenta por las mayorías legislativas. En esa labor de hacer explícito lo que ya está planteado en la carta de derechos para los y las ciudadanas colombianas, la Corte ha re-nombrado los derechos de las personas LGBT en un proceso de interpretación de la Carta Política a partir de sus principios y valores.

Palabras clave: control constitucional; Derechos Humanos; Diversidad Sexual; Diversidad de Género; LGBT.

La Corte Constitucional y su tarea de re-nombrar los derechos humanos de las diversidad sexual y de género

“La democracia sigue siendo demasiado imperfecta”
Chinchilla, 2003.

La validez de esta afirmación es lo que ha exigido, de parte de la Corte Constitucional, volver a nombrar los derechos humanos y los derechos fundamentales de las personas que hacen parte de la Diversidad Sexual y la Diversidad de Género, las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas –en adelante LGBT-. Como la democracia, entendida como el orden establecido por las mayorías, no tiene en cuenta suficientemente a las minorías, ha sido necesario que por la vía del control constitucional, en Colombia, se renombren los derechos de las personas LGBT. De este asunto versará el presente artículo.

Introducción: ¿desde dónde se habla?

Durante cerca de trece años he estado dedicado a la investigación y estudio histórico acerca del homoerotismo¹ en Colombia, labor de la cual el primer resultado fue la investigación *Invisibles en Antioquia 1886-1936, Una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad*.² Posteriormente, a raíz de las preguntas que emergieron de ese primer trabajo, incorporé a mi labor investigativa la categoría de género, a partir del cual se pueden interpretar las relaciones de subordinación hacia las vivencias de la diversidad sexual y de género, en nuestro mundo binario y heteronormal. En esa nueva etapa se produjo el trabajo *Homofobia y agresiones verbales, la sanción por transgredir la masculinidad hegemónica, Colombia 1936-1980*.³ Esta trayectoria académica fue y es pensada como un aporte a los procesos sociales en defensa de las sexualidades disidentes.

Desde el año 2009 se presentó la posibilidad de laborar en la defensa de los derechos humanos de LGBT desde la Unidad Permanente para los Derechos Humanos de la Personería de Medellín. Esa oportunidad se dio gracias a la reflexión y producción que se había realizado, y que ahora demandaba la responsabilidad de aportar de manera directa, a las realidades culturales de la ciudad y del país, para su transformación, para la superación de los prejuicios y para derrotar la discriminación.

Es en el devenir de ese proceso personal, académico y laboral, en el cual se llegó a realizar el Diploma en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, ofrecido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Esta oportunidad fue asumida como un momento reflexivo para incorporar elementos teóricos y normativos desde el Derecho, la Ciencia Política y los Derechos Humanos, para el trabajo académico y de defensa de los derechos, de la diversidad sexual y de género en la ciudad de Medellín.

¹ Hablo de homoerotismo como posibilidad de diversidad y construcción del erotismo, el afecto, la atracción, el amor, el sexo, contrario a la homosexualidad, que se refiere a una esencia inherente y sujetada al “acceso carnal”.

² Trabajo de grado para optar al título de historiador, publicado en la Editorial La Carreta en el año 2004.

³ Tesis de grado para optar al título de Magíster en Estudios de Género y Cultura en América Latina, mención Humanidades de la Universidad de Chile; publicado por el autor en el año 2008.

Del proceso anteriormente descrito parte el propósito de la elaboración de este artículo: Exponer, dentro de una historia de la diversidad sexual y de género, el reconocimiento que se ha dado de los derechos fundamentales de las personas LGBT, en respuesta a sus demandas individuales y colectivas en Colombia. Para el proceso personal antes descrito, un gran aprendizaje en el diploma ha sido conocer argumentos para entender y sustentar en adelante, que en nuestro país, los derechos de LGBT han sido re-nombrados por la Corte Constitucional como tribunal corrector de la democracia y legislador desde y para las minorías, en un ejercicio de control constitucional. En ese sentido este trabajo pretende responder a las preguntas: ¿Por qué los derechos de las personas LGBT han sido reconocidos en Colombia por la Corte Constitucional y no por el Congreso? ¿Por qué tener que hacer evidentes los derechos que ya se suponen reconocidos?

El artículo plantea la demanda por los derechos humanos de LGBT como resultado de procesos históricos de auto-reconocimiento colectivo o según la propuesta de Michel Foucault, de subjetivación. En una primera parte se expondrá una historia de las construcciones de los prejuicios sobre el homoerotismo, que han generado discriminación y fobias contra este sector de la población, proceso histórico que se vio fracturado con las demandas iniciadas por los sujetos discriminados, desde finales de la década de 1960, hasta desembocar en Colombia, en el reconocimiento de derechos por parte de la Corte Constitucional en su labor de salvaguarda de los principios y valores de la Constitución Política de 1991, labor adelantada a través de sentencias, las cuales se enunciarán para cerrar esta sección.

La segunda parte del artículo es la exposición de reflexiones para sustentar la labor realizada por la Corte Constitucional para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT, acción que parte de su carácter de instancia de control de la democracia o de legislador negativo según lo propuesto por el jurista austriaco Hans Kelsen frente a la imperfección de la democracia, que hace que muchas veces se desconozcan los derechos de las diversidades, ya sean, étnicas, etáreas, sociales, sexuales, de género y muchas otras, que por su carácter no hegemónico, no solo numérico sino identitario, se nombran como minorías.

1. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas, sujetos que se nombran después de una historia de discriminación

Parto en el presente segmento, de entender la subjetivación como un proceso por el cual el sujeto, construido culturalmente, toma distancia de la identidad y los deber ser asignados y asumidos, para reconocerse como un sujeto autónomo, que logra definirse por si mismo y decir su propia verdad.⁴ Algo así ha sucedido con las personas LGBT, que después de haber sido históricamente discriminadas y subordinadas, han vivido procesos históricos de auto-reconocimiento, de nombrarse a sí mismas, para decir una nueva verdad diferente a las que habían oído sobre ellas. Veamos el devenir de esta primera parte de la historia.

En principio nuestros conceptos, o más bien preconceptos frente al homoerotismo, tienen sus raíces en una amplia tradición cristiana que nombró las relaciones sexuales entre varones como pecaminosas, porque faltaban a la ley divina que planteaba que la

⁴ Foucault, Michel (2002).

relación sexual era entre hombre y mujer, para la reproducción y sin placer. Mandatos que se transgredían en la relación que nombraron sodomítica: entre varones, para el placer y dejando perder el líquido seminal, portador de la vida. Esta tradición dejó una concepción pecaminosa de la relación sexual entre hombres y se le llamó sodomía. Pecado y a la vez delito que estuvo vigente en las colonias españolas hasta inicios del siglo XIX.

Posteriormente se generó la idea de las relaciones sexuales entre varones como una patología a la cual se nombró de homosexualidad. Este hecho se dio en Alemania en 1869 para enfrentar la penalización a la que eran sometidos los varones que ejecutaban estas prácticas; ellos eran procesados según decía el Código Penal alemán en el “artículo 143: ‘*La fornicación contra natura cometida entre personas del sexo masculino o por personas con animales se castigará con la cárcel.*’⁵ Frente a una ley como esa, médicos, juristas, psiquiatras, sexólogos, algunos de ellos homosexuales, generaron lo que se nombró posteriormente como el primer movimiento a favor de los homosexuales. Este consistió en buscar una alternativa para que a los hombres no se les llevara a la cárcel. Lo que se les ocurrió fue plantear que era una anomalía, una patología y que por tanto no se podía castigar. Pero este acto de liberación devino en la emergencia de un nuevo prejuicio y nuevas sanciones, la homosexualidad comenzó a ser una enfermedad y se iniciaron las búsquedas y experimentaciones para su cura.⁶

Otra construcción frente al homerotismo se dio a partir de la institución jurídica a través de los códigos penales. En 1837 se publicó en Colombia el primer código penal, con el cual salió de circulación la legislación hispana y con ella el delito de sodomía. Solo hasta 1890 se hizo referencia a la relación sexual entre varones; en esta oportunidad se habló del delito de abuso sexual sobre una persona del mismo sexo y el castigo para el abusador, pero se señaló que de darse el consentimiento de la víctima, también sería objeto de sanción.⁷ Se habla de personas que tienen relaciones sexuales con otros del mismo sexo, aún no ha llegado a Colombia el homosexual, de ese sujeto inventado en 1869 se conocerá que es nombrado en 1936. Posteriormente, el artículo 323 del Código Penal de 1936 criminalizó el *acceso carnal homosexual*. Con este artículo, en Colombia estuvo penalizada la relación sexual entre varones hasta 1980, cuando se publicó un nuevo código, de donde desapareció tal delito.

Por otro lado, entre finales del siglo XIX y comienzos del XX, proliferaron los manuales de medicina legal,⁸ herramienta útil para el accionar del autoritarismo científico, a través

⁵ Zubiaur (2007).

⁶ Esta tradición llegó a Colombia al comenzar el siglo XX y se difundió a lo largo de la primera parte de ese siglo. Y como esa patología fue un invento de los representantes de la institución médica, fueron otros representantes de esa institución, los que más de un siglo después, desmintieron esa verdad: en 1974 la Organización de Psiquiatría Americana determinó que la homosexualidad no era una enfermedad mental y el 17 de mayo de 1990, la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud, eliminó la homosexualidad de la ya lista de enfermedades mentales. Resultado de ese prejuicio es que en la semana del 5 al 11 de junio de 2011 en el Noticiero Oficial de la Cámara de Representantes de Colombia, no de otro país, “se aseveró que estaban descubriendo una droga para curar la homosexualidad”. Calle (2011).

⁷ El artículo 419 del Código Penal de 1890, decía: “La persona que abusare de otra de su mismo sexo, y ésta, si lo consintiere, siendo púber, sufrirán de tres á seis años de reclusión [énfasis agregado]”. República de Colombia / Consejo de Estado, Leyes colombianas de 1890. Colección de las que expidió el Congreso en este año, Imprenta de La Luz, Bogotá, 1890, pág. 376

⁸ Véase: Putnam, 1896; Thoinot, 1916; Balthazard, 1933; Gajardo, 1939.

de los cuales los médicos peritos observaban cuerpos de sujetos nombrados como pederastas,⁹ cuerpos que presentaban, según su mirada, rasgos de peligrosidad pues habían sido utilizados en prácticas sexuales no convencionales. Por este motivo, por la peligrosidad que representaban, era necesario sancionarles, pero más que eso, reconocerlos como sujetos degenerados. Era la vigencia plena de los proyectos de Estado Nación, dentro de los cuales no había espacio para las sexualidades no heterosexuales y no reproductivas. Así pues, no solo desde los postulados religiosos, sino también desde los pensamientos liberales, se generó exclusión.

Más adelante, a lo largo del siglo XX comenzó a aparecer el homoerotismo y ahora también el travestismo en las páginas de la prensa sensacionalista¹⁰; estos medios, dedicados a la espectacularización del crimen y a dar protagonismo a actores de escándalos, delitos y comportamientos degradantes para los periodistas de bien, buscaban con ello moralizar a la ciudadanía y alertar frente a esas formas de ser y de estar en el mundo, contrario a su moral.¹¹ De ahí gran responsabilidad de asignar a lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas, como una característica propia y casi que biológica, la transgresión de normas sociales y vinculación con el delito.

De esta manera se construyeron los prejuicios sobre el homoerotismo, los cuales se arraigaron en nuestra cultura, por lo que esa idea de pecado, enfermedad, perversión, delito y escándalo, hacían impensable el reconocimiento del homoerotismo y el transgenerismo como una posibilidad de vida y de ciudadanía; no era posible pensarla como un factor vital de la personalidad de los individuos.

Sujetos en resistencia, ciudadanía en gestación

Mientras se construían, difundían y arraigaban los prejuicios frente al homoerotismo y el travestismo, en la vida cotidiana, de manera anónima, unas veces silenciosa y otras a gritos, muchos sujetos se enfrentaban a la posibilidad de identificarse, ser autónomos, nombrarse, tomando distancia de las marcas y señalamientos por parte de la institucionalidad. Es decir, había otras páginas de la misma historia, donde se escribían otros relatos. En 1929, en el periódico el Bateo se daba cuenta de esas luchas “cuerpo a cuerpo”, veamos:

Por la ciudad deambulan un escuadrón de Auroras, Josefinas, Primorosas, Angélicas y Rositas galantes y piropeadores, tan entregados a su deporte, que le van diciendo lindo a todo tipo que encuentran, así sean algunos de ellos más feos que una mula riéndose.

Maricas en los hoteles, maricas en las cantinas, en los cafés, en la calle, en los caminos, en los tranvías, maricas en todas partes, sin contar las mujeres y pipiolos.¹²

⁹ “Llámese pederastia la cópula por el recto de varón á varón ó de varón á hembra. Los pederastas son de dos especies, activos y pasivos, según que dan ó que reciben; esto es, según que buscan los placeres en los muchachos y hombres ó en las mujeres por el ano, ó según que, de uno ú otro sexo, se prestan á ser víctimas de semejantes ataques. Algunos autores quieren reservar el nombre de pederasta ó anófilo, sólo al activo, y el de andrógino al pasivo. También se les llama incubos y súcubos”. Putman (1896).

¹⁰ El nombre de travestis fue acuñado por Magnus Hirschfeld, Havelock Ellis lo llamó Eonismo, por el caballero D'Eón, espía de Luis XV en Rusia quien se vestía de mujer para realizar su trabajo.

¹¹ Para más detalles véase el trabajo de López (2005).

¹² Doctor Barrabas (1929).

Es decir, la diversidad era visible, es y ha sido parte de nuestra cotidianidad, aunque los discursos hayan buscado siempre marcarla y presionar su ocultamiento. Cinco décadas después, en 1970, Gustavo Jaramillo Jaramillo, una travesti llamada La Chola, dijo en una entrevista: “El defecto que me atribuyen no lo considero un defecto. Es como si les dijera a ustedes que tienen un defecto de ser hombres, o a las mujeres les dijera que lo tienen por ser mujeres. Así nací y así soy, ¿quién puede culparme?”.¹³ Y en 1976, Guillermo Tabares Márquez manifestó en una declaración en la Inspección de Policía, cuando fue a denunciar a un hombre por no pagarle un servicio sexual: “Yo digo que soy homosexual desde que estaba pequeño y a eso me he dedicado, tuve un problema con un amigo por el precio eso fue todo”.¹⁴

Mientras que las instituciones se dedicaban a señalar pecados, desviaciones, delitos, enfermedades, escándalos, había sujetos que hacían frente a ello, nombrándose, diciendo sus propias verdades, asumiéndose como sujetos. No tenían títulos, sus discursos no eran respaldados por institución alguna, su fuente era su vida, su experiencia, su cotidianidad; eran sujetos que se nombraban ante la autoridad para abrir fisuras que décadas después darían nuevas verdades, porque corrían simultáneas con otros acontecimientos y procesos.

Algunos de esos acontecimientos fueron: el surgimiento, desde finales de la década de 1970, en diferentes países de América Latina, del Movimiento de Liberación Homosexual (MLH),¹⁵ que liderado en Bogotá por Manuel Antonio Velandia y en Medellín por León Zuleta, iniciaron un proceso de visibilización colectiva para ser reconocidos como parte de la sociedad. Desde 1978 se publicó la revista *Ventana gay*, se llevó a cabo en 1982 la primera marcha gay en Bogotá y León Zuleta comenzó a publicar su revista *El otro*.

Estas iniciativas, individuales y colectivas, se daban en el marco de los acontecimientos contraculturales de los años sesenta y setenta, con amplio protagonismo de las juventudes y de las mujeres, sectores desde los cuales se cuestionaba el *estatus quo* de la cultura y se problematizaba la dicotomía hombre-mujer.¹⁶ Igualmente, estuvieron en consonancia con los acontecimientos del 28 de junio de 1969, en *Stonewall Inn*, bar neoyorquino donde los hombres homosexuales y travestis, esa noche se enfrentaron a la policía ante las agresiones de que eran objeto continuamente, momento a partir del cual comenzaron a nombrarse como *gay* y a anunciar lo inesperado: había que sentir orgullo de aquello por lo cual siempre se les había dicho que debían avergonzarse, es decir, por sus formas de sentir, amar y desechar; fue el nacimiento del movimiento del orgullo *gay*.

De esta manera, los sujetos, antes objetos de nominación y control por parte de la institucionalidad, comenzaron a nombrarse y demandar el reconocimiento como sujetos de derechos. Fue su proceso de subjetivación colectiva que dio origen a la población LGBT. Este proceso histórico vino a vincularse en Colombia con un acontecimiento trascendental para los logros futuros de esta población: la expedición de la Constitución Política en 1991.

¹³ Sucesos Sensacionales (1971).

¹⁴ AHM (1976).

¹⁵ En Argentina, también en los años setenta, comenzó la organización del Frente de Liberación Homosexual. Bazán (2004).

¹⁶ Véase Castells, 1996.

Los derechos fundamentales de las personas LGBT están reconocidos en la Constitución por el hecho de ser ciudadanos y ciudadanas colombianas. Sin embargo, el peso de los prejuicios descritos hace que esa ciudadanía formal sea negada o vulnerada, por lo que ha sido necesario re-nombrar, volver a nombrar esos derechos.¹⁷ La Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha hecho la confirmación de la vigencia de los Derechos Fundamentales en Colombia, también para las personas LGBT.

Es a través de sentencias de la Corte Constitucional que se ha nombrado lo evidente y que por evidente se obvia y se pueden dar las leyes o prácticas sociales que no reconocen los derechos. El re-nombrar los derechos de las personas LGBT, ha sido adelantado en un ejercicio de control y límite de la democracia por su carácter de imperfección. Estas son 35 de las sentencias pronunciadas por la Corte Constitucional, que aunque no todas han sido concedidas, sí han sido la oportunidad para el desarrollo de las interpretaciones por parte de los magistrados de la Corte Constitucional:

Sentencia	Tema tratado
T-594 de 1993	Cambio de nombre masculino por femenino o femenino por masculino en atención al libre desarrollo de la personalidad. <i>Concedida</i>
T-539 de 1994	Igualdad de los homosexuales ante negación de difundir un comercial que contenía un con beso entre hombres. <i>Negada</i>
T-569 de 1994	Derecho educación de adolescente homosexual que asume características de género femeninas con argumento de libre desarrollo de la personalidad; el ambiente en la Institución Educativa es adverso y se le llama la atención por contrariar el manual de convivencia, por lo cual decide abandonarla. <i>Negada</i> .
T-097 de 1994	Reingreso de estudiante de academia militar de Villavicencio, expulsado por el prejuicio moral debido a que era homosexual y con ademanes femeninos. <i>Concedida</i> .
T-290 de 1995	Hombre homosexual que crió a bebé que le dejaron abandonada, pasados dos años ante su solicitud de adopción el ICBF se la quita porque no cuenta con las condiciones económicas, ambientales y morales para la educación. El hombre alega discriminación. <i>Negada</i> .
T-037 de 1995	Estudiante homosexual de la Escuela de Policía de Tuluá, expulsado por “acoso sexual” reclama por derecho a intimidad, buen nombre, elección de profesión. <i>Negada</i>
C-098 de 1996	Demandada de inconstitucionalidad de artículos de la ley de uniones maritales de hecho y régimen patrimonial porque se refieren solo a parejas de hombre y mujer. <i>Negada</i> .
C481 de 1998	Derogación del Estatuto Docente de 1979 que establecía la

¹⁷ En la formalidad desde 1789 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dentro del ideal de los nacientes estados nacionales, se generaban ya otredades que demandarían el reconocimiento de su subjetividad; en ese ideal de nación, en la constitución Política colombiana de 1886, decía en el “Artículo 15. Son ciudadanos los colombianos varones mayores de veintiún años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia”. Posteriormente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se avanzó al mencionar la igualdad y la libertad para todas las personas, pero como lo formal, dista muchas veces de la realidad, fue necesaria la promulgación por parte de las Naciones Unidad, de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, en el año 2007.

	homosexualidad como causal de mala conducta para ejercer la docencia. <i>Concedida.</i>
T-101 de 1998	Derecho a la educación y ambientes de inclusión para personas homosexuales por negación de reingreso a jóvenes de una Institución en Ginebra, Valle. <i>Concedida.</i>
C-507 de 1999	Es posible ser homosexual y hacer parte de las Fuerzas Militares. Están sometidos a las mismas normas que cualquier persona. <i>Concedida.</i>
SU-337 de 1999	Casos de hermafroditismo e intersexualidad. Es necesario el consentimiento de la persona intersexual.
T-618 de 2000	Contra el ISS por haber afiliado al sistema de salud como beneficiario de su compañero a un hombre y luego desafiliarlo sin debido proceso. <i>Concedida</i>
T-268 de 2000	La diversidad sexual está protegida por la Constitución, y su expresión pública, mientras no sea ofensiva no puede ser negada, como el desfile gay en Neiva y la visibilidad cotidiana que tienen las travestis. <i>Concedida.</i>
SU-623 de 2001	Afiliación al régimen contributivo de salud de la pareja del mismo sexo. <i>Negada.</i>
C-814 de 2001	Adopción. Demanda del Código del Menor porque se refiere a la adopción solo para parejas de hombre y mujer y a quienes garanticen idoneidad moral. <i>Negada.</i>
T-435 de 2002	Derecho a intimidad y libre desarrollo en niña lesbiana frente al argumento de dudas sobre su identidad sexual en la Institución Educativa. <i>Concedida.</i>
C-373 de 2002	Retira del ordenamiento una norma que establecía el "homosexualismo" como inhabilidad para ejercer el cargo de notario. <i>Concedida.</i>
T-499 de 2003	Visita conyugal para homosexuales y lesbianas privadas de la libertad. <i>Concedida.</i>
T-808 de 2003	Reintegrar a joven scout de asociación, que fue retirado por ser homosexual. <i>Concedida.</i>
T-301 de 2004	Hombres homosexuales desplazados del camellón de Santa Marta, con el argumento de peligrosidad y atentar contra moralidad de las "personas de bien". No peligrosidad por ser homosexuales y no se puede prohibir a homosexuales lo que no se prohíbe a heterosexuales. <i>Concedida.</i>
T-725 de 2004	Conceder residencia a compañero de colombiano en San Andrés y Providencia. <i>Concedida</i>
T-1096 de 2004	Responsabilidad de las autoridades carcelarias de la seguridad y bienestar de internos ante caso de violación sexual contra hombre en centro de reclusión. <i>Concedida</i>
C-431 de 2004	Demanda de varios artículos del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares para plantear claridades ante expresiones como conducta depravada. <i>Concedida.</i>
T-848 de 2005	Requisas en Centro Carcelario no pueden generar tratos crueles, inhumanos y degradantes. <i>Concedida</i>
T-349 de 2006	Solicitud de pensión de sobreviviente al ISS. <i>Negada.</i>
C-075 de 2007	Protección a las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo y a su patrimonio. <i>Concedida</i>
C-811 de 2007	Cobertura del POS también aplica a beneficiarios de parejas del mismo sexo. <i>Concedida.</i>
T-856 de 2007	Afiliación del compañero del mismo sexo al régimen contributivo de salud. <i>Concedida.</i>
C-336 de 2008	Las parejas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, cumpliendo los mismos requisitos que las parejas

	heterosexuales. <i>Concedida.</i>
T-1241 de 2008	Reconfirma el reconocimiento de la pensión de sobreviviente según la sentencia C-336 de 2008.
C-798 de 2008	También es posible la demanda por inasistencia alimentaria entre personas del mismo sexo. <i>Concedida.</i>
C-029 de 2009	Aplicación de test de proporcionalidad para el reconocimiento jurídico y la protección de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. <i>Concedida en su mayoría.</i>
Sentencia	Tema tratado
T-051 de 2010	Para acceder a la pensión de sobreviviente, las parejas del mismo sexo no tienen que cumplir con requisitos extras ni haber registrado la unión marital de hecho. <i>Concedida.</i>
C-283 de 2011	Se concede la porción conyugal cuando el sobreviviente demuestre que lo necesita para su sobrevivencia. <i>Concedida.</i>
T-062 de 2011	Interno en cárcel que se reconoce gay transexual demanda el reconocimiento de su identidad de género y la posibilidad de ingresar sus elementos de arreglo personal. <i>Concedido.</i>

Como se observa, en general las tutelas son de constitucionalidad y de revisión, no de unificación, sin embargo, es a partir de allí que se ha hablado del reconocimiento de los derechos de toda la población LGBT, porque:

[...] es de aclarar que no sólo las sentencias unificadas y las de constitucionalidad tienen efectos obligatorios *erga omnes*, sino que también lo tienen las sentencias de revisión de tutela. Así dicha corporación en Sentencia T-569 de 31 de mayo de 2001, con ponencia del magistrado Dr. Eduardo Montealegre Lynett, señaló: ‘Si bien es cierto que la solución (parte resolutiva) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos inter partes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo. En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, [...] necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho’.¹⁸

Finalmente, el activismo de nuestra Corte Constitucional al proferir sentencias de manera continua, es un indicador de que la actuación del ejecutivo y el legislativo no está cumpliendo su misión democrática de la guarda de los derechos fundamentales de absolutamente todos y todas las ciudadanas, teniendo en cuenta sus características particulares y diferencias. Ante esto, la Corte Constitucional ha estado para la corrección de esa falta en cumplimiento de su misión constitucional.

2. Fundamentos para la acción de la corte constitucional

Para proteger la Constitución Política ante el riesgo de ser desconocida y violada con la aplicación de normas de “inferior jerarquía”, Kelsen pensó la Corte Constitucional como un tribunal para la protección de la Constitución, a través de lo que se conoce como control constitucional.¹⁹ Posteriormente y en el día de hoy, una herramienta de

¹⁸ Cerra (2001).

¹⁹ “Este no es más que la facultad que tiene un órgano (político o judicial) del Estado de hacer preservar la supremacía e integridad de la Constitución o Ley Fundamental de una país. Lo anterior se evidencia como consecuencia lógica del principio de que la ley ordinaria debe ser conforme a las disposiciones constitucionales”. Cerra (2001).

interpretación, para el cumplimiento de esa tarea, ha sido el bloque de constitucionalidad.

En Colombia, desde la reforma constitucional de 1968, en los artículos 71 y 76, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para el ejercicio del control constitucional. Luego, ese Tribunal, la Corte Constitucional, fue creado como ente autónomo con el artículo 241 de la Constitución de 1991, con la tarea de la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, señalando además que, “ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

El Tribunal, en cumplimiento de su función, ha buscado determinar si las leyes se ajustan al marco de principios y derechos fundamentales establecidos por la carta o si por el contrario son inconstitucionales y es desde ahí que ha explicitado derechos para los sectores poblacionales que así lo han demandado;²⁰ en esa medida también se constituye en defensora y protectora de la dignidad humana y expresión de “la conciencia ética de una minoría ilustrada de la sociedad colombiana, que se resiste a sucumbir a la deshumanización y al egoísmo neoliberal y al aberrante dictado de la autoridad y de la fuerza salvaje con que se opaca la justicia al revivir viejas tesis hobbesianas que creíamos superadas.”²¹

Derechos diferenciales fruto de los cambios históricos

Antes de avanzar en la exposición de las funciones que ha desempeñado la Corte Constitucional y que han traído como fruto el re-nombrar los derechos de las personas LGBT, vale la pena mencionar dos elementos que han estado presentes en su accionar: el reconocimiento de las diferencias para nombrar los derechos que son de todos y todas y el desarrollo de esa tarea como proceso histórico, porque la Corte Constitucional ha sabido ponerse al ritmo de los cambios históricos y del pensamiento.

Los derechos diferenciales implican la ruptura con una concepción liberal de la igualdad sobre la eliminación de las diferencias. Pretenden avanzar hacia la defensa de lo personal, lo particular del individuo como sujeto de derechos, mientras se combaten las desigualdades sociales; en otras palabras, se busca la “objetiva y real igualdad de los ciudadanos, no solo en la mera superestructura jurídica sino en las condiciones de su existencia social.”²² Reconocer al sujeto particular y diverso implica reconocer también que hay condiciones de vulnerabilidad que afectan de manera diferencial, que hay sujetos en los cuales se da una acumulación de discriminaciones como es pensar en la homosexualidad como pecado, delito, enfermedad, anomalía, degradación social y muchas otras concepciones que se tienen y que traen implicaciones diversas de control, discriminación y exclusión.

El reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de la población LGBT de manera diferencial, se ha dado por la acción de la Corte Constitucional a través de sus

²⁰ “El control judicial no se funda en una supuesta superioridad de los jueces, sino en la voluntad del pueblo que estableció la prevalencia de ciertos derechos y valores a partir de los cuales se derivan limitaciones a los poderes del gobierno y del parlamento.” García (1995).

²¹ Castaño (2007).

²² Gómez (2001).

sentencias y en respuesta a que los sujetos han nombrado las necesidades que tienen, y han demandado el reconocimiento de sus derechos, ya de manera individual o colectiva. Esto se ha logrado porque se ha asumido la concepción que, como los derechos protegen a cada individuo, entonces cada individuo puede demandar la atención de las cortes según su necesidad, concepción que se asumió en Colombia desde el Acto Legislativo 03 de 1910, que reformó la Constitución Política de 1886 y en el artículo 41 señaló que cualquier ciudadano podría demandar la inconstitucionalidad de las leyes. Luego se reconfirmó en el artículo 40 de la Constitución de 1991 que plantea que los ciudadanos pueden “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución.”²³

La Corte Constitucional ha estado atenta, de manera permanente a las necesidades que los sujetos y los colectivos requieren suplir para acceder a una vida realmente digna, en ese sentido ha estado atenta también a reconocer las transformaciones históricas que en este caso se refieren a la visibilización y el hecho de nombrar las vivencias diversas de la sexualidad. La atención que ha prestado a los cambios para dar a conocer sus conceptos, no implica pensar que la Constitución Política sea ya obsoleta; implica plantear que el modelo de Estado, acorde con el sentir y las necesidades de los sujetos, no es estático, inamovible y definitivo; este es dinámico y si se construye sobre la base de la dignidad humana, ¿que más activo y dinámico que el ser de cada sujeto?²⁴

El re-nombrar paso a paso, fallo a fallo, sentencia a sentencia, los derechos fundamentales de las personas LGBT, como constatación de la igualdad de todos y todas las ciudadanas, es evidencia, al igual que como sucedió con los derechos de las mujeres, que:

[...] los derechos humanos fundamentales, por otra parte, aparecen como el resultado de un proceso de valorización del concepto de persona, que, en primera etapa, pasó de ser un concepto restringido, en el derecho clásico, a comprender la universalidad de los individuos de la especie humana, cobijados por el concepto jurídico de igualdad, que sin embargo, ha debido definirse frente a las diferencias, en la segunda etapa de tal proceso.²⁵

Doctrina, Control Constitucional y Bloque de Constitucionalidad, mediaciones para los derechos LGBT

La carta política comienza nombrando a Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado de manera democrática, participativa y pluralista; fundada en el respeto de la

²³ “[...] la denominada crisis de la política ha llevado a que los problemas que no son atendidos por la vía de las decisiones políticas sean planteadas ante la Corte por los ciudadanos interesados en que se resuelvan los problemas que los aquejan” Cepeda (2001).

²⁴ “El papel de la Constitución concebida como cuerpo normativo que reunía a la vez, una doble característica, formal y material, definitivamente es limitado cuando se trata de legitimar un modelo de Estado que ineludiblemente está sujeto a las transformaciones del devenir histórico.” Vergara (2000).

²⁵ “Siguiendo a Ferrajoli, primero fue la indiferencia jurídica, que confió el destino de las diferencias a las relaciones de fuerza sometiendo, por ejemplo, a las mujeres al poder masculino. Luego vino la diferenciación jurídica, que estatuyó privilegios, especialmente a favor del ‘macho blanco y propietario’, de modo que, entre otras cosas, a pesar de la supuesta universalidad, se privó a las mujeres de los derechos políticos y de ciertos civiles. Después la homologación jurídica de las diferencias, que implicó su ignorancia, en nombre de una abstracta afirmación de igualdad; entonces las mujeres como otro segmento de la población, no sufren discriminación jurídica, pero resultan penalizadas de hecho, por amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad”, Cadena (2003).

dignidad de las personas y en la prevalencia del interés general.²⁶ De esos y otros principios y valores se desprende la carta de derechos, los cuales se convierten en el límite de la acción del estado,²⁷ en ese sentido el Estado Social de Derecho se funda en el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales de hombres y mujeres. Es en esta concepción de Estado y desde ese lugar de los derechos, que se ha desarrollado la labor de la Corte Constitucional a favor de las personas LGBT.

Al comenzar a enunciar los derechos fundamentales, después de nombrar el derecho a la vida, la carta señala la preeminencia de la libertad y la igualdad de todas las personas, derechos de los cuales es necesario demandar su poder performativo, es decir, como generadores de realidades, tal como lo señala el artículo 13;²⁸

[...] el postulado de la efectividad de la igualdad –consagrado en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución- traduce la voluntad de las autoridades públicas de proteger el principio teniendo en cuenta los resultados y no simplemente los medios. No basta, entonces, con que el estado disponga normativamente lo necesario para proteger la igualdad, es necesario, además, que ella resulte efectivamente protegida, de lo contrario tiene lugar una violación al principio y al derecho.²⁹

Más adelante en el artículo 16 se enuncia que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”; nombrar libre desarrollo de la personalidad es y ha sido, posibilitar con el uso de la libertad, la emergencia de las subjetividades, sobre lo cual no todo está escrito porque cada sujeto es un texto nuevo. Es ahí cuando se hace oportuna la intervención de la Corte Constitucional, por los conflictos que se presentan alemerger la diversidad; las nuevas ciudadanías, las múltiples subjetividades, exigen miradas integrales e interpretación casuística para la garantía de los derechos fundamentales.

Esta realidad ha exigido un desarrollo permanente de lo que significa el libre desarrollo de la personalidad, como integrador de la dignidad, la libertad y la igualdad de los sujetos y es la Corte Constitucional la que ha adelantado magistralmente esa tarea en cumplimiento de su misión y que ha servido para re-nombrar los derechos de las personas LGBT, porque así como en su momento los prejuicios sobre el homoerotismo penetraron los nervios de la sociedad, así también la interpretación desde de la carta desde sus principios y valores, permite reconocer y visibilizar el nuevo nervio del Estado Social de Derecho en Colombia.³⁰

²⁶ “Lo que quiere decir que el Estado deja de ser el fin, para convertirse en el instrumento de realización de los fines de la sociedad [...]” Rojas (2003).

²⁷ Pérez (2000).

²⁸ “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados [énfasis agregado]”.

²⁹ García (1995).

³⁰ “Con el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, se busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional” (Sentencia T-542/92).

En la Constitución Política el constituyente primario dejó planteado un ideal de sociedad, ¿Estaría en mente del constituyente primario la idea de la exclusión de algunos sujetos? Si al iniciar la Constitución se plantea la dignidad como base fundamental ¿Esa dignidad tiene límites? ¿Cuenta con cortapisas? Quizá el constituyente primario no logró imaginar los alcances y posibilidades de fundamentar su ideal de sociedad en la dignidad humana y es precisamente para lograr eficacia en el reconocimiento de esa dignidad que se hace necesaria la concepción amplia de la Constitución, donde no prime la codificación, sino que ésta pueda estar acompañada por la interpretación axiológica, es decir, los valores y principios del ideal de sociedad plasmada en la Carta, tales como: primacía de la dignidad, libertad, igualdad y pluralidad; toda esta doctrina constitucional se ha visto apoyada también en el Bloque de Constitucionalidad.³¹

El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normalmente integradas a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional.³²

Desde allí la Corte Constitucional realiza una interpretación de la Constitución, norma de normas como lo señala su artículo 4to, para que sea más clara y razonable para su aplicación integrando lo social, lo político y lo jurídico.³³ En ese proceso hermenéutico rompe con el formalismo de la norma para garantizar no solo política sino jurídicamente las libertades, la autodeterminación, los derechos de la ciudadanía. Esta herramienta también le ha permitido reconocer y aplicar aspectos nombrados en la carta, pero que en confrontación con las realidades ciudadanas, requieren aclaración y constatación para hacer explícito lo implícito de la norma; los derechos de la Diversidad Sexual y de Género han sido uno de los asuntos a explicitar.³⁴

Pero aún a pesar de que la labor ha consistido en explicitar el espíritu de la Constitución, esa tarea también ha tenido que enfrentar conflictos, porque interpretar la ley ha llevado a controlar a la mayoría cuando se equivoca (García, 1995)³⁵. Ese control puede permitir la eficacia y realidad de los derechos humanos, en coherencia con aspirar a una democracia, donde el poder de las mayorías que definen las normas del país, tenga en cuenta a las minorías políticas, tenga en cuenta a todos los miembros de la sociedad.

³¹ “Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

³² Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. “Esta idea de alcanzar un mínimo de eficacia del contenido de la Constitución, ha impulsado a extender su contenido material en un claro plexo axiológico emanado de aquellas normas constitucionales que ostentan el rango de directivas o tópicas en la ardua labor de interpretación del sistema jurídico.” Vergara (2000).

³³ “La Corte Constitucional es un poder que cogobierna. La función de control es por esencia *política*, y no solo porque es una función estatal –y lo estatal es político-, sino además porque la función de interpretar la constitución tiene repercusiones de la más variada índole que rayan con aquellas tareas que se mueven en zonas elásticas, con discrecionalidad amplia, con opciones diversas de oportunidad de decidir y de impedir decisiones de otros órganos.” Moncada (1998).

³⁴ Vergara (2000).

³⁵ “Esto es así porque las mayorías democráticas pueden abusar del poder que tienen y cometer muchas arbitrariedades contra las minorías democráticas y es la existencia de un Tribunal Constitucional la que garantiza que estas mayorías no se extralimiten en sus funciones y competencias.” Carvajal (2009).

Corregir la imperfección de la democracia, corregir la voluntad de las mayorías, otro aspecto del control

En su concepción usual la democracia es el poder de la mayoría, el gobierno justo de los más sobre las pretensiones espurias y sospechosas de los menos, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos. Una vez concluido el escrutinio de votos y proclamado el resultado, la minoría desaparece como entidad del mundo político e incluso carece de voz y representación.³⁶

El Congreso de la República es expresión política de ese poder de la mayoría, manifestación de la voluntad popular, expresión de la democracia, aquella que se entiende por la posibilidad de participar en elecciones y elegir a los gobernantes, entre ellos a los miembros del Congreso, que entonces representan a toda la ciudadanía; sin embargo esto no es tan real, quienes llegan allí representan a sectores con poder evidenciando que la democracia no garantiza la representación de todos, “que mayorías no es todos”.

Porque, depurada de toda hojarasca retórica, la democracia no es más que un procedimiento cuantitativo de adopción de decisiones colectivas vinculantes: un simple procedimiento reglado de deliberaciones y formación de consensos, emanado a producir o legitimar decisiones mediante la verificación cuantitativa de agregados de preferencias individuales coincidentes llamados mayoría y minoría.³⁷

Pero bien, si vamos un poco más allá y tratamos de reconocer las características del Congreso colombiano como representación de las mayorías y sus intereses, encontramos allí la presencia de una mayoría de raíz cristiana, educada según principios cristianos traducidos en la modernidad en discursos de urbanidad a la manera de Carreño; una mayoría heteronormativa y binaria.³⁸ Esas características comprenden también la herencia de prejuicios religiosos, legales, médicos y educativos ante la diversidad sexual y de género, que se convierten en límite para el reconocimiento de las subjetividades diversas sexualmente y en su género, por lo que es de esperarse que “el querer de la mayoría” no entre a reconocer “el querer de la minoría” en términos de cuerpo, sexo y sexualidad y que por tanto exista y se legisle desde una sociedad cristiana, patologizadora, panóptica y segregacionista como el ideal del estado nación homogéneo; es más, La Mayoría representaría un universal respecto al cual las minorías múltiples, diversas, fracturan el orden establecido y generan fisuras en la “voluntad general.”

Los derechos fundamentales, por ser fundamentales, inherentes al ser humano, no pueden ser desconocidos por la mayoría con argumentos tales como el bien común o el interés general. Chinchilla cita a John Stuart Mill en el texto *La Democracia en América* para plantear que “la opinión mayoritaria de una sociedad en materia moral e intelectual

³⁶ Chinchilla (2003).

³⁷ Chinchilla (2003).

³⁸ Heteronormatividad hace referencia a la asunción de la heterosexualidad como la norma, como el deber ser de todas las personas, que hace suponer que todos y todas somos heterosexuales. El binarismo hace referencia al sistema de sexo y género establecido en occidente desde el siglo XVIII, con la diferenciación de los dos sexos y a los cuales se les han asignado unas identidades y mandatos de género que se establecen como inamovibles y naturales: hombre=masculino y mujer=femenina.

carece de toda legitimidad para imponer modelos de vida virtuosa o planes de vida valiosos a los individuos”³⁹ pues puede desconocer y en efecto lo hace, la autodeterminación, las libertades de los individuos y la diversidad.⁴⁰

Mientras el Congreso legisla desde un ideal de sociedad según el deseo de las mayorías, es necesario que la Corte Constitucional legile para las minorías en cumplimiento de su misión de corregir, limitar o llamar la atención desde la voz de las minorías que no quedan recogidas en las decisiones democráticas; por eso es necesario el control de la mayoría, control que es contra-democrático a la mayoría política porque controla al legislador cuando discrimina deliberadamente.⁴¹

Por eso, en nuestras sociedades, en las organizaciones políticas se da la tensión entre el ejercicio del poder por parte de las mayorías, el enunciado de la libertad que choca con esos poderes hegemónicos y la imposibilidad de unanimidad a veces deseada y pensamiento igual para evitar los conflictos. “Es entonces cuando se deben concebir los sistemas de controles que eviten que las mayorías impongan intereses facciosos sobre intereses públicos.”⁴²

La contracción del poder es lo que puede permitir la emergencia de las individualidades y de estas con derechos. En palabras de Foucault, será un cambio en la correlación de fuerzas que posibilitan la emergencia de las subjetividades. Es necesario entonces, pensar cuál es la noción de democracia propicia para las subjetividades múltiples, cómo poner en diálogo o cómo se enfrentan, la definición de la democracia como el poder de la mayoría, con la democracia según James Madison en el texto *El Federalista*, donde plantea la democracia “como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria.”⁴³

Jurisprudencia constitucional, Legislar para las minorías

La herencia del ideal de Estado Nación Moderno, que puso en marcha el Estado de Derecho, ha dejado en la memoria, la nostalgia por lograr una sociedad única, indivisible con una sola identidad nacional, sexual, social y económica, que generó e insiste en generar otredades que no caben dentro de ese modelo ideal.

³⁹ Chinchilla (2003).

⁴⁰ “el difunto ex magistrado Ciro Angarita Barón, quien en Sentencia T-428 de 1992 señaló: ‘La prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos [...] el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría e incluso de una persona. La protección de los derechos individuales no está sometida al vaivén del interés general’”, Cerra (2001).

⁴¹ Es por eso que reitera el profesor Chinchilla que “los órganos decisarios son tanto más representativos cuanto mejor reflejen en su composición la distribución de preferencias –mayoritarias y minoritarias– de un universo ciudadano [...]” Chinchilla (2003).

⁴² Skinner (2003).

⁴³ Chinchilla (2003).

Lo que ha hecho la Corte Constitucional con la jurisprudencia que ha sentado, es demostrar que “en el constitucionalismo democrático no puede haber soberano, ni siquiera el pueblo mismo puede llegar a atribuirse este carácter.”⁴⁴ No se puede olvidar que la sociedad no está compuesta de una mayoría, sino de un encuentro, una articulación de una gran mayoría, a partir del cruce de características, intereses, expectativas y proyectos de múltiples; minorías que posibilitan la generación de una mayoría diversa, de una sociedad múltiple, así pues, “la sociedad puede ser dibujada mejor como un enjambre abigarrado de minorías en compleja e intensa interrelación, todas ellas en pos de maximizar sus objetivos y controlar algunas decisiones que las afectan, aunque con diferencias grandes de intensidad.”⁴⁵

Ahí surgen preguntas gruesas, porque si en la voluntad de la mayoría se reconoce la igualdad, pluralidad y libre desarrollo de la personalidad, ¿por qué cuando la Corte Constitucional interpreta para validar la diversidad sexual y de género, surgen críticas? Por los prejuicios culturales; porque además, como se acaba de señalar, hay múltiples minorías, unas sacralizadas y otras no, y con diversas intensidades. Muestra de ello es que aunque poco a poco y en respuesta a las demandas presentadas, se han ido re-nombrando los derechos de las personas LGBT, aún se observan demoras como en el caso de la aprobación del matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo.

Al referirse a las minorías, el profesor Chinchilla, habla de la existencia de unas minorías sacralizadas dentro de las cuales menciona las religiosas, étnicas, discapacitados, personas desplazadas, madres cabeza de hogar, ancianos y ancianas, minorías que pueden ser valoradas mínimamente desde una mirada cristiana que muchas veces se formaliza en la práctica de la caridad. La población compuesta por LGBT no hace parte de las minorías sacralizadas, porque ya desde antes se les observaba como la expresión de conductas censurables; su carácter disidente, transgresor de normas culturales sobre las cuales se sostienen la familia, el cuerpo, la sexualidad y los modelos de masculinidad y feminidad del sistema binario de sexo/género occidental, hacen que se mantengan vigentes las barreras para la inclusión y aceptación social y jurídica desde la democracia.⁴⁶

Es precisamente esta historia de discriminación y situación conflictiva lo que le ha presionado a constituirse en “minorías políticas y moralmente significativas”, con la promoción de discursos propios para confrontar a la mayoría, demandar normas, leyes, condiciones para una ciudadanía plena y la denuncia de ostracismo en el que se les ha mantenido. En esta minoría el factor numérico no sería el que prima al demandar reconocimiento, es un asunto de intensidad, de fuerza para lograr una existencia plena y digna.⁴⁷ Este sector poblacional se considerará entonces como una “minoría substantiva” por ser un “grupo social de tamaño variable cuyos contornos están demarcados por una

⁴⁴ García (1995).

⁴⁵ Chinchilla (2003).

⁴⁶ Sobre los homosexuales: “La Corte Constitucional colombiana ha optado entonces por considerar al colectivo en mención como un grupo social tradicionalmente discriminado, merecedor de una especial protección por parte de los poderes públicos.” Rodríguez (2005).

⁴⁷ “La regla de mayoría acusa una grave limitación al ignorar las intensidades de las preferencias individuales y, sobre todo, de las minorías. La intensidad constituye el factor más dinamizador para la formación de acuerdos satisfactorios en colectivos que deben resolver flujos continuos de decisión [...] la regla de mayoría, ciega a las intensidades, se revela como un instrumento romo y poco idóneo para las delicadas filigranas de los acuerdos transaccionales”, Chinchilla (2003).

característica socialmente relevante que ha desatado conflicto social frente a otros segmento social considerado mayoritario y que ha sentido un tratamiento de exclusión.”⁴⁸

Así pues, desde la perspectiva de la democracia como conglomerado de minorías es válido plantear y validar la acción del tribunal constitucional, como es la Corte Constitucional para señalar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, que aunque establecidas por la mayoría democrática, pueden resultar arbitrarias, desconocedoras de particularidades y subjetividades y violatorias de derechos como el de la igualdad, la libertad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad.⁴⁹

Como guardiana de los derechos fundamentales y de las libertades, principalmente del individuo y de las minorías frente al ‘pedir de las mayorías’, la Corte Constitucional ha conseguido que en el país se haga efectivo que “Las Constituciones son ‘cadenas con las que los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de lucidez para no morir por su propia mano el día de su locura.”⁵⁰ Su labor ha sido la de recordar a la democracia colombiana, que no se pueden olvidar particularidades, necesidades de sectores específicos y que hay unos valores y principios que deben garantizar los derechos y dignidad de quienes habitamos el territorio nacional.

⁴⁸ Chinchilla (2003).

⁴⁹ “La Corte Constitucional como el organismo encargado de velar porque las disposiciones, derechos y principios de la Constitución sean respetados por todos y cada uno de los miembros que integran el Estado y que en caso de alguna vulneración efectiva o tentada a la Carta Magna, se pueda realizar el análisis pertinente para hacer prevalecer la voluntad soberana consignada en la Constitución.” Rojas (2003).

⁵⁰ Carvajal (2009).

Referencias Bibliográficas

Archivo Histórico De Medellín, AHM. Caja 155, carpeta 42, sumario 2371 de noviembre de 1976.

Balthazard, B. (Dr.) (1933). *Manual de medicina legal*, Biblioteca de Doctorado en Medicina bajo la dirección de Carnot y Fournier, Barcelona, Salvat.

Bazán, Osvaldo (2004). *Historia de la homosexualidad en la Argentina: De la conquista de América al siglo xxi*. Buenos Aires: Marea.

Cadena Antolínez, Sergio Emilio (2003). *El 'Choque de trenes' una paradoja de los derechos humanos*. En: DIXI, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga. Edición 06.

Calle Lombana, Humberto de la. "Exorcismos". En: *El Espectador.com*. Edición Online. 12 de junio de 2011.

Carvajal Hernández, Juan Esteban. *La Corte Constitucional: Entre la libertad y la restricción*. En: Estudios de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Medellín, Diciembre de 2009, volumen 66 No. 148.

Castaño Zuluaga, Luis Ociel. *En defensa de la justicia constitucional* En: *Opinión Jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Medellín. Julio-Diciembre de 2007.

Castells, Manuel (1996). *La era de la información: Economía sociedad y cultura*, Vol. ii. México: Siglo xxi.

Cepeda Espinosa, Manuel José (2001). *La Corte Constitucional: un pilar de la democracia*. En: *Economía Colombiana y Coyuntura Política*. Revista de la Contraloría General de la República, #286.

Cerra Nolasco, Eduardo (2001). *El Control de Constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional*. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte, 16. 162-179, v. II.

Chinchilla Herrera, Túlio Elí (2003). *La mayoría no existe ¿Pertenece usted a una mayoría o a una minoría? Reglas cuantitativas de la democracia*. Legado del Saber 14. Contribución de la Universidad de Antioquia al Conocimiento. Medellín, Universidad de Antioquia. Consultado el 6 de junio de 2011 en: <http://derecho.udea.edu.co/descargas/artdoc/legado%20del%20saber.pdf>

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-542 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Doctor Barrabás, "Medellín, tierra de dañados", En: El Bateo, Medellín, noviembre 12 de 1929, pág. 2, citado en: Rojas, *op. cit.*, cita 3, parte 2.

Foucault, Michel (2002). *La Hermenéutica del Sujeto*. 2da. México: Fondo de Cultura Económica.

Gajardo, Samuel (1939) (Juez de menores de Santiago), Medicina legal. *Normas para la enseñanza jurídica del ramo en las universidades latino-americanas*, Santiago de Chile, Nascimento, Tomo ii.

García Villegas, Mauricio. *La democracia constitucional: entre la libertad y la igualdad*. En: Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia 7-8, Medellín, Diciembre 1995-junio 1996.

Gómez Serrano, Laureano. *El Control Constitucional en Colombia. Evolución histórica*. En: Temas socio-jurídicos. Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga. Volumen #41, Dic. 2001.

López Betancur, Olga del Pilar (2005). *Amarilla y roja. Estéticas de la prensa sensacionalista*. Medellín: Universidad Eafit y Universidad Nacional de Colombia.

Moncada Zapata, Juan Carlos. *Control Constitucional y separación de poderes en el mundo contemporáneo*. En: Estudios de Derecho, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Medellín. Año LX-Segunda época -Mayo de 1998, volumen LVII, No. 129.

Pérez Restrepo, Bernardita. *Límites y controles a la justicia constitucional*. En: Letras Jurídicas, Vol 5, No. 2, Medellín, septiembre de 2000.

Pogge, Thomas (2008). *¿Todos tenemos 'Derechos Humanos'?*. En: ALEXANDER George (ed): *¿Qué diría Sócrates hoy?: Una antología de respuestas de filósofos contemporáneos a preguntas planteadas por sus lectores*. Madrid: Ed. Temas de Hoy.

Putnam, Carlos E (1896). *Tratado práctico de medicina legal en relación con la legislación penal y procedimental del país*, Bogotá, Imprenta de Antonio M. Silvestre, Tomo i.

República De Colombia / Consejo de Estado, Leyes colombianas de 1890. Colección de las que expidió el Congreso en este año, Imprenta de La Luz, Bogotá.

Rodríguez Peñaranda, María Luisa (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rojas López, Juan Gabriel (2003). *En defensa de la constitucionalidad en Colombia*. En: Círculo de Humanidades Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Autónoma Latinoamericana, 23/24.

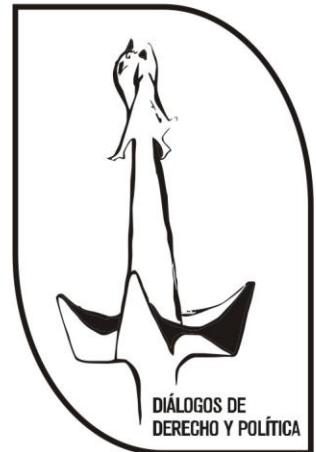
Skinner Vasquez, Marco Aurelio (2003). *Controles Constitucionales vs Violencia*. En: DIXI, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga. Edición 06.

Sucesos sensacionales, N° 703, Medellín, enero 15 de 1971.

Thoinot, l. (1916). Tratado de medicina legal, Barcelona, Salvat.

Vergara Cortes, Rodrigo. *El Bloque de Constitucionalidad*. En: Estudios de Derecho 133-134, Medellín. Volúmen 49, Diciembre de 2000.

Zubiaur, Ibón (2007). *Pioneros de los homosexual: K.H. Ulrichs, K.M. Kertbeny, M. Hirschfeld*. Barcelona: Antrophos.



Hacia la desmitologización del recurso extraordinario de casación

Sandra Patricia Álvarez Mejía

Abogada, Facultad de Derecho Universidad de Antioquia;
Especialización en Seguridad Social de la Universidad Autónoma
Latinoamericana.
Correo electrónico: sandraalmejia@gmail.com

Resumen

En su artículo 235, la Constitución de 1991 precisa que la Corte Suprema de Justicia debe actuar como Tribunal de Casación. La inclusión del Recurso de Casación dentro de la Carta Magna señala la importancia que el Constituyente, y en su representación todo el pueblo colombiano, otorga a este recurso como medio de unificación y defensa del ordenamiento jurídico en su totalidad. Corresponde al legislador señalar detalladamente dentro de cada proceso correspondiente, las normas que regulan este importante recurso. Sin embargo, vemos cómo en la realidad son muy pocos los abogados que se atreven a realizar demandas de Casación por diferentes razones, especialmente por las exigencias técnicas y la correspondiente penalidad por no cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley a juicio de la Corte Suprema en la Sala correspondiente. Sin embargo, el legislador ha ido dando varios avances en esta materia, facilitando el acceso a la justicia de muchos colombianos. La Corte Constitucional en dos sentencias muy importantes dictadas en el presente año, va confirmando esta línea que va haciendo del recurso un medio de defensa no solo de un grupo reducido sino al servicio de todos los colombianos.

Palabras Clave: Casación; recurso extraordinario; Restitutio in integrum; artículo 235 constitucional.

Hacia la desmitologización del recurso extraordinario de casación*

Comencemos por lo básico. ¿Qué significa la palabra “casación”? Casar significa “quebrar”, “anular”. De una manera más técnica, podríamos afirmar que es aquel recurso que “se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento.”¹

En palabras más sencillas, podríamos decir que es aquel recurso que se interpone contra sentencias que a nuestro juicio vulneran de una u otra manera el ordenamiento jurídico. La casación es una manera eficaz de velar por la unificación del ordenamiento jurídico.

Si nos remontamos a la historia de la casación, tenemos que ir al derecho romano, en el que se veían algunas pinceladas del recurso. El derecho romano, en la época justiniana, conoció de sentencias válidas, nulas y recurribles; éstas últimas, ya fuera por la vía de la apelación o por la llamada “restitutio in integrum”. Esta figura es la que mas se acerca a la casación actual ya que recaía en una sentencia que, sin ser nula de pleno derecho, era recurrible por la vía de una verdadera anulación, entendiéndosele entonces como un recurso de carácter extraordinario concedido por el Pretor para rescindir los efectos de un acto y restablecer una situación existente modificada por ese acto.

Así, la **Restitutio in integrum**, era una “medida jurídica consistente en la cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o negocio jurídico, restableciendo la cosa o situación en su estado anterior, como si tal hecho o negocio jurídico no se hubiera realizado. En la esfera del derecho procesal romano constituye una de las medidas que tiene a su alcance el magistrado para solucionar una cuestión en virtud a su imperium. La concedía por decreto previo conocimiento de causa estimada justa, presente el adversario o declarada su contumacia.”²

Sin embargo, la figura de casación, como la conocemos en la actualidad, nos lleva a remitirnos a la Francia revolucionaria. “El origen específicamente cronológico de la casación puede situarse en los Decretos de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790 mediante los que se creó el “Tribunal de cassation” (...) En concreto tres serán los factores determinantes en el nacimiento de la casación: En primer lugar, el concepto “ley” se convierte en uno de los principales ejes sobre los que gira la doctrina revolucionaria. La idea central es que los ciudadanos se someten libre y voluntariamente a la ley que ellos mismos otorgan y de ahí que se plantee la necesidad de articular una vigilancia sobre el correcto uso de la voluntad del pueblo soberano y una igual aplicación de la ley para todos, a través de la creación de un órgano que con un criterio único mantuviese a los jueces dentro de los límites permitidos por la ley. En segundo lugar, adquirirá capital importancia la creencia en el modelo de separación de poderes (...) Finalmente en tercer

* El presente artículo es producto del trabajo intelectual del autor. La idea de su elaboración nace a raíz de la participación en el Seminario: El recurso extraordinario de casación en el proceso civil y laboral, promovido por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia durante el mes de junio del 2011.

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Consultado En: <http://buscon.rae.es/draeI/>

² Consultado En:

http://www.dreyes.com/page/diccionario_maximas/significado/R/1008/RESTITUTIO-IN-INTEGRUM

lugar, debemos destacar la gran influencia adquirida y derivada de la experiencia histórica (...).

Con esta idea de vigilancia y sirviendo a un interés más bien político en defensa de los intereses del Monarca contra el poder de los Parlamentos, se creó una sección del Consejo de Estado que atendía las quejas de los particulares cuando consideraban que la decisión de uno de los Parlamentos era contraria a una ordenanza real: el Conseil des Parties. De aquella experiencia previa, ante el temor de que los órganos jurisdiccionales transgrediesen el derecho objetivo (...) y tratando de evitar los excesos cometidos por los jueces durante el antiguo régimen, la asamblea crea el Tribunal de Cassation.”³

En nuestro país, se reconoció la figura de la casación en el artículo 151 de la Constitución de 1886 y se mantuvo en la reforma de 1936 al señalar que la Corte Suprema de Justicia, era la encargada de “conocer de los recursos de casación conforme a las leyes”. En la reforma de 1945 se suprimió la referencia constitucional aunque se mantuvo la regulación legal, y se volvió a incluir dentro de la Constitución de 1991 en el artículo 235, en donde se señala que la Corte Suprema de Justicia actuará como Tribunal de Casación.

Esta protección constitucional señala la importancia capital del recurso como medio de defensa, de búsqueda de seguridad jurídica y unificación del ordenamiento jurídico en el contexto de un Estado Social de Derecho. Según la misma Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “el recurso extraordinario de casación no puede ser interpretado sólo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso (...) y con el modelo de Estado en el que él se inscribe.”⁴

Ahora bien. Sobre el recurso de casación hemos escuchado muchas veces hablar en las aulas académicas, en el ámbito laboral, a nuestros mismos colegas. A todos nos queda claro que no se trata de una instancia más en el proceso, y que es un recurso justamente como su nombre lo indica, de carácter **extraordinario** al que podemos recurrir en caso de que veamos en la sentencia, alguna inconsistencia ya sea con referencia a la normatividad aplicada, o no aplicada o no interpretada adecuadamente o ya sea con referencia al tema probatorio, sea porque había una prueba que no se vio o no había una prueba que aparentemente vio el juzgador de instancia y esta no existía, o sea que la prueba no cumplía con las formalidades requeridas por la ley.

Dentro del ámbito profesional, vemos un número bastante reducido de abogados que se “atreven” a interponer un recurso de casación. ¿Será acaso, como algunos lo llaman, un “recurso de élites”? ¿Cómo aproximarnos a este recurso? ¿No habrá, más bien un mito en torno a este recurso?

Muchas veces las exigencias de técnica, el monto de la cuantía para poder acceder al recurso, la penalidad impuesta al apoderado, etc., son filtros o barreras que van tornando a la casación un recurso para “algunos”. Sin embargo, esto no es ajeno al legislador. En el

³ Delgado Castro, Jordi (2009). La historia de la casación Civil Española. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII. Valparaíso, Chile, págs. 347-349

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de octubre de 2005. M.P. Mauro Solarte Portilla. Casación 24026.

decreto 2651 de 1991, en el artículo 51 se señalan algunas reglas acerca de las demandas de casación, y en ellas se ve claramente la intención del legislador de reducir al mínimo las exigencias técnicas y buscar mas bien la realidad, más que lo formal con el fin de que la casación cumpla con su objetivo de unificación del ordenamiento jurídico.

En la sentencia C - 203 de 2011 la Corte Constitucional declara inexequible el artículo 49 de la Ley 1395 de 2010, que modificaba el artículo 93 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

“ARTÍCULO 49. Modifíquese el artículo 93 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así:

Artículo 93. Admisión del recurso. Repartido el expediente en la Corte, la Sala, dentro de los veinte días hábiles siguientes, decidirá si es o no admisible el recurso. Si fuere admitido, dispondrá el traslado al recurrente o recurrentes para que dentro de este término presenten las demandas de casación. En caso contrario se procederá a la devolución del expediente al sentenciador de origen.

Presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos antes señalados. Si así lo hallare ordenará el traslado de ella a quienes no sean recurrentes, por quince días hábiles a cada uno, para que formulen sus alegatos.

Si la demanda no reúne los requisitos, o no se presente en tiempo, se declarará desierto el recurso, y se impondrá al apoderado judicial una multa de 5 a 10 salarios mínimos mensuales.

La Corte Constitucional decidió declarar INEXEQUIBLE la expresión “no reúne los requisitos o” contemplada en el artículo 49, inciso tercero de la Ley 1395 de 2010.

La Corte considera que la multa impuesta al apoderado solo es viable en el caso de que el recurso sea interpuesto extemporáneamente, ya que considera que el solo hecho de no cumplir con los “requisitos” exigidos por la ley, vulnera el derecho a la igualdad y al debido proceso, así como el acceso a la justicia. Afirma la Corte en la sentencia en estudio:

“En efecto, con relación a los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad y que deben ser tenidos en cuenta por el legislador al momento de ejercer su poder de configuración legislativa en materia procesal, la Corte estimó que le asiste razón tanto el demandante como a los intervenientes cuando señalaron que con el precepto se vulneran los mandatos establecidos en el artículo 13 de la Constitución. En particular, al ofrecer el mismo trato al demandante en casación que no presenta el recurso, respecto de aquel que lo hace pero sin cumplir con las exigencias de ley. No encontró razonable el empleo del principio de igualdad formal aplicado ante situaciones diversas como las que se regulan en el inciso final del artículo 49 de la Ley 1395 de 2010. Una de ellas, en principio, denota negligencia por parte de quien representa a la parte interesada en interponer el recurso, tras la notificación de la sentencia de segunda instancia. No parece arbitrario, si la extemporaneidad del recurso es injustificada, no sólo declarar desierto el recurso, sino también la imposición de una sanción correccional de carácter pecuniario al abogado que no cumple con su deber. Al menos prima facie, es una medida que se justificaría en el impacto que sobre la escasez de recursos del aparato judicial, posee la abusiva o irresponsable utilización de los medios de defensa judiciales; una medida

destinada a afianzar el respeto a los principios de celeridad y eficiencia en los procedimientos y actuaciones judiciales.

Muy distinto es el caso de quien presenta en tiempo la demanda de casación laboral, pero sin los requisitos de ley. Se trata de una carga procesal consistente en sustentar de manera técnica y con las exigencias argumentales previstas en la ley y por la jurisprudencia de casación laboral, este recurso extraordinario y de difícil acceso. Por ser una carga y no un deber ni obligación procesal, las consecuencias de su incumplimiento no pueden ser sino las desfavorables para sí mismo (el declarar desierto el recurso), no la prevista en el inciso final en el artículo 49 de la Ley 1395 de 2010. A juicio de la Corte, más allá de la anomalía técnica normativa, lo que aparece allí no es otra cosa que la imposición de una medida correccional que resulta inadmisible, porque no puede ser sancionable el sólo hecho de haber ejercido un recurso de manera oportuna pero insatisfactoria, como resultado de las discrepancias razonables que sobre su procedibilidad, tuvieron los magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar la demanda respectiva”

También vemos otro avance en cuanto a la cuantía exigida para la presentación de demandas de casación en el ámbito laboral. El legislador exigía en el artículo 86 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social una cuantía que excediera los 220 salarios mínimos legales vigentes. La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C- 372 de 2011, estableció que la cuantía debía exceder los 120 salarios mínimos legales vigentes. A juicio de la Corte “el aumento de la cuantía de 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 220 salarios para determinar el interés de acudir en casación laboral, prevista en el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010, imponía una grave restricción del derecho a acceder a la justicia de la gran mayoría de los trabajadores colombianos, cuyo ingreso apenas asciende a un salario mínimo. En efecto, la norma exigía para un inmenso número de trabajadores un requisito imposible de cumplir que haría por tanto nugatorio el ejercicio de este recurso extraordinario (...)

Para la Corte, el aumento en el monto de la cuantía de la casación laboral, es una medida absolutamente desproporcionada y a pesar de encontrarse fundada en el objetivo de la descongestión judicial, sacrifica las garantías fundamentales y, por tanto, no satisface las exigencias de un juicio de razonabilidad. Advirtió que a pesar de tratarse de un recurso extraordinario, la casación tiene especiales funciones dentro de un Estado Social de Derecho, por cuanto a través de ella se unifica la jurisprudencia y se promueve la realización del orden legal y constitucional. En materia laboral, implica la protección y la determinación del alcance de las garantías de los trabajadores y, por ende, está estrechamente vinculado con la vigencia de los derechos fundamentales.”

Vemos entonces, diferentes avances que nos hablan de una evolución en el recurso de casación, por el cual en un Estado Social de Derecho, resulta ser un medio excelente de unificación del ordenamiento jurídico. Cada vez vamos avanzando más a la realidad material que formal, buscando trascender las barreras “legalistas” en pro de la defensa de los derechos de los colombianos y de la protección del sistema jurídico en su totalidad.

Referencias Bibliográficas

Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed LEGIS, 27 Edición. Bogotá, Colombia, 2011.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1395 de 2010 “por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de octubre de 2005. M.P. Mauro Solarte Portilla. Casación 24026.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 203 de 2011.

_____, Sentencia C-372 de 2011.

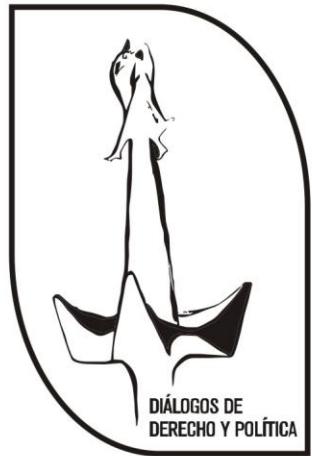
Decreto 2651 de 1991, “Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos Judiciales”.

Delgado Castro, Jordi (2009). La historia de la casación Civil Española. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII. Valparaíso, Chile.

Diccionario de la Real Academia Española. Consultado En: <http://buscon.rae.es/draeI/>

Diccionario Leyes. Consultado En:
http://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/R/1008/RESTITUTIO-IN-INTEGRUM

Gómez Sierra, Francisco (2011). Constitución Política de Colombia. Ed. Leyer, edición 29, Bogotá Colombia.



La vigencia de la posesión notoria de estado civil de hijo extramatrimonial frente a la práctica de la prueba de ADN

Esteban De Jesús Valencia Cano

Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia
Correo electrónico: estevano15@gmail.com

Resumen

La reclamación de la filiación de hijo no puede determinarse, exclusivamente, como se viene aplicando hoy en día, por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos, con base en el resultado obtenido de la práctica de la prueba de ADN (tal y como lo establece la Ley 721 de 2001), ya que en nuestro ordenamiento jurídico se mantienen vigentes, en la Ley 45 de 1936 y en la Ley 75 de 1968, las presunciones o medios indirectos para reclamar dicha paternidad, más aún cuando constitucional y legalmente se encuentran consagrados en nuestra legislación principios como la libre valoración de la prueba y la libertad probatoria, los cuales conllevan la necesidad por parte del juez de tener en cuenta, además del resultado de la prueba científica, todo el caudal probatorio allegado al proceso, para de este modo garantizarse derechos constitucionales y fundamentales, tales como el derecho a reclamar su filiación y a tener una familia.

Palabras clave: presunción legal; tarifa legal probatoria; nexo jurídico; nexo biológico de la paternidad.

La vigencia de la posesión notoria de estado civil de hijo extramatrimonial frente a la práctica de la prueba de ADN*

Introducción

A partir de la vigencia de la Ley 721 de 2001, se crearon una serie de controversias respecto de la obligatoriedad y del tratamiento dado al examen de ADN realizado en aquellos procesos donde se investigue la filiación, toda vez que se toma por parte del legislador a dicha prueba científica como suficiente para declarar la paternidad, ya que permite encontrar la verdad real de los hechos, debido al alto grado de probabilidad arrojado (99.999%).

Sin embargo, con la expedición de esta nueva Ley no se derogaron totalmente las disposiciones anteriores, contenidas en la Ley 45 de 1936 y en la Ley 75 de 1968, en donde se contemplan las presunciones o medios indirectos como una forma válida para determinar la filiación, por lo que éstas se encuentran vigentes hoy en día, y por ende, no puede ser posible supeditar su aplicación a la práctica de la prueba de ADN, máxime si se consideran los principios existentes en nuestro sistema jurídico como lo son la libre valoración de la prueba y la libertad probatoria. De manera que el valor probatorio de este tipo de pruebas científicas no es absoluto, pues siempre existe un espacio para la duda (así sea del 0.01%), el cual deberá ser suplido por otros medios probatorios tales como los testimonios, los indicios y las pruebas documentales, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional en su labor interpretativa sobre las normas.

Por lo anterior, se pretende establecer que aún cuando continúan vigentes las presunciones consagradas en la Ley 45 de 1936 y en la Ley 75 de 1968, éstas realmente no tienen aplicación dentro de la práctica jurídica diaria de los abogados, ni siquiera como un medio complementario de la prueba de ADN, que a todas luces se ha convertido en la prueba plena dentro de los procesos de filiación, tal y como lo ratifica en sus decisiones la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en contraposición a lo enunciado por la Corte Constitucional.

1. La posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial como un medio para reclamar la filiación

La filiación matrimonial y extramatrimonial tienen una significativa relevancia en la vida de todo individuo, en tanto le permite reclamar en virtud de ese estado civil de hijo, los derechos y obligaciones de quien sea o se presume ser su padre biológico, toda vez que a partir de dicha calidad o situación civil de la persona, ésta se identificará plenamente y se producirán los efectos jurídicos establecidos en la Ley, es decir, lo derechos civiles y obligaciones surgidas en orden a su relación de familia.

Es por ello que para garantizar ese derecho de toda persona para establecer su procedencia, y teniendo en cuenta la imposibilidad en algunos casos para probar de manera directa la constitución de un estado civil, por no existir registro de nacimiento ni

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

ningún otro documento que pudiera acreditarlo, la Ley 45 de 1936, modificada por la Ley 75 de 1968, permitió la posibilidad de reconocer esa paternidad voluntariamente o a través de una investigación judicial, que acorde con los avances tanto jurídicos como tecnológicos para la época se trataba de sistemas de investigación indirecta basados en presunciones legales, mediante los cuales se determinaba la existencia de la filiación extramatrimonial con el presunto padre, cuando se acreditaba la existencia de determinada causal. Así lo reconoció en su momento la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil cuando revisó a través del recurso de casación, procesos de reclamación de la filiación por medio de la causal denominada como la posesión notoria.

De esta manera se deja claro que la posesión notoria del estado civil es una presunción, a través de la cual se reclama la paternidad de manera indirecta, conforme a lo regulado en la Ley 45 de 1936 en su artículo 6º, y que ello es posible realizarse “cuando el presunto padre ha tratado al hijo como tal proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y cuando a raíz de ello sus familiares, amigos y vecinos lo han tenido afectivamente como hijo de quien así lo trata (...).”¹ De ahí que se requiera que el padre reconozca de forma pública la paternidad sobre un hijo frente a determinada población.

Estos hechos reiterados son los que le permiten inferir a los amigos, vecinos y familiares del lugar donde reside el hijo, que quien tiene este comportamiento es en realidad su padre. Sin embargo, para poder aplicar la presunción de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial y reclamar con ella la filiación frente a una determinada persona, se han exigido jurisprudencial y doctrinariamente unos requisitos que deben ser probados mientras se surta el proceso en los estrados judiciales, éstos son: el trato, la fama y el tiempo. Cada uno de ellos debe fundarse sobre la base de la certeza y no pueden depender de simples suposiciones; motivo por el cual se exige que su prueba sea plena, cierta y convincente.

En palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la posesión notoria del estado civil de hijo “exige un reconocimiento público de ese hecho, rodeado de un claro y contundente comportamiento, propio de quien se cree padre de una persona determinada,”² y así mismo lo hace notar el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y el artículo 399 del Código Civil en donde se expresa que “la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de una modo irrefragable (...),” razón por la cual, éste es el medio probatorio más utilizado dentro de este tipo de proceso, aunque ello no signifique que no se puedan practicar o tener en cuenta los otros medios probatorios consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, se debe dejar claro que la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, no es la única presunción viable existente dentro del ordenamiento jurídico para reclamar la filiación de determinada persona, ya que también existen otras como lo son, la presencia de relaciones sexuales en el momento en que se presume la concepción (92 del Código Civil), la carta o escrito en donde se hace una declaración inequívoca de la paternidad y el trato personal dado a la mujer durante el embarazo o

¹ Bernal González, Alejandro (2000). Procedimiento de familia y de menores. Bogotá: Bernal Gómez Editores, pág. 161

² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 6 de marzo de 2002. Expediente 6609. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

parto; de ahí la existencia de consenso en la doctrina y en la jurisprudencia, frente al hecho de que las disposiciones contenidas en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 (modificadas el artículo 6º de la Ley 75 de 1968) son taxativas y de interpretación restrictiva, razón por la cual no pueden existir otros hechos diferentes a los consagrados allí para reclamar la paternidad, pues cada una de ellas es “autónoma e independiente de las otras, con características especiales, de manera que quien intente la respectiva acción deberá citar exactamente la causal o causales en que fundamente sus pretensiones y demostrar los hechos en que éstas se apoyan (...).”³

De modo que para poder operar la posesión notoria del estado civil se tiene que dar el ejercicio prolongado y continuo de determinado derecho para hacer presumir su existencia, tal y como sucede con ciertas calidades del estado civil, como por ejemplo el hecho de que el presunto padre trate de manera pública y constante a quien se presume su hijo, así como también ocuparse de su sostenimiento, educación, alimentación y recreación; es decir, presentarse la verificación de los elementos (trato, fama y tiempo) de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial.

La fama “es el conocimiento público de los hechos que configuran esa conducta de relación, demostrable a través de un conjunto de testimonios fidedignos. Es la consecuencia de la notoriedad del trato, de tal manera que los deudos, amigos y el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre”,⁴ pues éste asume reiterativamente y de manera personal los gastos requeridos para la crianza, establecimiento y educación del presunto hijo. Es por ello que el elemento de la fama no puede tenerse como un simple rumor, sino que debe tratarse de la convicción generada en las personas encontradas, tanto dentro como fuera, del vínculo familiar, que quien se comporta como padre efectivamente lo es, porque serán ellos finalmente quienes presten ayuda al juez a esclarecer los hechos a partir de la rendición de cuentas hechas sobre la subsistencia, educación y establecimiento, que el presunto padre le brindó al hijo.

En términos generales, el trato es uno de los elementos más relevantes dentro de la posesión notoria, porque es ahí donde se refleja la voluntad del presunto padre de tratar a determinada persona como su hijo y especialmente ponerlo en conocimiento de los demás exteriorizando sus conductas hacia él. De manera que para el cumplimiento de este requisito las personas catalogadas como amigos y vecinos, deben entender tal comportamiento real como el suministrado de un padre hacia su hijo, es decir, que quien pretende reclamar su filiación mediante esta presunción demuestre mediante la prueba testimonial como lo exige la Ley, que efectivamente si recibía tal trato, pues “con este elemento se relaciona el tratamiento que se ha dado a la persona que desea demostrar el estado civil, por quienes han sido sus allegados. Así el artículo 397 del C.C., informa que la posesión notoria del hijo legítimo consiste en que el padre lo haya tratado como tal.”⁵

³ G.J. CLXXXIII, N° 2427, primer semestre 1987, pág. 27. Citado por: Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 27 de Febrero de 2001. Expediente 5839. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴ Bacca Garzón, Carlos Orlando (1992). Paternidad extramatrimonial. Medellín: Editorial Jurídica Equidad, pág. 35.

⁵ Nuñez Cantillo, Adulfo (1979). Derecho de familia: el hijo natural frente a la legislación colombiana. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, pág. 188.

Respecto del elemento del tiempo, hay que decir que éste es el único de los tres regulado expresamente en la Ley en el artículo 398 del C.C., modificado por la Ley 75 de 1968 en su artículo 9º donde se, establece “para que la posesión notoria del estado civil se reciba como estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos”, lo cual significa que la posesión notoria no es un hecho surgido de improviso, sino que se va dando y moldeando con el paso de los días, pues ésta debe darse pública y reiterativamente, para crear la convicción en quienes presencien los hechos, que quien ejerce esa posesión notoria debe de ser hijo de la persona que provee todo lo necesario para su subsistencia.

2. Aplicación de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial

Para la aplicación de la posesión notoria del estado civil es necesario que el juez, o la Corte Suprema en los recursos de casación, tengan el pleno convencimiento de la configuración de sus tres requisitos, para poder declarar la paternidad por este medio, es decir, que durante más de cinco años el padre se haya comportado como tal frente a su hijo, colaborando como ya se expresó anteriormente con su educación, establecimiento y subsistencia, y que además de ello, los vecinos y amigos del presunto padre lo reputen como tal. De allí que corra a “cargo de la parte demandante la demostración de la respectiva causal por los medios establecidos en la ley y que sean idóneos, a fin de que una vez presumida la paternidad, ésta sea declarada, mientras la parte pasiva a su vez, debe contrarrestarlos con las pruebas pertinentes y necesarias para tal fin.”⁶

Cuando la Corte Suprema se refiere expresamente a que se deben utilizar los medios probatorios idóneos para poder demostrarla, hace alusión indiscutiblemente a la importancia de la prueba testimonial en este tipo de procesos, y más allá de los requisitos requeridos en su práctica requiere, según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, lo importante es crear a través de este medio probatorio el pleno convencimiento en el juzgador de la presencia y el evidente cumplimiento de los elementos configurativos de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial. Así las cosas, cuando se trate de acreditar el elemento del trato, se requiere ir más allá de la simple apreciación que cada testigo tenga respecto a comportamientos cariñosos ofrecidos por parte del presunto padre al hijo, pues ello significaría la ausencia de los actos constantes y públicos manifestados por todo padre a su hijo, de ahí la configuración inevitable del segundo de los requisitos tal cual es la fama, pues quien rinde su testimonio debe tener la plena conciencia, de que ante tales actos no existe la menor duda del comportamiento de un vínculo de consanguinidad entre ellos.

Y por último, frente al requisito del tiempo, la Corte Suprema ha indicado en repetidas providencias, que si bien es cierto éste debe tratarse de acciones permanentes y continuas por el término que determina la ley, “no es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refiera a un periodo de tiempo superior a los cinco años, sino que basta que sumados los señalados por cada uno, superen ese lapso,”⁷ pues debido a particularidades de la vida de cada persona, un testigo puede apreciar los hechos por un tiempo determinado y no se le debe permitir al juzgador excluirlas o dejarlas de lado, razón por la cual se permite a cada testigo referirse a distintas épocas, sin importar si cumple con el mínimo legal o no; de

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de Agosto de 2000. Expediente 6418. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 08 de Abril de 2002. Expediente 6791. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

manera que podrían sumarse todas las declaraciones si se refieren a distintas épocas, pero siempre y cuando el todo el acervo probatorio corrobore el lapso de tiempo restante, si hace falta, ya que de procederse de otra manera se le estaría coartando al demandante la posibilidad de poder obtener la filiación por medio de la posesión notoria.

Sin embargo, la declaración de la paternidad a través de la posesión notoria del estado civil tuvo un cambio significativo con la reforma hecha por la Ley 721 de 2001 en su artículo 1º, en donde se estableció la obligatoriedad de la práctica de la prueba ADN, y modificó parcialmente el Art. 7º de la Ley 75 de 1968, así: “en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen un índice de probabilidad superior al 99.9%”, lo cual se refiere lógicamente al decreto de esta prueba pericial en todos los procesos donde se discuta la filiación de una persona, pues al no existir actualmente otra prueba técnica que brinde un grado de certeza igual, se hace necesaria su utilización, para de alguna manera estar acorde con los avances que la ciencia le puede aportar al derecho en este tipo de procesos. Desde esta modificación, la obligatoriedad de la prueba de ADN, ha suscitado todo tipo de interpretaciones, y aunque en ningún momento se ha negado que constituye un avance muy importante, por lo menos si se discute la importancia o el papel que juegan dentro de este proceso ordinario los otros elementos materiales probatorios allegados al proceso cuando el resultado de esta prueba pericial se obtenga un nivel de certeza superior al 99.9%.

Así las cosas, quienes han tenido la última palabra en este aspecto son los administradores de justicia, ya que finalmente son ellos los que deciden cuando se debe declarar padre a quien de forma reiterada y pública se ha portado como tal. Pero, de una lectura cuidadosa de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia donde se analiza la procedencia de la posesión notoria para reclamar la filiación, se establece de igual forma la importancia que tienen las demás pruebas recaudadas durante el proceso, para crear en el juzgador un completo convencimiento sobre la existencia de la paternidad del demandado, pues es en este punto donde la aplicación de la presunción de la posesión notoria del estado civil cobra valor, ya que a través de ella se demuestran efectivamente los actos inequívocos acerca de la paternidad invocada.

Pero no se debe dejar de lado el hecho de que esta interpretación fue realizada conforme a la práctica de la prueba como estaba establecida en el marco de la Ley 75 de 1968, tal cual era la prueba antropoheredobiológica, toda vez que los hechos estudiados por la Corte Suprema en las sentencias de casación, sucedieron en su mayoría antes de la expedición de la Ley 721 del 2001 y en ese entonces la prueba “servía sobre todo para “descartar” la filiación, más que para indicarla, debido a que la certeza del resultado no era determinante,”⁸ en cuyo caso la discusión que se planteó anteriormente seguiría latente, en tanto no se ha analizado por la Corte Suprema, a la luz de práctica de la prueba de ADN, la eficacia o necesidad de las otras pruebas dentro del proceso, lo cual nos podría llevar a la conclusión de que la posesión notoria dejará de ser aplicable a pesar de seguir vigente como una de las formas para reclamar la filiación, pues se podría dar el caso de que se practicara la prueba y ésta diera negativa o excluyente de la paternidad en un 100%, caso en el cual, a pesar de que el padre lo haya tratado como un hijo durante

⁸ Serrano Gómez, Rocío. Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación. En: Temas sociojurídicos. Bucaramanga- Colombia Vol. 24. N° 5. Junio de 2006. pág. 143.

toda la vida, y le hubiere brindado su sustento, no se declarara la paternidad, por la falta de un lazo consanguíneo que los una jurídicamente.

3. Medios de prueba en el proceso de posesión notoria de estado civil para reclamar la filiación

La reclamación de la filiación por intermedio de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial, tal y como se expresó anteriormente, no es la única manera de investigación indirecta vigente en nuestra ordenamiento jurídico, pues además de ella, se encuentran establecidas otras presunciones, las cuales surgen cada una de ellas con una naturaleza diferente y en determinado momento acorde con el desarrollo de la ciencia, tales como las instauradas en la Ley 45 de 1936 y en la Ley 75 de 1968, así como también las emanadas en los artículos 92, 213 y 214 del C.C., y finalmente la Ley 721 de 2001, que si bien no regula expresamente ninguna presunción, si se encarga de regular la filiación.

En Colombia, cada ley es expedida en su momento con la finalidad de regular una situación específica que se está presentando y que requiere legislarse por asuntos de orden público. Y esta situación no fue ajena cuando se legisló por primera vez sobre la posibilidad de reclamar la filiación, o de establecer un vínculo jurídico en relación con la familia que ha formado o de la que hace parte desde el nacimiento, razón por la cual se vio la necesidad de ofrecer más posibilidades ampliando las presunciones para reclamar la filiación a las personas encontradas en situaciones diferentes a las dispuestas como lo eran las presunciones de rapto y seducción, ya derogadas por la Ley 45 de 1936, así como también las contempladas en los artículos del Código Civil, es decir, con lo cual se produjo “(...) una visible reacción contra la corriente de extremado rigor iniciada en el Código Napoleónico en relación con la relación ilegitima, pues lejos de rechazar, la investigación de la paternidad, la tolera, o mejor, la autoriza definitivamente admitiéndola en determinados casos,”⁹ para de este modo garantizarse el derecho a fijar el estado civil.

Estas causales fueron modificadas posteriormente por el Art. 6º de la Ley 75 de 1968, en donde se aumentó el numeral quinto relativo al trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto. Hasta ese momento las presunciones constituían el único medio de prueba y también las únicas causales mediante las cuales se podía reclamar la paternidad, basadas naturalmente en los testimonios de sus vecinos y familiares más allegados.

Posteriormente, y con la finalidad de descartar o confirmar la paternidad, se estableció por primera vez en la legislación colombiana en la Ley 75 de 1968 la posibilidad de realizar exámenes médico-biológicos, dicha prueba correspondía a los avances científicos de la época y también debía practicarse en todos los juicios donde se investigara la filiación de una persona, además de poder decretarse de oficio por el juez o a solicitud de parte, ésta se realizaba con las personas necesarias “para reconocer pericialmente las características heredobiológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre; así mismo, establecía que se debía ordenar la peritación antropoheredobiológica, con análisis de los grupos y factores sanguíneos, y de los caracteres patológicos, morfológicos e

⁹ Cañón Ramírez, Pedro Alejo (1982). Derecho civil I: Personas y Familia. Bogotá: Editorial ABC, pág. 472

intelectuales transmisibles.”¹⁰ Desde ese entonces dicha prueba se practicaba de manera forzosa en todos los procesos de investigación de la paternidad, toda vez que para esta época era la prueba más importante y reconocida porque “(...) permitía formular paternidades posibles o imposibles, según la hemoclasificación, con un alto grado de eficacia y de certeza, cuando se trataba de resultados negativos, pero sin ningún índice de seguridad cuando eran positivos.”¹¹

Lo mismo sucedía cuando se practicaba la prueba antropoheredobiológica, ya que se realizaba solamente con el fin de descartar la paternidad, pues cuando se trataba de confirmarla ésta no era concluyente, de manera que si el resultado era positivo significaba que el implicado podía ser o no el padre, razón por la cual doctrinaria y la jurisprudencialmente se le dio solo el alcance de indicio.

Es por ello que antes de la expedición de la Ley 721 de 2001 no existía una prueba directa que determinara la filiación porque “(...) el juicio de paternidad no estaba dirigido a demostrar el nexo biológico sino a demostrar los hechos estructurantes de la presunción invocada; se trataba de una filiación social o jurídica que era la consagrada en la ley, no sólo en relación con la paternidad legítima sino también de la natural,”¹² porque la causa por la que otorgaba la calidad de padre era por haber demostrado los hechos constitutivos de la posesión notoria y no el nexo biológico. Ello significaba en materia procesal, que lo investigado no era precisamente la paternidad sino los hechos que estructuraban cada presunción, ya que según la Ley eran causales de paternidad, y para poder obtener su declaración siempre debía invocarse una de éstas dado que no existía otra manera de declararla judicialmente, y si se encontraba demostrada otra diferente y no alegada, el juez debe negar la paternidad para no violentar el principio de congruencia del fallo y el derecho de defensa del demandado.

De modo que, si anteriormente lo buscado era demostrar los hechos propios de cada presunción, hoy en día con la expedición de la Ley 721 de 2001 lo querido es consagrar como causal de paternidad el nexo biológico sobre la filiación social o jurídica, ya que además de establecerse como obligatoria la práctica de la prueba de ADN, se contempla en su artículo tercero que “solo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”, ratificado a su vez por el artículo 8º, donde se abre la posibilidad de dictar sentencia sólo con el resultado de la prueba científica.

Sin embargo, y más allá de que se deba practicar la prueba científica de manera obligatoria, no hay que dejar de lado el hecho de que para obtener la declaración de la paternidad a través de la posesión notoria del estado civil, tal cual como sigue vigente, se debe hacer uso no sólo de prueba testimonial, sino también de la documental e indicios, pues su importancia radica en que son la base fundamental de todo proceso, porque a partir de ellas se demuestran los hechos y se reclama el derecho a la filiación. Para tal efecto, se estatuye en el Código de Procedimiento Civil, como uno de los principios más

¹⁰ Mojica Gómez, Liseth. La prueba técnica de ADN en los procesos de filiación. En: Revista estudios socio-jurídicos. Bogotá D.C. Vol. 5. N° 01. Abril de 2003. pág. 255.

¹¹ Ibid. Mojica Gómez, Liseth. pág. 255.

¹² Giraldo Castaño, Jesael Antonio. Comentarios a la Ley 721 de 2001, sobre prueba de ADN. En: Nueva época. Bogotá D.C. Vol. 08. N° 17. Julio de 2002. pág. 120.

importantes, la libre valoración de la prueba, el cual le otorga la facultad al juez para que dentro de su autonomía y libertad acuda al sistema de la persuasión racional y de la sana crítica para comprobar la efectiva e irrefragable configuración de los requisitos de la posesión notoria de hijo, a través de la valoración de todo el caudal probatorio aportado.

En este orden de ideas, cuando se trata de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial consagrada en el Art. 6º numeral 6º de la Ley 75 de 1968, para tener por padre a quien se ha comportado como tal durante más de cinco años, brindando además de afecto y cariño, el sostentimiento y la educación, se debe tener en cuenta que ésta es una presunción legal con una función sustancial, extraprocesal y probatoria, porque obliga al juez a tener provisionalmente por cierto el hecho de que efectivamente el padre si es quien se presume, mientras no se desvirtúe; razón por la cual la posesión notoria como presunción, permite acudir a la jurisdicción para solicitar el derecho a ser declarado como hijo, a raíz de la configuración de sus requisitos.

Por lo tanto, una vez se discuta el hecho presumido en el proceso de filiación, tal cual es que quien se reputa como padre ha proveído durante cinco años o más todo lo necesario para su sustento, establecimiento y educación, “tales presunciones producen el efecto procesal de limitar el presupuesto fáctico que la norma sustancial contempla para que surtan sus efectos jurídicos, sacando del mismo el hecho presumido, por lo cual el favorecido por ella no necesita demostrarlo, bastándole comprobar los otros hechos que sirven de base a tal presunción.”¹³ Ello significaría que ante la demostración de tales hechos, tales como, los requisitos de trato, fama y tiempo, no quedaría otro camino más que el de declarar la paternidad solicitada si se basa en las reglas de la experiencia, pues lo demostrado no es la presunción como tal, porque ésta se tiene como provisionalmente cierta; sino, los elementos constitutivos de la presunción, los cuales podrán ser desvirtuados oportunamente por el presunto padre por tratarse de una presunción legal.

De acuerdo con lo anterior, se podría concluir que todas las presunciones son reglas jurídicas que en gran medida ayudan a formar un convencimiento en el juez, pero en ningún caso se pueden considerar como un medio probatorio conducente dentro de un proceso judicial, ya que lo considerado como medio probatorio válido son los indicios, consagrados en los artículos 247 a 250 del Código de Procedimiento Civil, pues son éstos los encargados de demostrar indefectiblemente los hechos. Así las cosas, los indicios al ser una prueba lógica e indirecta, tienen como función la de suministrarle al juez una base cierta sobre la cual él pueda inferir, mediante un razonamiento lógico basado en las reglas de la experiencia o en conocimientos técnicos o científicos, el hecho desconocido investigado, tal cual es el de la paternidad.

Ahora bien, en consonancia con lo expresado en el Art. 399 del Código Civil, la posesión notoria del estado civil de hijo “se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable”, lo cual nos conduce a la práctica de la prueba testimonial en todos los procesos donde se pretenda su reconocimiento, no significando ello de ninguna manera que aunque exista una prueba determinada para demostrar los hechos constitutivos de la presunción, no pueda el demandado y el demandante utilizar los demás medios probatorios para desvirtuar o demostrar la presunción, pues “en principio la prueba es libre y, por tanto, puede consistir en indicios

¹³ Devis Echandía, Hernando (2006). Teoría general de la prueba judicial. T.II. Bogotá: Editorial Temis S.A., pág. 681.

o testimonios que den al juez la plena convicción; salvo que una norma legal exija un medio determinado o excluya alguno”;¹⁴ es decir, el juzgador tiene la obligación de analizarlos todos, ya que lo deseable es establecer de manera convincente por todos los medios conducentes la paternidad investigada.

En todo caso, la importancia de la prueba testimonial es reconocida, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, pues la notoriedad no debe ser conocida por todas las personas, y a su vez existen grados de publicidad que se van dando según el lugar donde se desarrollan los hechos y otras circunstancias de orden práctico que se han de tener en cuenta antes de analizar el caso en concreto; así lo ha entendido la Corte Suprema cuando sostiene: “(...) *desde luego que no es exigencia legal o lógica que el ambiente en que los hechos se exteriorizan comprenda obligatoriamente aquel en que se desarrollan corrientemente las actividades del padre, puesto que con la condición de que esa situación se establezca de modo irrefragable, (...)*”¹⁵ basta que la relación entre padre e hijo, se manifieste ante un grupo determinado de personas, cuya cantidad, calidad, y situación, debe de analizarse según las circunstancias propias de cada caso.

También otro aspecto relevante respecto de la prueba testimonial, es el número de testigos que deben concurrir al proceso a declarar sobre los hechos materia de investigación, los cuales deben ser como mínimo dos personas con conocimiento sobre las circunstancias de modo y lugar necesarios para configurar los requisitos de la posesión notoria del estado civil, ya que basta la exteriorización ante un grupo de vecinos y amigos para tener la convicción de que el padre es quien se ha comportado como tal, es así como los testigos pueden considerarse como los ojos y los oídos de la justicia, porque siempre son útiles para demostrar todo tipo de sucesos en cada proceso donde se requiera una explicación razonada de lo percibido por cada uno de ellos y de la forma en que llegaron a tener conocimiento de los mismos.

Finalmente, otro medio probatorio del cual se puede hacer uso, es la prueba documental, pues también esta puede ser apta para darle al juez indicios de la paternidad cuando ella contiene declaraciones inequívocas de cualquiera de los elementos que conforman la posesión notoria. Actualmente existen muchas maneras de establecerse mediante documento, si existe o no una relación de paternidad, y las manifestaciones de trato fama y tiempo entre el presunto padre y el hijo, como por ejemplo cartas escritas por el presunto padre, fotos, videos, facturas y consignaciones. Para tal efecto, es de especial relevancia, que el documento allegado al proceso contenga por lo menos la fecha de su creación, pues de esta manera se puede verificar también el cumplimiento del requisito del tiempo.

4. La prueba de ADN como única prueba dentro de un proceso de reclamación de la filiación

Actualmente, el reconocimiento de la filiación, representa no sólo el establecimiento de un estado civil, sino también el respeto de derechos fundamentales. De allí que se hayan establecido causales para la investigación de la paternidad para proteger y garantizar atributos de la personalidad como el nombre, el derecho a la familia, y la posibilidad de

¹⁴ Ibid. Devís Echandía, Hernando. pág. 687.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 12 de Abril de 2004. Expediente 7801. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. pág. 5.

establecer el parentesco. De manera que se han establecido mecanismos para la investigación de la paternidad.

Actualmente, existen dos maneras diferentes de investigar la paternidad, una donde prevalece al nexo social formado con el padre, que es donde encuentra la relevancia de la posesión notoria del estado civil, pues sin tener en cuenta el lazo consanguíneo se predomina el nexo filial surgido entre las partes, en tanto se declara la paternidad, si el padre le ha brindado sustento, establecimiento y educación al hijo. Y otra donde la prevalencia recae sobre el nexo biológico, es decir, es más importante la certeza ofrecida por la prueba pericial, y por ende, desconocerse cualquier relación de tipo filial existente

Así las cosas, existen dos maneras vigentes de obtener el mismo resultado, ya que la Ley 721 no derogó expresamente las disposiciones contenidas en la 45 de 1936 y 75 de 1968, razón por la cual hay quienes sostienen que anteriormente “se podía invocar una causa no biológica para fundar la pretensión de paternidad, la filiación declarada no era propiamente la biológica, (...)”¹⁶ pues el artículo 42 de la carta política autoriza al legislador para regular lo atinente al estado civil, cosa que efectivamente hace en las leyes en mención, donde autoriza paternidades jurídicas y sociales, aunque prevalezca la jurídica establecida en la Ley 721 de 2001; es decir, aquella cuyo fundamento es el nexo biológico, el cual se determina plenamente mediante la práctica de la prueba de ADN.

4.1 Posición de la Corte Suprema de Justicia

De la lectura de la Ley 721 de 2001, se infiere que el legislador se ha inclinado por otorgarle una mayor prevalencia al nexo biológico, porque expresamente en el artículo 3º de la mencionada Ley, establece que las presunciones sólo tendrán eficacia, cuando no sea posible realizar la prueba de ADN, pues “aunque en todos los procesos de filiación se averigüe hasta la saciedad por el trato personal y social entre la madre y el presunto padre para tratar de deducir las relaciones sexuales entre ellos, finalmente la decisión siempre estará determinada por el resultado del examen genético.”¹⁷ Ratificándose así lo expresado anteriormente en el sentido, de que en la misma ley se autoriza dictar sentencia con el sólo resultado de la prueba pericial, e incluso ante la renuencia del demandado a practicarse el examen, cosa que desde todo punto de vista cercena la libertad probatoria establecida en el artículo 187 de nuestro estatuto procesal, ya que no se tienen en cuenta todos los medios probatorios para lograr el pleno convencimiento del juez.

Esta es la posición, adoptada por la Corte Suprema de Justicia, cuando se analizan las sentencias posteriores a la vigencia de la Ley 75 de 1968, donde se permite por primera vez la práctica de la prueba antropoheredobiológica, y se confirma o se descarta el reconocimiento del estado civil con base a su resultado, y así lo manifiesta dicha autoridad al reconocerle a dicha prueba un valor probatorio diferente al establecido para las restantes, ya que a pesar de probarse a través de ellas la posesión de un estado civil:

“en el desarrollo de la filiación como institución jurídica y el derecho fundamental de toda persona a saber quienes son sus padres, la ciencia ha prestado, quizá como en ningún otro campo, un innegable apoyo al derecho familiar y probatorio, al

¹⁶ Op.cit. Giraldo Castaño, Jesael Antonio. pág. 120.

¹⁷ Bernal González, Alejandro. La genética ¿plena prueba? En: Berbiquí: revista del colegio de jueces y fiscales de Antioquia. Medellín. S.V. N° 17. Diciembre de 2000. pág.35.

punto de escucharse hoy apresuradas voces que claman porque se defiera al experto y no al juez la declaración acerca de la paternidad o maternidad, cuando aquélla o ésta es impugnada o investigada, no solo porque, al decir de algunos, ya no es menester contar con un acervo probatorio que permita “inferir” la paternidad o maternidad, sino porque la pregunta sobre la paternidad es, antes que jurídica, biológica, esto es, científica.”¹⁸

Ello significaría que aún cuando se probara el trato, la fama y el tiempo entre el presunto padre y el hijo, la filiación no puede ser declarada, en tanto dichas pruebas no tienen el valor probatorio concedido para la prueba científica, pues en el caso que ésta diera negativa, se descartaría la paternidad, lo cual desde todo el punto de vista resultaría violatorio de derechos reconocidos constitucionalmente, como la personalidad jurídica y el de tener una familia, evidenciándose así una injusticia y desconocimiento frente a la filiación y al vínculo creado entre el presunto padre y el hijo, porque a pesar del primero haberse comportado como tal mediante el sustento y educación proporcionado durante toda su vida o por un periodo igual o mayor a cinco años a su hijo, sin importarle si es su padre biológico o no.

4.2 Posición de la Corte Constitucional

La posición de la Corte Constitucional es opuesta en gran medida a la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia, y aunque éstas tienen diferentes funciones, sus decisiones repercuten inevitablemente dentro del mundo jurídico, una haciendo el control de las normas creadas y otra como máximo órgano en cuanto a la rama judicial se refiere.

De esta manera, y teniendo presente que la Ley 721 de 2001 ha sido demandada en varias oportunidades a través de acciones de inconstitucionalidad, y más específicamente su artículo tercero por considerarlo violatorio de derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que con su aplicación se estaría estableciendo un tipo de tarifa legal al estipular que sólo serán tenidos en cuenta otros medios probatorios cuando la práctica de la prueba de ADN sea imposible de realizar; además de conducir ello a pensar que la función del juez de fallar conforme a las reglas de la sana crítica y persuasión racional, se le estaría trasladando al auxiliar de justicia que realiza la prueba científica, ya que el fallo emitido dependerá del resultado arrojado en ella, desconociéndose de esta manera la posibilidad de encontrar la verdad por otros medios probatorios.

Es por ello que la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, lo cual trajo como resultado la Sentencia C-475 de 2005, donde se reconoce el avance significativo de la prueba científica en los procesos donde se investiga la paternidad de una persona, por constituirse en una ayuda importante de la ciencia frente a los problemas que se puedan presentar en materia del derecho, más aún cuando se trata de establecer la filiación. Sin embargo, la Corte hace especial énfasis en el hecho de que la función judicial no puede ser desplazada por un auxiliar de la justicia, “pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia. Una es la labor del auxiliar de la administración de la justicia y otra muy distinta la que le

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de Marzo de 2000. Expediente 6188. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros. pág. 15.

corresponde al juez en ejercicio de la competencia asignada por ley, (...)”¹⁹ pues es éste quien tiene la facultad y el deber de dirimir si se configuran todos los requisitos para declarar la paternidad en disputa, razón por la cual se explica, que lo pretendido por el legislador al establecer la prueba de ADN como obligatoria en todos los procesos de filiación, era garantizar la búsqueda de la verdad real por encima de la verdad social y procesal, y así se vislumbra desde el primer artículo de la Ley 721 de 2001.

Así las cosas, y acorde con lo expresado por la Corte Constitucional, lo consagrado en el artículo demandado no significa que el legislador haya optado por regresar a la tarifa legal, al consagrarse como prueba reina dentro del proceso de filiación el examen de ADN, pues no se trata de imponer una certeza legal en lugar de la judicial, dado que el juez siempre podrá, en cada caso apreciar la prueba pericial en todo su valor probatorio, sin excluir las demás, toda vez que ella al ofrecer un índice de probabilidad cercano al 100%, hace necesario tener en cuenta todo el conjunto de pruebas aportadas al proceso para una administración de justicia y no violentar el debido proceso, ni la autonomía judicial, es decir, que hasta tanto la información suministrada por el resultado de la prueba genética sea inequívoca u ofrezca certeza absoluta, según la Corte, no se le puede dar un valor legal pleno a este tipo de prueba, ya que “(...) conforme al propio texto de la ley, el Estado reconoce que la “*información de la prueba de ADN*” no es completa, absoluta, con ella no se alcanza a plenitud la certeza, sino tan solo un “*porcentaje*” de ella,”²⁰ y que por tanto no debe declarar la paternidad ante un indicativo de 99.9 % de probabilidad.

Expuesta la posición de la Corte Constitucional, se evidencia un distanciamiento claro entre las posiciones de las altas cortes en nuestro país, y aunque constituye un importante avance la posición de esta última al reconocer la importancia de la práctica de otros medios probatorios en un proceso donde se pretenda reconocer la filiación de una persona, se presenta el mismo inconveniente mencionado anteriormente, cuando se explicó la posición de la Corte Suprema, porque conforme a la interpretación de la normatividad vigente, para este órgano, no es posible reclamar la filiación a partir de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial porque ésta se encuentra sin sustento jurídico, ya que lo importante es el nexo biológico, es decir, si la prueba científica tiene como resultado la exclusión de la paternidad, por mucho que se demuestre la posesión notoria del estado civil de hijo, mediante las pruebas establecidas para ello, no se reconocería por parte del juez la paternidad, y por tanto, desconociéndole así a esa persona la posibilidad de pertenecer a una familia y de establecer su filiación.

5. Vigencia actual de la posesión notoria del estado civil de hijo extramatrimonial

Teniendo en cuenta las posiciones contrapuestas existentes entre las altas Cortes respecto de la aplicación de otros medios probatorios diferentes a la prueba científica en los procesos de filiación, es necesario aclarar que las presunciones consagradas en la Ley 75 de 1968 se encuentran plenamente vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto todavía constituyen formas indirectas válidas para demostrar la paternidad.

Ahora bien, no se discute la importancia de la prueba de ADN, pues ésta es reconocida por ambas Cortes, “dado que con la misma se puede no solo excluir sino incluir con

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 476 del 10 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ Ibíd. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre,”²¹ siempre que se entienda que esta nueva herramienta de búsqueda de la verdad real, reconocida por la Ley 721 del 2001, no puede ser el pilar de la sentencia, pues dicha Ley 721 no derogó expresamente las presunciones para inferir la paternidad, y por tanto no se puede dictar sentencia sólo con base al resultado de la prueba genética, ya que se estarían violentando entre otros, el reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política.

Así las cosas, se reconoce como ya se expresó anteriormente, dos maneras diferentes para reclamar la filiación de una persona, una social, basada en el cumplimiento de los requisitos del la fama, el tiempo y el trato, y otra biológica edificada sobre la consanguinidad, no existe razón jurídica válida para que la Corte Suprema continúe manteniendo el pensamiento de que “solo en casos en que verdaderamente resulte imposible disponer de la información de la prueba de ADN, podrá proferirse sentencia con soporte, exclusivamente, en otros elementos de prueba que obren en el proceso respectivo,”²² cuando es evidente que de una aplicación tan restrictiva de la norma sólo se puede tener como resultado la flagrante violación de derechos constitucionales tan valiosos como el debido proceso, la administración de justicia y la libertad probatoria. Luego, no se comprende porque “resulta claro que si en un caso concreto se acredita que el demandado no es el padre biológico de quien así lo demanda, la declaración paterno filial no puede salir airosa, por más probados que se encuentren los hechos de la presunción de paternidad que se invoca, incluyendo la posesión notoria del estado civil,”²³ pues se está desconociendo expresamente la posibilidad consagrada en la Ley 75 de 1968, tal cual es el reconocimiento de la paternidad con base en la formación de una relación paterno afectiva entre las partes, que conduce al padre de manera voluntaria a brindarle a su hijo todo lo necesario para su subsistencia y manutención.

Lo anterior significa, que a pesar de la vigencia de las presunciones consagradas con anterioridad a la expedición de la Ley 721 de 2001, éstas se encuentran en desuso, es decir, que no tienen ninguna aplicación desde que se instituyó como obligatoria la práctica de la prueba de ADN, ya que se privilegió de manera manifiesta el reconocimiento de la filiación biológica o consanguínea, sobre la social, en donde además de todo se desconocen las implicaciones derivadas de ésta, tales como las culturales, sociales y sobre todo las psicológicas; en tanto no puede existir un daño más grave para una persona, que habiendo tenido como presunto padre a quien le ha brindado todo en la vida, que en razón al resultado excluyente de la prueba de paternidad, se presente la negativa del juez a declarar el reconocimiento de la filiación.

Esto es lo que sucede actualmente en la práctica, ya que cuando se inicia ante un juzgado de familia un proceso de filiación, la primera actuación realizada por el juez en cumplimiento de la Ley 721, es ordenar la práctica de la prueba genética (cuando se trata de procesos donde se involucra a un niño, se hace desde el auto admisorio de la demanda o si no cuando se abra la etapa probatoria), y también porque en muchos de los casos ni siquiera se practican o se solicitan con la presentación de la demanda, la recepción de

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 12 de Diciembre de 2002. Expediente 6188. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Pág. 4

²² En: Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá-Colombia. Vol. 35. N° 419 (noviembre de 2006). Pág. 1914

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 21 de Septiembre de 2004. Expediente 3030. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Pág. 7

testimonios de personas allegadas que puedan testificar como sucedieron los hechos, bien sea porque se espera al resultado de la prueba, o porque no se consideran como conducentes por los mismos abogados para demostrar la existencia de la paternidad, razón por la cual el juez debe otorgarle el valor de prueba plena al resultado de la prueba de ADN, y dictar sentencia conforme a su resultado.

Otro escenario presente en la práctica, es que se interponga la demanda de filiación, con el resultado de una prueba de ADN realizada extraprocesalmente con el resultado de la confirmación de la paternidad, en cuyo caso, pueden presentarse dos opciones, una de dar respuesta a la demanda y otra la de callar o guardar silencio; encontrando así que en el primero de los casos, lo máximo que puede hacer el demandado es controvertir la prueba al dársele traslado de la demanda, solicitando de nuevo la realización de ésta, en aras de garantizarse su derecho procesal de contradicción. Ahora bien, en el segundo de los casos; es decir, donde no se contesta, se encuentra que el juez ni siquiera se pone en el desgaste de tener en cuenta otros medios probatorios, pues no lo considera necesario, porque a lo sumo cita a las partes para un interrogatorio y de esta manera confirmar, de acuerdo a su versión, la forma como sucedieron los hechos que dieron pie a la presentación de la demanda.

Consideraciones finales

La declaración de la paternidad en nuestro país, no debe tener como único medio posible tal y como se ratifica con la posición de la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento del nexo biológico o jurídico, sino que también se debe comenzar a proteger la filiación social con el fin de tener en cuenta, además de la consanguinidad, elementos como el afecto, la relación paterno filial, que son los que se necesitan realmente para la conformación de una familia en la sociedad.

La posición de la Corte Suprema de Justicia, de otorgarle prevalencia al nexo biológico, por encima del nexo social, violenta el derecho constitucional y fundamental a establecer la filiación y el derecho a tener una familia.

A pesar de mantenerse vigentes las presunciones para investigar la paternidad de manera indirecta, actualmente éstas se encuentran en desuso, o no se aplican por los operadores jurídicos, ya que basan su sentencia en el resultado de la práctica de la prueba de ADN.

Resulta una posición más garantista la adoptada por la Corte Constitucional respecto de la obligatoriedad de la práctica de la prueba genética y la necesidad de utilizar otros medios probatorios para obtener el pleno convencimiento del juez, pues de esta manera se protegen derechos constitucionales como la debida administración de justicia y el debido proceso.

Desde la vigencia de la Ley 721 de 2001, se constató dentro de las sentencias revisadas en casación por la Corte Suprema de Justicia, que ésta no declara la filiación en aquellos procesos donde la pretensión sea el reconocimiento de la filiación a través de la posesión notoria del estado civil de hijo, pues estos casos siempre son fallados conforme el resultado obtenido de la práctica de la prueba de ADN.

Del análisis de la sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se puede concluir que cuando incluyó o excluyó la filiación a través de la posesión notoria del estado civil de hijo, determinó la importancia de la demostración de todos los requisitos que la componen: trato, fama y tiempo, así como también la necesidad de la prueba testimonial para demostrarlos de forma idónea, de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil.

Referencias Bibliográficas

Bacca Garzón, Carlos Orlando (1992). Paternidad extramatrimonial. Medellín: Editorial Jurídica Equidad.

Bernal González, Alejandro (2000). Procedimiento de familia y de menores. Bogotá: Bernal Gómez Editores.

_____. La genética ¿plena prueba?. En: Berbiquí: revista del colegio de jueces y fiscales de Antioquia. Medellín. S.V. N° 17. Diciembre de 2000.

Cañón Ramírez, Pedro Alejo (2002). Derecho civil: parte general y personas: legislación, doctrina, jurisprudencia 1887 - 2001. Bogotá: Editorial ABC.

Código Civil colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-476 del 10 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Suprema De Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 10 de Marzo de 2000. Expediente 6188. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 28 de Agosto de 2000. Expediente 6418. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 27 de Febrero de 2001. Expediente 5839. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 6 de Marzo de 2002. Expediente 6609. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 8 de Abril de 2002. Expediente 6791. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 12 de Diciembre de 2002. Expediente 6188. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 12 de Abril de 2004. Expediente 7801. Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

_____, Sala de casación civil. Sentencia del 21 de Septiembre de 2004. Expediente 3030. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Devis Echandía, Hernando (2000). Teoría general de la prueba judicial. T.II. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Giraldo Castaño, Jesael Antonio. Comentarios a la Ley 721 de 2001, sobre prueba de ADN. En: Nueva época. Bogotá D.C. Vol. 08. N° 17. Julio de 2002.

Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá-Colombia. Vol. 35. N° 419 (noviembre de 2006).

Ley 45 de 1936, "sobre reformas civiles (*filiación natural*)".

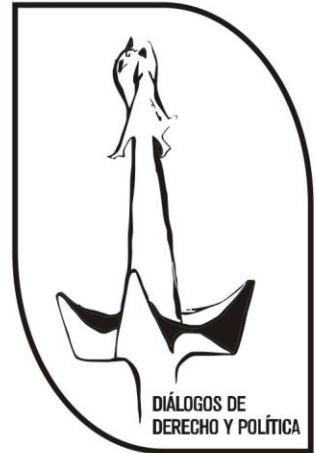
Ley 75 de 1968. "*Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*".

Ley 721 de 2001. "*Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968*".

Mojica Gómez, Liseth. La prueba técnica de ADN en los procesos de filiación. En: Revista estudios socio-jurídicos. Bogotá D.C. Vol. 5. N° 01. Abril de 2003.

Núñez Cantillo, Adulfo (1979). Derecho de familia: el hijo natural frente a la legislación colombiana. Bogotá: Editorial Librería del Profesional.

Serrano Gómez, Rocío. Importancia de la prueba de ADN en los procesos de filiación. En: Temas socio - jurídicos. Bucaramanga- Colombia Vol. 24. N° 5. Junio de 2006.



La diplomacia del panamericanismo 1933-1948

Juan Sebastián Marulanda Restrepo

Estudiante Departamento de Historia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de Antioquia.
Correo electrónico: caucano@live.com

Resumen

Desde el siglo XIX, Argentina fue construyendo una serie de doctrinas de derecho internacional que paulatinamente fueron adoptadas mundialmente. Sin embargo, su política de no intervención en otros estados y de neutralidad en los conflictos contrastaba diametralmente con la posición estadounidense de intervención y participación en conflictos internacionales. La presión económica, política y militar de Estados Unidos finalmente se impuso sobre América Latina mientras que Argentina perdió su liderazgo diplomático. No obstante, sus tesis y propuestas fueron acogidas por la comunidad internacional y plasmadas en las cartas constitutivas de las diferentes organizaciones multilaterales.

Palabras Clave: diplomacia; Panamericanismo; Derecho Internacional.

La diplomacia del panamericanismo 1933-1948

La comprensión de la noción de lo panamericano debe pasar necesariamente por analizar el papel jugado por las cancillerías nacionales desde el siglo XIX. Las Conferencias Panamericanas constituyen los esfuerzos para consolidar una serie de relaciones a nivel político y económico mediante los instrumentos que ofrecía la diplomacia. Los ministerios de asuntos exteriores (en el caso estadounidense el Departamento de Estado) tuvieron un indiscutible protagonismo en la conformación y las transformaciones del espacio panamericano. Entre las décadas de 1930 y 1940, las cancillerías panamericanas mediaron en la resolución de los conflictos acaecidos en el sur del continente, y sus titulares se convirtieron en personajes de primer orden en el contexto internacional de la diplomacia. No es gratuito entonces que personajes como Carlos Saavedra Lamas, ministro de asuntos exteriores de Argentina entre 1932 y 1938, y Cordell Hull, Secretario de Estado estadounidense entre 1933 y 1944, se hicieran acreedores del máximo reconocimiento otorgado a quienes hacen esfuerzos para la preservación de la tranquilidad mundial: el Premio Nobel de la Paz en 1936 y 1945, respectivamente.

Sin embargo, la observación de este fenómeno no debe reducirse únicamente al estudio de las mediaciones diplomáticas en las guerras en América del Sur. El análisis estructural debe conducir al hecho de la oposición entre las políticas exteriores latinoamericanas y las norteamericanas, que implicaron acusaciones mutuas de expansionismo e imperialismo, y que la coyuntura que supuso su entrada en la Segunda Guerra Mundial coadyuvó para que la diplomacia estadounidense arrebatara el liderazgo en el escenario panamericano a Argentina. De esta manera, el enfoque inicial de este trabajo viró del panorama reducido de las disputas militares y la resolución de las mismas gracias a los esfuerzos de la diplomacia y los diplomáticos, materializados en protocolos, tratados y pactos de paz, hacia una interpretación global de la diplomacia panamericana entre las décadas 30 y 40 del siglo XX, que envuelve una serie de pugnas entre cancillerías por la influencia de las propias doctrinas sobre horizonte panamericano.

En este sentido, es pertinente señalar el año de 1933 como punto de partida de esta investigación, pues fue en aquella fecha ocurrieron dos hechos importantes: el primero de ellos fue el ascenso de Franklin Delano Roosevelt a la presidencia de Estados Unidos y la aplicación de la política del “Buen Vecino” en América Latina. El segundo hecho fue la suscripción, en la ciudad de Río de Janeiro, del Tratado Antibélico de No-Agresión y de Conciliación,¹ más conocido como “Pacto Saavedra Lamas”, propuesto por el canciller argentino Carlos Saavedra Lamas. Philip Jessup considera que si bien este documento contiene disposiciones de “indudable valor”, en términos generales “no tiene en cuenta los últimos avances” en materia del derecho internacional.² Estas críticas son dicientes de

¹ Para el texto completo de este tratado, firmado el 10 de octubre de 1933, puede consultarse: [s. a.], “Anti-War Treaty on Non-Aggression and Conciliation,” *The American Journal of International Law* 28, no. 3 (1934) págs. 79-84. Para la comprensión de la “Doctrina Drago”, que influyó en buena parte este tratado, puede leerse: García de Larrea, Paulina (2003). “La Doctrina Drago: su validez en las relaciones económicas internacionales del Siglo XXI,” *Afese* 39: págs. 21-30

² Philip C. Jessup (1933). “The Saavedra Lamas Anti-War Draft Treaty”, *The American Journal of International Law* 27, no. 1 pág. 113. [En] Philip C. Jessup (1933). “The Argentine Anti-War Pact,” *The American Journal of International Law* 28, no. 3 x págs. 538-41, [este diplomático emite su juicio sobre la traducción, para él imperfecta, del Pacto Saavedra Lamas, pues la publicada en el punto anterior fue una traducción de la

la carrera y la personalidad de Jessup, diplomático estadounidense que ocupó altas posiciones como delegado de este país ante varias organizaciones internacionales. De igual forma puede hablarse del profesor Charles Fenwick, autor de un ensayo sobre la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz celebrada en Buenos Aires entre el 1º y el 23 de diciembre de 1936, y quien fungió como delegado estadounidense de la misma. Su posición ideológica la deja muy clara en su texto, ya que hizo parte de la comisión estadounidense en esta conferencia, puesto que la demuestra en la defensa que hace de los intereses y las “buenas intenciones” de Estados Unidos³

Los cuestionamientos de Jessup y Fenwick deben enmarcarse en el contexto de la disputa de las cancillerías argentina y estadounidense (esta última, aunque se denomina Departamento de Estado, técnicamente cumple la función de manejar las relaciones exteriores), asunto examinado con más detalle por los profesores Randall B. Woods y Michael J. Francis. Woods describe el mano a mano entre el secretario de Estado Curdell Hull y el gobierno argentino por el liderazgo en la diplomacia del hemisferio occidental, en el sentido que el primero defendía la “resurrección” de la denominada Doctrina Monroe en América Latina, postura francamente en contravía de la política del “Buen Vecino” del propio gobierno estadounidense, mientras que el segundo propugnaba por una diplomacia político-militar que implicara la creación de una esfera de influencia argentina en América del Sur, pero a su vez encabezando una política de neutralidad latinoamericana frente a la Segunda Guerra Mundial.⁴ Esta disputa diplomática alcanzó su culmen durante la III Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores en enero de 1942, construida detalladamente por Francis y en la cual evidencia el interés de Estados Unidos por alinear a las naciones centroamericanas y suramericanas en un frente común contra las potencias del Eje, además de censurar la ambigua postura argentina con respecto a éstos últimos.⁵ Para 1948, la creación de la Organización de Estados Americanos durante la Conferencia de Bogotá implica la consolidación de la posición estadounidense.

Paul R. Hensel propone una visión al nivel conceptual sobre los reclamos territoriales en América entre los siglos XIX y XX. Aunque se trata de un ensayo referente a una cuestión muy específica como es el problema de las definiciones fronterizas, Hensel presenta tesis interesantes acerca de las relaciones internacionales, como son la falta de dirección de la

embajada argentina en Washington, mientras la referida en este punto es una traducción del Departamento de Estado].

³ Charles G. Fenwick (1937). “The Inter-American Conference for the Maintenance of Peace,” *The American Journal of International Law* 31, no. 2 pág. 202. [Los documentos aprobados durante esta conferencia fueron los siguientes: [s. a.], “Convention for the Maintenance, Preservation and Reestablishment of Peace,” *The American Journal of International Law* 31, no. 2, págs. 53-57; [s. a.], “Treaty on the Prevention of Controversies,” *The American Journal of International Law* 31, no. 2 (1937) págs. 63-64; [s. a.], “Inter-American Treaty on Good Offices and Mediation,” *The American Journal of International Law* 31, no. 2 (1937) págs. 64-66; [s. a.], “Additional Protocol Relative to Non-Intervention,” *The American Journal of International Law* 31, no. 2 (1937): 57-58.

⁴ Randall B. Woods (1974). “Hull and Argentina: Wilsonian Diplomacy in the Age of Roosevelt,” *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 16, no. 3, págs. 351-353

⁵ Michael J. Francis (1942). “The United States at Rio, The Strains of Pan-Americanism,” *Journal of Latin America Studies* 6, no. 1, pág. 77

política exterior⁶ y la recurrencia a la resolución de los conflictos por la “seductora” vía militar debida a la incertidumbre que aparentemente genera la mediación diplomática.⁷

Las respuestas a las siguientes preguntas surgirán en este ensayo:

1. ¿Qué condiciones explican el surgimiento del liderazgo argentino en el escenario panamericano?
2. ¿Por qué los Estados Unidos conservó una posición diplomática contradictoria con respecto a América Latina?
3. ¿Cómo se impuso la doctrina estadounidense de beligerancia sobre la doctrina argentina de neutralidad, como norma a seguir por los países latinoamericanos?

Auge diplomático de Argentina

En el año de 1902 Venezuela fue objeto de un hostigamiento militar por parte de Inglaterra, Alemania e Italia, cuya principal causa fue la moratoria en los pagos de la deuda de Venezuela con súbditos de esas naciones. Para personajes como Luis María Drago, ministro de relaciones exteriores de Argentina, dicha intervención configuraba una violación a la Doctrina Monroe que disponía el rechazo, inclusive por la vía militar, de la intromisión de potencias europeas en los asuntos americanos.⁸ Drago propuso entonces la aplicación de una norma general que condenara el uso de la fuerza por parte de un país para obligar a otro a la cancelación de sus deudas -y por extensión cualquier clase de requerimiento- y la puso en consideración del gobierno estadounidense.

Una vez más afloraron las discrepancias entre las políticas exteriores de Estados Unidos y Argentina, pues el gobierno norteamericano consideró que no había lugar al reclamo argentino. El argumento esgrimido fue que para el caso venezolano la Doctrina Monroe era inaplicable por cuanto no se configuraba una anexión territorial, además que si se ejercía podría inducir al país moroso a la impunidad en caso del no pago de sus deudas.⁹ No obstante, y si bien tímidamente, la tesis del canciller Drago fue aceptada por el gobierno estadounidense, que en último término se pronunció en contra del hostigamiento y exhortó a las potencias europeas a abandonar Venezuela.¹⁰

Paulatinamente, la propuesta del ministro Drago fue incorporada al derecho internacional. Como lo explica Paulina García,

“La Doctrina Drago contribuyó a que en el Derecho Internacional positivo se incorporara, si bien no la tesis in extenso, al menos la limitación del empleo de la fuerza en el cobro de las deudas contractuales ‘cuando el Estado deudor se niegue a aceptar el arbitraje o, en su defecto, cuando habiéndolo aceptado previamente se niegue a ejecutar la sentencia arbitral’. Esta tesis apareció incluida en la enmienda Porter después de intensos debates que tuvieron lugar en la Segunda Conferencia de

⁶ Paul R. Hensel (2001). “Contentious Issues and World Politics: The Management of Territorial Claims in the Americas, 1816-1992,” *International Studies Quarterly* 45, no. 1, pág. 81

⁷ Hensel, “Contentious Issues,” pág. 86

⁸ García, “La Doctrina Drago,” pág. 22

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

la Haya en 1907 y que concluyó con la suscripción de la Convención sobre limitación del empleo de la fuerza en el cobro de las deudas contractuales.”¹¹

Asimismo, la doctrina del canciller Drago fue añadida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en los siguientes términos:

“Art. 17.- El territorio de un Estado es inviolable, no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aún de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción.

Art. 20.- Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza.”¹²

En la Carta de las Naciones Unidas también hace eco de la Doctrina Drago:

“Art.2 numeral 4.- Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”¹³

La adopción de un nuevo principio del derecho internacional, como lo es el no cobro de las deudas con el uso de la fuerza, indica un triunfo indiscutible de la diplomacia argentina porque no solo fue reconocido por los demás estados sino que fue legitimado al plasmarlo en las cartas fundacionales de las principales organizaciones multilaterales, como lo son la OEA y la ONU. En este sentido la aceptación de la Doctrina Drago, leve en un principio pero abiertamente en la primera mitad del siglo XX, implicó que Argentina se hiciese a un lugar en la diplomacia universal. Sin embargo, no era la primera vez que la voz de un diplomático argentino se levantaba en los escenarios diplomáticos.

Antecedentes: la Doctrina Calvo

Carlos Calvo (1824-1906) forjó su personalidad y su capacidad diplomática con el ejercicio de la misma en varios países. Uruguayo de nacimiento, realizó sus estudios en Buenos Aires y obtuvo la nacionalidad argentina. Su carrera diplomática fue muy peculiar, pues sirvió como representante diplomático de Argentina ante los gobiernos de Francia, Alemania, Estados Pontificios y Uruguay, y como emisario de Paraguay en Inglaterra y Francia. Fue cofundador del Instituto de Derecho Internacional en 1873 (que fue galardonado con el Premio Nobel de la Paz en 1904) y autor de numerosas obras

¹¹ García, “La Doctrina Drago,” pág. 23

¹² Organización de los Estados Americanos, *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (Bogotá: Organización de los Estados Americanos, 1948). Consultado En: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (27 mayo 2011)

¹³ Organización de las Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*. (San Francisco: Organización de las Naciones Unidas, 1945). Consultado En: <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml> (27 mayo 2011).

sobre derecho internacional público y privado.¹⁴ Una de ellas fue Derecho Internacional Teórico y Práctico en 1868.

En dicha publicación, Calvo expuso la tesis que luego se convertiría en la doctrina que lleva su nombre. Postuló que las controversias suscitadas por extranjeros debían ser resueltas por la justicia del país donde se encontrasen sin necesidad de recurrir a sus respectivas embajadas y cancillerías.¹⁵ Por supuesto, este principio fue ignorado sistemáticamente por las potencias, incluido Estados Unidos, pero acogido en propiedad por varias naciones latinoamericanas y ratificado en las conferencias panamericanas de Washington (1889-90) y Ciudad de México (1901-02). De acuerdo a Francisco Tamburini, la Doctrina Calvo fue legitimada en el derecho internacional en 1894, cuando se firmó un tratado entre Colombia e Italia que la incorporó plenamente.¹⁶

Expansión de la diplomacia argentina

Pero no solo en cuestiones de política económica internacional se hicieron patentes los esfuerzos diplomáticos argentinos. Los conflictos regionales en América del Sur durante las décadas de 1930 y 1940 fueron campos en los cuales la cancillería argentina obtuvo innumerables éxitos en la resolución de los mismos. En ese entonces, Argentina alcanzó un papel protagónico en el concierto panamericano con la adopción de los principios propuestos por el ministro de relaciones exteriores Carlos Saavedra Lamas en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz, que se realizó precisamente en Buenos Aires en diciembre de 1936.

No es gratuito que Argentina se hubiese convertido en la sede de la convención y que su voz fuese reconocida por las demás naciones del hemisferio, pues ya había demostrado su liderazgo durante la conclusión de la Guerra del Chaco y la posterior firma del acuerdo de paz en 1935.¹⁷ El Pacto Antibélico Saavedra Lamas de 1933, en un inicio concebido para el conflicto del Chaco, fue acogido en la conferencia de 1936 y aplicado posteriormente en todos los conflictos panamericanos.

Queda demostrado un rol de primera línea de la cancillería argentina en el escenario diplomático internacional. Hechos como la admisión de sus propuestas como principios de derecho internacional-doctrinas Calvo y Drago-, la realización en su suelo de la Conferencia Interamericana de 1936 y, como si fuera poco, la concesión del Premio Nobel de la Paz al canciller Saavedra Lamas en el mismo año, hablan por sí solos de la posición alcanzada por Argentina en el mundo diplomático. Sin embargo, este papel se

¹⁴ Francisco Tamburini (2002). “Historia y Destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* 24 pág. 81

¹⁵ Tamburini, “Historia y destino”, pág. 82

¹⁶ Tamburini, “Historia y destino”, págs. 84-85. [Para una visión más cercana a las relaciones colombo-italianas en materia del respeto a los derechos extranjeros a finales del siglo XIX, es pertinente remitirse al caso de Ernesto Cerruti, comerciante italiano al que incautaron sus propiedades durante la guerra civil de 1885 y cuya reclamación suscitó un sonado caso que involucró el derecho internacional. Una lectura más precisa se encuentra en]: Valencia Llano, Alonso (1997). “La Cuestión Cerruti: un conflicto internacional iniciado en el Valle del Cauca,” *Credencial Historia* 92, págs. 3-6

¹⁷ Ronald Stuart Kain (1935). “The Chaco Dispute and the Peace System,” *Political Science Quarterly* 50, no. 3, págs. 321-342

vería prontamente eclipsado por la diplomacia estadounidense, aunque las doctrinas argentinas se recogerían en las cartas fundacionales de la ONU y de la OEA.

La diplomacia Estadounidense y América Latina

La política exterior estadounidense para América Latina estuvo regida por la ambigüedad. En efecto, la Doctrina Monroe preveía el rechazo a cualquier intervención de potencias europeas en América. Sin embargo, cuando los estados europeos hostigaron militarmente las costas latinoamericanas para obligar a los países a cancelar las deudas contraídas por estos con los ciudadanos de esas naciones, Estados Unidos no solo no se opuso, por lo menos en un principio, sino que por el contrario justificó la intervención militar con los argumentos de que no se trataba de una anexión territorial y que además era legítimo que las potencias europeas reclamaran el pago de los débitos, dado que no podía fomentarse la impunidad financiera.¹⁸

Esta última tesis se concretó en 1904 con el denominado “Corolario Roosevelt”, una adición a la Doctrina Monroe que proponía que la intervención militar era legítima en aquellos países latinoamericanos donde no se garantizase la seguridad jurídica y financiera de los capitales estadounidenses. La defensa de los intereses económicos de Estados Unidos fue la excusa para invadir República Dominicana (1905), Honduras (1909), Haití (1910) y Nicaragua (1911).¹⁹ Estos fueron los resultados de la política del “Gran Garrote”, del Destino Manifiesto y de la Doctrina Monroe, y fue la aplicación práctica de “América para los americanos”.²⁰

El ascenso de Franklin Delano Roosevelt al poder en 1933 implicó que la política exterior estadounidense tomara un rumbo conciliador con los países latinoamericanos...mientras se acogieran a los postulados de dicha política. No obstante, y como ya fue demostrado, Argentina pretendió erigirse en líder de la diplomacia regional con la figuración activa de su canciller Saavedra Lamas, lo cual claramente entraba en franca oposición con los intereses de los Estados Unidos. La hostilidad entre ambas posiciones se hizo patente en la III Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Río de Janeiro en 1942.

Caída de la diplomacia argentina y auge diplomático estadounidense

Respecto a América Latina, la Segunda Guerra Mundial significó el sometimiento de sus políticas exteriores a las pretensiones estadounidenses. El gobierno norteamericano esperaba que los estados latinoamericanos se adhiriesen a la causa de los aliados con declaraciones de guerra simultáneas. De acuerdo a Woods, esta sería la manera de legitimar e institucionalizar la Doctrina Monroe al crear una unidad panamericana en torno a un objetivo común.²¹

¹⁸ García, “La Doctrina Drago”, pág. 22

¹⁹ García, “La Doctrina Drago”, pág. 23

²⁰ Para una mejor ilustración sobre la política del “Gran Garrote”, el siguiente texto proporciona un análisis concienzudo de la cuestión: Gómez Sánchez, Elisa, *La política exterior de Theodore Roosevelt hacia América Latina: el inicio de la política del Gran Garrote* (Austin: University of Texas, 2007), Consultado el 27 de mayo de 2011 en:

<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2007/gomez.pdf>

²¹ Woods, “Hull and Argentina”, pág. 351

Empero, el gobierno argentino se encontraba a la vanguardia de la diplomacia latinoamericana no solo por sus credenciales como promotor de principios del derecho internacional, particularmente los relativos a la resolución pacífica de las controversias entre estados, sino también por su política de neutralidad frente a los acontecimientos bélicos en los teatros de operaciones europeos y asiáticos. La opinión pública argentina era por lo demás favorable a la neutralidad.²²

Esta posición fue considerada por los Estados Unidos como de franca hostilidad frente a sus ambiciones, por lo cual inició una campaña sistemática de desprecio contra el gobierno argentino. En primer lugar reprocharon a Argentina por no “agradecer” la renuncia a la política del “Gran Garrote”, es decir, que esperaban que Buenos Aires diera las gracias a Washington por no invadirlos.²³ En segundo lugar denunciaron que el control del gobierno argentino estaba en manos de los militares, quienes tenían planes de expansión territorial a otros países, y era una situación en contravía de los principios democráticos.²⁴ Tercer y último lugar delataron públicamente la ambigüedad de la postura argentina con respecto al Eje, tachándolo incluso de ser simpatizante de aquellos.²⁵ Estas acusaciones rindieron frutos y la posición del gobierno estadounidense se impuso prácticamente con unanimidad en la reunión de 1942 y se consolidó en la IX Conferencia Panamericana, con la creación de la OEA. No hay que perder de vista que la aceptación de esta política por parte de América Latina se vio influenciada indudablemente porque Estados Unidos era –y sigue siendo– el principal acreedor de los países latinoamericanos y proveedor de tecnología científica e industrial.

Conclusiones

Desde el siglo XIX, Argentina fue construyendo una serie de doctrinas de derecho internacional que paulatinamente fueron adoptadas mundialmente. La autoridad de la diplomacia argentina fue legitimada cuando tuvo aplicación práctica en coyunturas como la Guerra del Chaco. Sin embargo, su política de no intervención en otros estados y de neutralidad en los conflictos contrastaba diametralmente con la posición estadounidense de intervención y participación en conflictos internacionales. La presión económica, política y militar de Estados Unidos finalmente se impuso sobre América Latina mientras que Argentina perdió su liderazgo diplomático. No obstante, sus tesis y propuestas fueron acogidas por la comunidad internacional y plasmadas en las cartas constitutivas de las diferentes organizaciones multilaterales, dando cuenta de su plena vigencia.

²² Ibíd. Woods. pág. 358.

²³ Ibíd. Woods. pág. 357.

²⁴ Ibíd. Woods. pág. 358.

²⁵ Ibíd. pág. 350.

Referencias Bibliográficas

- [s. a.]. Additional Protocol Relative to Non-Intervention. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 31, No. 3 (Jul. 1937).
- [s. a.]. Anti-War Treaty on Non-Aggression and Conciliation. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 28, No. 3 (Jul. 1934).
- [s. a.]. Convention for the Maintenance, Preservation and Reestablishment of Peace. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 31, No. 2, (Abr. 1937).
- [s. a.]. Inter-American Treaty on Good Offices and Mediation. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 31, No. 2 (Abr. 1937).
- [s. a.]. Treaty on the Prevention of Controversies. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 31, No. 2 (Abr. 1937).
- Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco: Organización de las Naciones Unidas, 1945. Consultado el 27 de mayo de 2011 en:
<http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>
- Organización De Los Estados Americanos. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Bogotá: Organización de los Estados Americanos, 1948. Consultado en:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm (27 mayo 2011)
- Fenwick, Charles G. The Inter-American Conference for the Maintenance of Peace. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 31, No. 2, (Abr. 1937).
- Francis, Michael J. The United States at Rio, 1942: The Strains of Pan-Americanism. En: Journal of Latin America Studies. Cambridge. Vol. 6, No. 1, (May. 1974).
- García De Larrea, Paulina (2003). La Doctrina Drago: su Validez en las Relaciones Económicas Internacionales del Siglo XXI. En: Afese. Quito. No. 39.
- Gómez Sánchez, Elisa (2007). La política exterior de Theodore Roosevelt hacia América Latina: el inicio de la política del Gran Garrote. Austin: University of Texas. Consultado el 27 de mayo de 2011 en:
<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2007/gomez.pdf>
- Hensel, Paul R. Contentious Issues and World Politics: The Management of Territorial Claims in the Americas, 1816-1992. En: International Studies Quarterly. Hoboken. Vol. 45, No. 1, (Mar. 2001).
- Jessup, Philip C. The Argentine Anti-War Pact. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 28, No. 3 (Jul. 1934).

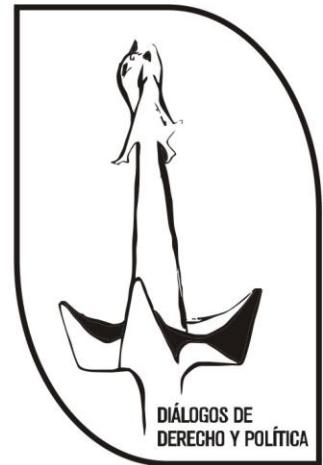
_____. The Saavedra Lamas Anti-War Draft Treaty. En: The American Journal of International Law. Washington D.C. Vol. 27, No. 1 (Ene. 1933).

Kain, Ronald Stuart. The Chaco Dispute and the Peace System. En: Political Science Quarterly. Nueva York. Vol. 50, No. 3, (Sep. 1935).

Tamburini, Francisco. Historia y Destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? En: Revista de Estudios Históricos-Jurídicos. Valparaíso. No. 24, (2002).

Valencia Llano, Alonso. La Cuestión Cerruti: un conflicto internacional iniciado en el Valle del Cauca. En: Credencial Historia. Santa Fe de Bogotá. No. 92, (Ago. 1997).

Woods, Randall B. Hull and Argentina: Wilsonian Diplomacy in the Age of Roosevelt. En: Journal of Interamerican Studies and World Affairs. Miami. Vol. 16, No. 3, (Ago. 1974).



Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia

Jenny Juliet Lopera Morales

Abogada Facultad de Derecho,
Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo,
Universidad Autónoma Latinoamericana.
Correo electrónico: julietacolombia2@yahoo.es.com

Resumen

La Justicia Transicional se refiere a las labores que un Estado debe realizar cuando llega al postconflicto y carga consigo el legado de graves violaciones a los derechos humanos, o lo que ella misma ha señalado: el paso del autoritarismo hacia la paz, a través de etapas de transición política que requieren el restablecimiento de la democracia.

Frente a la aplicabilidad de la Justicia Transicional en Colombia, debe tenerse en cuenta que aunque éste sea un Estado social y democrático de derecho, no ha superado los factores generadores de violencia que permitan considerar la existencia de un postconflicto y la legitimación de un Estado de Derecho, por lo que surgen varios interrogantes ¿por qué hablar de Justicia Transicional?, ¿qué puede aportar al estudio del conflicto en Colombia? Este artículo profundizará en estos tópicos a través del análisis de diversas investigaciones y el derecho comparado.

Palabras claves: Justicia Transicional; conflicto; democracia; postconflicto; derechos humanos.

Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia

Introducción

Hablar del tema de la justicia transicional en Colombia trae consigo interrogantes acerca de la viabilidad de su aplicación como herramienta jurídico política que posibilite avizorar el punto final conflicto armado en Colombia. Desde una investigación cualitativa, que acude a la estrategia documental y al método de análisis como herramientas metodológicas, se aborda a continuación la identificación de los alcances y posibilidades de la justicia transicional en el contexto jurídico político de Colombia.

La Justicia Transicional, ¿una propuesta en el debate académico de las soluciones al conflicto armado en Colombia?

El prolongado conflicto armado en Colombia ha propiciado que varias generaciones padezcan en carne propia el horror de la guerra y sus manifestaciones como son la muerte selectiva, el secuestro, las masacres, los atentados terroristas y aún el exilio.

A su vez, esos mismos colombianos viven con la esperanza de que en un futuro no muy lejano, las generaciones futuras puedan ejercer su derecho a vivir en un país en paz. Es en este contexto de esperanza, es en donde han tomado fuerza todas aquellas alternativas y estrategias que faciliten dicho anhelo.

La búsqueda de la paz es tarea de todas y todos los colombianos; y dentro de los espacios de reflexión, el académico ocupa un papel predominante, por ser este, uno de los llamados a participar activamente en el aporte de salidas al conflicto armado en Colombia.

Dentro de las muchas propuestas que la academia aporta, desde las experiencias internacionales de salidas negociadas y pacíficas a conflictos armados, aparece una que es el objeto de atención en este artículo, la cual presenta una alternativa coyuntural en el actual punto de evolución del conflicto en Colombia, revelándose como una justicia de emergencia que puede facilitar los primeros pasos a una transición democrática.

Se debe abrir entonces el espacio a la comprensión de los supuestos de la justicia transicional en un país en camino a la transición, con la finalidad de hallar una formula al prolongado y complejo caso colombiano, que facilite el restablecimiento de la paz y la gobernabilidad democrática.

Para concebir los preceptos que afronta y propone la Justicia Transicional, se debe partir del debate de su conceptualización, el cual dará los suficientes elementos para continuar en el abordaje de sus máximas de verdad, justicia y reparación; y analizar posteriormente su aplicabilidad en Colombia

Conceptualización de la Justicia Transicional

Para entender la significación y el impacto del concepto Justicia Transicional, se abordarán algunas aproximaciones conceptuales de diversos autores, que propiciarán elementos para la comprensión de este asunto emergente. Para ello se tomarán los aportes de analistas jurídicos en el tema como: Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, quienes afirman lo siguiente:

La Justicia Transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado; que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de Justicia Transicional se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos- en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz- negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de Justicia Transicional se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esta manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la verdad, la justicia y la reparación, las necesidades de paz y reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.¹

Por lo tanto, uno de los mayores desafíos que enfrentan los países que intentan salir de un conflicto armado interno como el caso colombiano, es lograr armonía entre los acuerdos para restablecer la paz y la justicia, ya que los procesos de justicia y reconciliación están bajo el dominio de numerosos factores como el impacto del conflicto, los términos de su resolución, los recursos disponibles, el nivel de voluntad política y de consenso existente, capacidad institucional entre otros. Sin embargo, la experiencia ha indicado, que independientemente del contexto, la planificación minuciosa y elaboración de estrategias de justicia y reconciliación deben promoverse con anterioridad suficiente a la recuperación de la paz.

La fragilidad de estos procesos, obliga entonces a la creación de condiciones previas que garanticen la consecución de los fines superiores propuestos y la permanencia de los resultados en el tiempo, este análisis se fortalece con los aportes de abogada Camila de Gamboa Tapias, quien sostiene:

“La Justicia Transicional constituye una concepción democrática de la justicia que analiza la forma como sociedades afectadas por masivas violaciones de derechos humanos causadas por una guerra civil, un conflicto violento o por régimes dictatoriales, pueden hacer tránsito a régimes democráticos en los que se pueda garantizar una paz duradera.

¹ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Estándares Internacionales y Procesos de Paz en Colombia. *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de justicia transicional*, compilado por Angelika Rettberg. Ediciones Uniandes, Bogota: Corcas Editores, Junio 17 de 2005, pág. 24.

Los procesos de transición democráticos [...] reflejan una constelación de problemas y dilemas morales, políticos y jurídicos a los que deben enfrentarse esas sociedades.”²

El profesor Ruti G. Teitel, en su investigación acerca de la genealogía de la Justicia Transicional la define “como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.”³

Pero los mecanismos legales, se tornan a veces cortos ante la búsqueda de salidas negociadas al conflicto, y surgen así las estrategias políticas pactadas, que procuran la culminación de las crisis más allá del marco jurídico, pues “la justicia transicional se relaciona con la politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del estado de derecho.”⁴ Según autores como Uprimny y Saffon, la cuestión fundamental dentro de la Justicia Transicional “se ha hallado en encontrar una solución políticamente viable que, sin dar lugar a la impunidad, haga posible alcanzar una paz y una reconciliación nacional duraderas.”⁵ Muchas de las transiciones ocurridas se han caracterizado “por la difícil necesidad de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales.”⁶

La Justicia de Transición entonces se refiere a esos procesos interrelacionados de enjuiciamiento y rendición de cuentas, difusión de la verdad, indemnizaciones y reforma institucional que se producen a raíz de conflictos de gran magnitud, que contribuyen al re establecimiento de las relaciones sociales a largo plazo. Procesos que deben corresponder a los pedidos disímiles en el contexto de verdad, justicia y reparación en procura del restablecimiento de la institucionalidad democrática quebrantada por conflictos violentos o por regímenes dictatoriales.

Alcance de la justicia transicional en Colombia

Para propiciar una mayor claridad conceptual, respecto a la justicia transicional, se abordará al profesor peruano Eduardo González Cueva, quien presenta este tema de una manera clara y pedagógica en su ensayo “Perspectivas Teóricas Sobre la Justicia Transicional”, cuya pretensión es “bosquejar los trazos iniciales de un modelo teórico que permita discernir los distintos problemas que se presentan durante las transiciones

² Gamboa Tapias, Camila de, Presentación, *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Septiembre de 2006, pág. 12.

³ Teitel, Ruti G.. Título original: “Transitional Justice Genealogy”. Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, p.1. Consultado el 31 de marzo de 2005 en: www.ilsa.org.co/IMG/pdf/Teitel_Genealogia.pdf

⁴ Ibíd., págs. 69-94.

⁵ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. *Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades. ¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Ediciones Antropos, Bogotá, Junio de 2006, pág. 119

⁶ Ibíd., pág. 117.

democráticas al momento de decidir cómo enfrentar los crímenes cometidos durante el régimen previo.”⁷

Del aporte del profesor González Cueva, sobre las seis formas de comprensión de la Justicia Transicional, se puede adoptar, desde la singularidad del conflicto colombiano, algunos de estos enfoques que dialogan con nuestra realidad, y nos dan la oportunidad de identificar las tensiones existentes en la práctica.

- *Como un complejo de expectativas.* Desde la óptica de una justicia de emergencia, a través de la que los ciudadanos esperan se logre un reacomodamiento de la institucionalidad vulnerada por los actores armados. Se deja ver en la tarea del derecho penal como el encargado de satisfacer los pedidos de justicia (sin atender al juicio de que la lógica del derecho penal no obedece a pactos de paz), y que a su vez permite la concesión de amplios beneficios en aras de la paz.
- *Como un dilema Técnico-jurídico.* Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la Constitución y las leyes. Ante tales garantías se ha dado lugar a un marco normativo por el cual se dictan disposiciones para la reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, marco conocido como ley de Justicia y Paz, la cual no ha alcanzado uno de los requisitos *sine quanon* de los procesos transicionales, y es que estos se legitiman desde la participación y consenso en su elaboración y ejecución, entre los principales implicados (actores armados, víctimas, Estado, fuerzas políticas y organizaciones de derechos humanos), presupuestos que han sido cumplidos parcialmente y que han dejado entre los diferentes actores inconformidades, las cuales no posibilitarán las garantías de no repetición.

Además de la puesta en entredicho de la independencia de la Rama Judicial, ante la presencia de la intervención del ejecutivo en sus decisiones implícita o explícitamente, y la insuficiencia del aparato acusador y jurisdiccional para llevar a cabo la enorme tarea investigar, juzgar y castigar las innumerables violaciones a los derechos humanos.

- *Como promesa moral o cultura política.* Frente a los pedidos de justicia y reparación de las víctimas, alcanzable con el castigo a los violadores de los derechos humanos e infractores del derecho internacional humanitario y restableciendo la dignidad a las víctimas.
- *Como la necesidad trascendental de re-definir la verdad histórica y rescatar la memoria de las víctimas.* “La verdad es el presupuesto básico de cualquier proceso transicional que pretenda respetar los derechos de la víctimas y garantizar que las graves

⁷González Cueva, Eduardo, M.A. Soc. New School For Social Research, Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional, Pág. 1. Consultado el 31 de marzo de 2005 en: www.ilsa.org.co/article.php3?id_article=164

violaciones de derechos humanos cometidas con anterioridad a él no se repitan.”⁸ Sin verdad no hay una verdadera justicia y mucho menos reparación. En Colombia la reconstrucción de la memoria histórica en presencia del conflicto armado imposibilita aún la aspiración de la paz, pero debe continuarse en la demanda constante de los principios de la lucha contra la impunidad y con ellos hacia el camino a la reconciliación.

- *Como reconciliación social.* “El punto de llegada de la reconciliación social es la recuperación de las relaciones con otras personas o grupos con quienes se había entrado en conflicto violento, sea físico o moral.”⁹

Frente a estas formas de comprender la justicia transicional afirma González Cueva que “al ordenar y comprender las distintas perspectivas involucradas en el problema de la justicia transicional podemos preguntarnos hasta qué punto es factible construir complementariedades y alcanzar equilibrios sostenibles entre las preocupaciones por la estabilidad política, la justicia y el respeto a la legalidad.”¹⁰

La preocupación por la estabilidad, es determinante en el tránsito de la consecución de los fines de verdad, justicia y reparación, pero este asunto conceptualmente es bastante ambiguo. Para ello se abordará la obra del politólogo mexicano Garzón Valdés, para quien a partir de la diferenciación entre el concepto descriptivo de *estabilidad* y el concepto normativo de *legitimidad*, se pueden brindar herramientas que faciliten la comprensión y clasificación, desde su aplicación de sistemas que se enmarcan entre la estabilidad y la legitimidad. Dice Garzón:

[...] mientras que el juicio de legitimidad es de naturaleza normativa y su justificación es, en última instancia, de tipo moral, el juicio de estabilidad es descriptivo y su verdad o falsedad depende de la existencia de características empíricamente comprobables, sin que importe la calidad moral de las acciones que la provocaron[...] El más ligero análisis de la realidad jurídica y política nos revela que no es contradictorio hablar de sistemas jurídicos eficaces pero injustos y de sistemas políticos estables pero carentes de legitimidad. Ni la justicia es condición necesaria de la eficacia de un sistema jurídico, ni la legitimidad lo es con respecto a la estabilidad de un sistema político. Y por supuesto que la justicia tampoco es condición suficiente de la eficacia ni la legitimidad lo es con respecto a la estabilidad.

[...] vinculado con los conceptos de estabilidad y legitimidad, se encuentra un tercer concepto: el de *legitimación*. [...] será entendido en sentido exclusivamente descriptivo y como condición necesaria, aunque no suficiente, de estabilidad [...] parecería obvio inferir que la aceptación y práctica del procedimiento democrático y de las reglas creadas de acuerdo con él (*legitimación*) es suficiente para otorgar justificación moral

⁸ Uprimny, Rodrigo y Saffon, María Paula. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. *Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, Junio de 2006, pág. 141

⁹ Castro Quiroga, Luis Augusto. Deja de Correr, la reconciliación desde las víctimas, Edición Comisión de Conciliación Nacional, Bogotá, Abril de 2005, pág.183

¹⁰ González Cueva. Op. Cit., Pág. 9

al sistema (legitimidad) la que a su vez, dada la cultura política de la población, sería garantía de estabilidad¹¹

Pensando en el conflicto interno colombiano, podrá recurrirse a la idea de un sistema estable e ilegítimo, estable ante el mantenimiento de la institucionalidad, pero a su vez ilegítima, ante los fenómenos de intervención de las instituciones democráticas y de reemplazo de la autoridad estatal (justicia de hecho) por parte de los grupos armados al margen de la ley.

El actual contexto colombiano frente a la aplicabilidad de la justicia transicional, se caracteriza por: las expectativas de los ciudadanos de retorno a la legitimidad de las instituciones democráticas; dilemas técnico jurídicos en torno al derecho fundamental de la justicia, como es la insuficiencia de los organismos de investigación y jurisdicción ante las incalculables violaciones a los derechos humanos; los pedidos de justicia y reparación de las víctimas; la necesidad trascendental de re-definir la verdad histórica y rescatar la memoria de las víctimas; la disponibilidad de ciertos sectores y la evasión de otros hacia el logro de la reconciliación; la lejanía del post conflicto; la estabilidad del Estado aún reconocido por los ciudadanos y a su vez su ilegitimidad ante la presencia coactiva de autoridades de hecho dentro del territorio nacional.

Dicho contexto, sumando a los conceptos vistos anteriormente son las herramientas que se deben tener en cuenta, en la comprensión de los elementos que la justicia transicional puede brindar al reforzamiento de la institucionalidad democrática en el país, acudiendo a los pedidos de víctimas y victimarios. Ya que como bien lo expresa el Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

[p]ara alcanzar la reconciliación nacional y una paz sostenible, enmarcada en el Estado de derecho, es fundamental abordar los factores centrales que han hecho que esas estructuras ilegales pudieran funcionar y continúen actuando a diferentes niveles. En un Estado democrático se necesita desarticular totalmente esas estructuras para evitar que perpetúen su incidencia social, económica y política, tanto en el ámbito nacional como regional. Dicha desarticulación debe garantizar una administración transparente y proteger a la sociedad civil en el ejercicio pleno de sus libertades fundamentales, así como evitar la repetición de los hechos.¹²

Posibilidades de la justicia transicional en el contexto jurídico político colombiano

La justicia transicional, se ha valido de la implementación de pautas de justicia para Estados en procesos de transición, con respecto a las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos. Los Estados asumen entonces obligaciones ineludibles para ser aplicadas en procesos de transición, en materia de verdad, justicia y reparación, respecto de la lucha contra la impunidad.

La superación de un proceso de transición de un conflicto armado hacia la paz, demanda comprender el contexto político en el que actuarán las instituciones de transición, que

¹¹ Garzón Valdez, Ernesto (1995). El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos. México, págs. 15-18

¹² Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sin la Verdad no Puede Haber Justicia y Reparación, ni Paz y Reconciliación, Bogotá, junio 13 de 2005, p.. 2-3. Consultado el 3 de octubre de 2005 en: www.hchr.org.co/publico/comunicados/2005/cp0534.pdf

pretenden la consolidación del Estado de derecho, ya que tal contexto puede presentar escenarios de transición diferentes en el devenir, como por ejemplo la preocupación antes de lograr la paz por la seguridad de los sectores cercanos a las víctimas, y el cese de las violaciones a los derechos humanos, y las infracciones al derecho internacional humanitario, la desconfianza en la transición después de pactada la paz, y la aceptación o no de los acuerdos previos. Pero aún considerando el contexto, si se toman disposiciones a espaldas de los procesos de diálogo y en contradicción con los fundamentos de la justicia y los derechos humanos, estas estarán destinadas al fracaso, es por ello que los modelos de justicia transicional se legitiman desde la participación y consenso en su elaboración y ejecución, entre los principales implicados (actores armados, víctimas, Estado, fuerzas políticas y organizaciones de derechos humanos).

La experiencia en la aplicación de modelos o instrumentos de justicia transicional en países que han padecido un conflicto armado o regímenes autoritarios, ha permitido aseverar que no hay un modelo único de aplicación para todos los casos, es más la reproducción acrítica de estrategias de justicia transicional que fueron exitosas en otras realidades comporta graves riesgos, por lo que cada país debe determinar su propio modelo de aplicación atendiendo a los factores que determinan su contexto.

El analista Eduardo González indica con base en tales experiencias algunos principios fundamentales que permiten a cada sociedad establecer su propio camino:

- ***Las estrategias integrales tienden a ser más sostenibles que las medidas aisladas.*** Es el caso del Reino de Marruecos donde se clausuro el caso de las desapariciones forzadas ocurridas durante el reinado de Hassan II (1961-1999) otorgando indemnizaciones monetarias a las víctimas y a sus familiares, lo que origino una determinante necesidad por aclarar lo ocurrido e insatisfacción en el otorgamiento de las indemnizaciones, a lo que recientemente el rey Mohamed VI estableció una comisión de la verdad con el encargo de un esclarecimiento más amplio de los hechos.
- ***La secuencia de las medidas de justicia es la clave para su sostenibilidad en el largo plazo.*** En el Perú por ejemplo el trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación legitimó la lucha frente a la impunidad, y diseñó un plan nacional de reparaciones.
- ***Hay que descartar la ilusión del punto final.*** La experiencia ha demostrado que una justicia incompleta no aplaca el sentimiento de ofensa y que, incluso décadas luego de las violaciones, las demandas de las víctimas continúan siendo vigorosas, como lo muestra la actual avalancha de procesos penales contra perpetradores chilenos y argentinos, la apertura de archivos históricos en Brasil y las exhumaciones de milicianos republicanos en España.
- ***La consulta social legítima fortalece las estrategias de Justicia Transicional.*** En los casos de Sudáfrica y Timor Oriental se consultó a la sociedad civil por la composición de las comisiones de la verdad que se conformaron en esos países, respectivamente en 1995 y en 2000

- *La consulta social debe ser genuina y sustantiva.* En 1999 el gobierno argelino logró la aprobación por referéndum de una ley de *Armonía Civil*, que procuraba por amnistía para los integrantes de grupos islámicos armados; a lo que las organizaciones de víctimas de dichos grupos reclaman que tal mecanismo nunca estuvo precedido por un auténtico debate.¹³

La experiencia demuestra entonces, que la sostenibilidad de un régimen democrático y de la paz, guarda directa relación con el nivel de respeto expresado hacia los principios fundamentales de derechos humanos durante la transición, pues la impunidad o la imposición de medidas atropellan la legitimidad del Estado de Derecho, y solo sobre la base de la justicia puede considerarse una auténtica reconciliación.¹⁴

Es posible pensar en los aportes de la justicia Transicional para el caso colombiano, desde sus máximas en la insistencia de procesos transparentes para la construcción de la paz y la gobernabilidad democrática, pero la falta de solidez de las instituciones judiciales colombianas pueda limitar el alcance de la Justicia Transicional en Colombia, pues un obstáculo clave del proceso es la prevalencia de altos niveles de impunidad. Tal deficiencia será un impedimento no solo en el procesamiento de actores armados acusados de flagrantes delitos contra los derechos humanos, sino que constituirán obstáculo para una reconciliación duradera dados los altos niveles de violencia y crimen organizado existentes al margen del conflicto político.

Los crímenes contra los derechos humanos, los choques con actores armados, y la corrupción también socavan la legitimidad de las instituciones estatales, en especial de las fuerzas armadas y la policía. La justicia y la reconciliación duradera serán imposibles de alcanzar sin una reforma significativa y eficaz de estas instituciones, y la restauración de la confianza ciudadana en ella.

El éxito de la transición una vez culminado el conflicto armado y de la sostenibilidad de la paz se determinará por la capacidad de participación de las organizaciones de la sociedad civil colombiana en los procesos de justicia y reconciliación que reflejen aumento de la capacidad de la sociedad civil para desempeñar un papel clave en los procesos de Justicia Transicional y el establecimiento de la paz. Frente a tal reto desde la justicia transicional en el caso de Colombia hay que establecer la importancia de una comisión extrajudicial de investigación:

Cuyo propósito sea el cumplimiento de la responsabilidad del Estado de investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de crímenes de lesa humanidad. A diferencia de la mayoría de las comisiones de la verdad, las comisiones extrajudiciales de investigación no

¹³ González, Eduardo. Aportes de la justicia transicional para el proceso colombiano. En: Seminario justicia restaurativa y paz en Colombia (Febrero 9- 12, 2005, Cali), resumen centro internacional de justicia transicional, págs. 4- 5. Consultado el 21 de septiembre de 2005 en: <http://www.ictj.org/downloads/ponencia.cali.pdf>

¹⁴Según el médico español Beristain la reconciliación es más difícil: 1. en sociedades con grave polarización sobre el pasado, 2. cuando no hay nuevos consensos sociales después de la guerra, 3. si el nuevo marco de convivencia esté regentado por los antiguos actores o nuevas fuerzas excluyentes, 4. Cuando las comunidades existentes están muy consolidadas en torno a su propia verdad, 5. donde la identidad de un grupo se consolida por el miedo al otro. Beristain, Carlos Martín (2000). Justicia y Reconciliación, Facultad de Ciencias Económicas, Bilbao, pág. 16

necesariamente surgen de los acuerdos de paz ni se desarrollan cuando se ha dado por terminado el enfrentamiento armado, pero comparten algunos elementos con las comisiones de la verdad desarrolladas en América Latina. Las comisiones de la verdad son órganos cuyo papel principal en la transición de un estado de guerra interna a la paz, es contribuir con el entendimiento y esclarecimiento de las secuelas que ha dejado el conflicto en el tejido social. También se definen, según su función, en el planteamiento de reformas institucionales que, en alguna medida, acompañan toda transición o proceso de consolidación democrática [subraya fuera del texto]. Son sobre todo organismos de control sobre los abusos del pasado.¹⁵

Es importante además conocer las diferentes experiencias de aplicación de modelos de justicia transicional en otros países, en las cuales se puede observar cómo se orientan las transiciones de la justicia a la paz, teniendo en cuenta a la justicia como el requerimiento que evalúa y determina las transiciones.

Cuevas manifiesta entonces a manera de síntesis, algunas dimensiones que permitan pensar en “equilibrios sostenibles” en pro de estrategias pragmáticas para la justicia transicional entre las preocupaciones por la estabilidad política, la justicia y el respeto a la legalidad. Se acudirá a estas para posibilitar la continuación del ejercicio de encuadrar el caso colombiano que como hemos ya expresado, no se haya en la fase de post conflicto, pero que se vale de las experiencias internacionales, para la transición de una resquebrajada democracia a una mejor, más consolidada y promotora de la defensa de los derechos fundamentales en concordancia con el mandato constitucional.

Conclusiones

- Las máximas de verdad, justicia y reparación por las que propugna la justicia transicional, sobrepasan en su materialización el marco legal y se convierten en salidas políticas, más que jurídicas; a lo que el discurso legal se queda corto y termina cediendo a las presiones políticas de los sectores involucrados. Se presenta entonces aquí el paradigma del Estado de derecho, en donde la norma se flexibiliza y las instituciones se amoldan para su aplicación. La paz es el principal fin del Estado y ello procurará su estabilidad, lo que trae como consecuencia la **politización del derecho** en pro de la reconciliación nacional
- La Justicia Transicional en el caso Colombiano, se presenta más como una **figura de emergencia**, que de transición, pues en nuestro país no hay aún transición

¹⁵ CeballoS, Op. Cit., pág.3

Nota al margen: la autora en nota al pie señala una diferenciación clara y suficiente para comprender la diferencia entre comisiones de la verdad y comisiones extrajudiciales de investigación: la experiencia histórica ha demostrado que las primeras responden más a la necesidad de esclarecer hechos de violencia política en contextos posteriores al conflicto interno o de transición a la democracia y se establecen como resultado de los acuerdos de paz. El término de comisiones extrajudiciales de investigación en cambio, es más amplio. Estas comisiones responden al esclarecimiento histórico pero no necesariamente se limitan a esta tarea; por lo general su labor está enfocada a impulsar la labor judicial cuando las instituciones encargadas presentan debilidad, y la reparación de las víctimas. Además, pueden ser creadas durante el desarrollo de un conflicto armado independientemente de que se den o no acuerdos de paz, o de que exista un proyecto político de transición hacia regímenes democráticos. Las comisiones de Bolivia, Perú y Brasil se aproximan más a este esquema.

como tal de la guerra a la paz, pues aún no termina el conflicto armado y la Justicia Transicional se refiere es a las labores que un Estado debe implementar cuando llega al post conflicto. Por lo que la Justicia Transicional lo que hace es descubrirnos caminos de cómo lograr esas soluciones definitivas

- Teniendo en cuenta la comprensión del actual sistema gubernamental colombiano y el prolongado y complejo conflicto armado, podríamos decir que en Colombia la justicia transicional se puede entender como un “**complejo de expectativas**” desde la óptica de una justicia de emergencia a través de la cual los ciudadanos esperan se logre un acondicionamiento de la institucionalidad vulnerada por los actores armados.
- Los modelos de la **justicia restaurativa** se muestran **insuficientes** ante actos atroces que atropellan la dignidad de los pueblos, su aplicabilidad a delitos comunes no satisface los pedidos frente a delitos de lesa humanidad que requieren de un tratamiento distinto como sería por ejemplo el de una comisión de la verdad, pues no está en juego simplemente la individualización y castigo del perpetrador del hecho delictivo donde consecuencialmente hay una víctima, sino una nación consternada que reclama verdad, justicia y reparación. El asunto es pues mucho más complejo se traslada del orden individual al colectivo y el transplante jurídico de la justicia restaurativa no basta para la consecución de dichos principios
- La firma y adhesión de Colombia a tratados y convenios internacionales en derechos humanos, a los cuales hay que acudir a través del bloque de constitucionalidad dentro del marco jurídico necesario en procesos de negociación y reinserción a la civilidad, determinan la presencia del fenómeno de **la globalización de la justicia** en Colombia.
- La incidencia de los organismos y comunidad internacional sobre el gobierno nacional, en la toma de decisiones que conlleven a soluciones del conflicto armado, refleja también el fenómeno de **la globalización de la polémica del derecho**.
- Colombia se haya en la paradoja de poseer un sistema democrático “**estable e ilegítimo**”, pues la crisis de la democracia y la legitimidad de las instituciones del poder público en Colombia, en un país considerado con la democracia más estable en Latinoamérica, es una contradicción a la que se enfrenta la Justicia Transicional a la hora de propugnar por el cumplimiento de las máximas de verdad, justicia y reparación. Los procesos de parapolítica han colocado en entredicho la legitimidad de la institucionalidad colombiana (manipulación de las instituciones democráticas por parte de los grupos armados al margen de la ley) y con ello ponen sobre el tapete un juicio moral de imposibilidad de decisión legítima para estas instituciones a la hora de decidir a cerca de la suerte de víctimas y victimarios
- La tarea del **derecho penal** de satisfacer los pedidos de justicia se **desvirtúa** ante las lógicas de procesos de paz, en los que los perdones e indultos posibilitan la

concesión de amplios beneficios en pro de la paz y no del procesamiento de victimarios (la lógica del derecho penal no obedece a pactos de paz).

- La **aplicabilidad** de la Justicia Transicional se enfrenta ante un “dilema técnico jurídico” por varias razones: la independencia de la rama judicial se ha visto en entredicho ante la intervención del ejecutivo en sus decisiones implícita o explícitamente; la insuficiencia del aparato acusador y jurisdiccional para llevar a cabo la enorme tarea investigar, juzgar y castigar las innumerables violaciones a los derechos humanos, y la inconformidad con el actual y exiguo marco jurídico, que regula la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional
- La **reconstrucción de la memoria histórica en presencia del conflicto armado** imposibilita aún la idea total del perdón, por lo que la Justicia Transicional en Colombia debe enmarcarse en la necesidad trascendental de re-definir la verdad histórica, y rescatar la memoria de las víctimas, correspondiéndose con la demandada de verdad por la sociedad colombiana.

Referencias Bibliográficas

Beristain, Carlos Martín (2000). *Justicia y Reconciliación*. Facultad de Ciencias Económicas, Bilbao.

Castro Quiroga, Luis Augusto. *Deja de Correr, la reconciliación desde las víctimas*. Edición Comisión de Conciliación Nacional, Bogotá, Abril de 2005.

Gamboa Tapias, Camila de, Presentación, *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Septiembre de 2006.

Garzón Valdez, Ernesto (1995). *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*. México.

González Cueva, Eduardo, M.A. Soc. New School For Social Research. *Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional*. Consultado el 31 de marzo de 2005 en: http://www.ilsa.org.co/article.php3?id_article=164

González, Eduardo. *Aportes de la justicia transicional para el proceso colombiano*. En: Seminario justicia restaurativa y paz en Colombia (Febrero 9- 12, 2005, Cali). Resumen Centro Internacional de Justicia Transicional. Consultado el 21 de septiembre de 2005 en: <http://www.ictj.org/downloads/ponencia.cali.pdf>

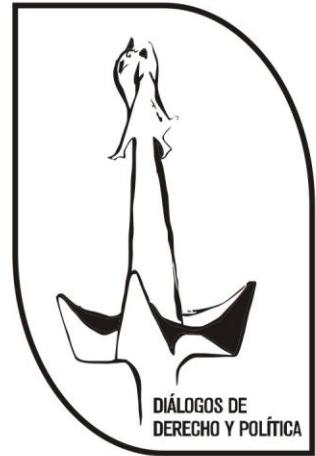
Oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Sin la Verdad no puede haber Justicia y Reparación, ni Paz y Reconciliación*. Bogotá, junio 13 de 2005, págs. 2-3. Consultado el 3 de octubre de 2005. En: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2005/cp0534.pdf>

Teitel, Ruti G. *Transitional Justice Genealogy*. Publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, pág.1. Consultado el 31 de marzo de 2005. En: http://www.ilsa.org.co/IMG/pdf/Teitel_Genealogia.pdf

Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. *Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. ¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Ediciones Antropos, Bogotá, Junio de 2006.

_____. *Estándares Internacionales y Procesos de Paz en Colombia*. En: *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de justicia transicional*, compilado por Angelika Rettberg. Ediciones Uniandes, Bogota: Corcas Editores, Junio 17 de 2005.

_____. *Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades. ¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Ediciones Antropos, Bogotá, Junio de 2006.



Relaciones entre lo local y lo global en un contexto rural colombiano: el caso de Asprocafé Ingrumá

Irene Piedrahita Arcila

Antropóloga, Investigadora del grupo Cultura,
Violencia y Territorio INER. Universidad de Antioquia
Correo electrónico: irepiedrahita@gmail.com

Resumen

Este artículo presenta el caso de la Asociación de Pequeños Productores de Café, *Asprocafé Ingrumá*, ubicada en el Municipio de Riosucio, Caldas. El objetivo del artículo consiste en ilustrar la forma en que se manifiestan las relaciones entre lo local y lo global en un contexto en el cual confluyen actores internacionales, nacionales y locales. A partir de las relaciones y tensiones existentes entre los pequeños caficultores de Riosucio y las certificadoras internacionales de café, se pretende comprobar que aunque la globalización es entendida por muchos como un proceso homogéneo, ésta tiene múltiples y diversas manifestaciones en el plano local, lo que convierte al fenómeno globalizador en un proyecto heterogéneo basado en las pendulaciones existentes entre lo local y lo global.

Palabras Clave: caficultura; certificaciones internacionales; pequeños productores; globalización; Asprocafé Ingrumá.

Relaciones entre lo local y lo global en un contexto rural colombiano: El caso de Asprocafé Ingrumá*

Introducción

Uno de los temas más abordados por las ciencias sociales y económicas en las últimas décadas es la globalización, entendida como “el proceso de internalización de la economía, la tecnología, las finanzas, las comunicaciones o la producción cultural”;¹ en donde hay una expansión del mercado y una consolidación del sistema capitalista como modelo económico y social. El aporte que de manera particular han hecho las ciencias sociales, y entre ellas la antropología, al análisis de la globalización, tiene que ver con entender este proceso no como un fenómeno homogéneo, unidireccional y plano, sino como un proyecto polifacético que se enmarca en continuas y desiguales pendulaciones entre contextos globales y locales, en tanto los grupos sociales que conforman estos territorios tienen múltiples respuestas y mecanismos de resistencia a las demandas globalizadoras.

Una vía para entender las consecuencias del proceso globalizador, es el seguimiento a uno de los productos mercantiles de mayor vigencia en los mercados internacionales. Esa, precisamente, fue la vía que decidió seguirse para entender las incidencias de la globalización en los contextos rurales de Colombia, a través del análisis de los procesos productivos, mercantiles y comerciales del café, el principal producto de exportación agrícola colombiano.

Aunque los proyectos de desarrollo económico nacionales se diversifican en formas y en productos de comercialización, el análisis de los procesos mercantiles del café “es particularmente importante en la comprensión de la economía política del desarrollo [porque] más del 90% de la producción de café tiene lugar en países del Tercer Mundo, mientras que el consumo sucede principalmente en economías industrializadas.”² Este producto, que se ha establecido en el siglo XX como la segunda materia prima más importante en el mercado internacional, sostiene a millones de pequeños productores y trabajadores agrícolas a nivel mundial, haciendo que controlar su producción y comercialización sea estratégico para gobiernos y actores privados.³

El café, al ser un producto básico en la vida familiar de muchas sociedades –como las africanas y las latinoamericanas en el caso de los países productores, y las europeas y estadounidense, en el caso de los consumidores–, resulta ser un elemento idóneo para el análisis de los impactos socioculturales que se han dado en las distintas comunidades que lo han cultivado o consumido. Además, es una ruta de análisis particular que permite evidenciar las relaciones existentes entre los contextos locales, que incluyen a los caficultores, sus familias, y recolectores, entre otros, con los procesos globales, dentro de

* Este artículo hace parte de mi tesis de grado para optar al título de antropóloga de la Universidad de Antioquia: *Identidades estratégicas, Identidades certificadas: El caso de la Asociación de Pequeños Productores de Café, Asprocafé Ingrumá*, presentada en julio de 2011.

¹ Comas D'argemir, Dolors (1998). *Antropología Económica*. Barcelona: Ariel Antropología. pág. 7

² Ponte, Stefano (2004). *Estándares y sostenibilidad en el sector cafetero*. En: *Ensayos Economía Cafetera*. Nro. 20. pág. 33

³ Ibíd.

los que se encuentran aspectos como la globalización, los nuevos nichos de mercados inspirados por ideas como: la Revolución Verde, los paradigmas del desarrollo sostenible, algunas estrategias de comercio justo y la reorientación de las motivaciones de los consumidores a nivel mundial, entre otras. Este producto agrícola sirve de argumento para “comprender las transformaciones que rodean al capitalismo mundial a finales del siglo XX y principios del siglo XXI.”⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo tiene como objetivo evidenciar una de esas respuestas al fenómeno globalizador por parte de un grupo de campesinos e indígenas caficultores del centro del país, quienes conforman la Asociación de Pequeños Productores de Café, *Asprocafé Ingrumá*. Los caficultores obtienen sus ingresos de la venta de café para exportación, a través de la certificación de su calidad por medio de dos sellos: FLO Cert y Orgánico.⁵ Estas certificadoras, que hacen parte de los sistemas expertos del aparataje globalizador, traen implicaciones en la vida cotidiana de los caficultores, obligándolos a asumir nuevas rutinas y discursos; pero también, llevándolos a crear mecanismos de resistencia frente a las normativas del libre mercado que actualmente rigen los procesos comerciales cafeteros.

Para evidenciar lo anterior el presente artículo estará dividido en cuatro apartados: el primero corresponde a las generalidades de la investigación. El segundo apartado describe cuáles son las actuales condiciones del mercado internacional del café (contexto global) que han incidido en la vida cotidiana de los productores campesinos e indígenas (contexto local). El tercer apartado ilustrará las condiciones actuales en las que viven los campesinos e indígenas de *Asprocafé Ingrumá*, haciendo énfasis en las adecuaciones que ha debido hacer esta entidad para poder mantenerse en el mercado internacional del café. Finalmente, se realizará una reflexión sobre las relaciones locales/globales en los procesos de las certificaciones internacionales de café.

Generalidades de la investigación

La investigación de la cual hace parte este artículo se desarrolló en la Asociación de Pequeños Productores de Café, *Asprocafé Ingrumá*, que se encuentra ubicada en el municipio de Riosucio, Caldas, el segundo productor cafetero de Colombia. La población de Riosucio es de 40.522 habitantes, de los cuales el 75,4% se autoreconoce como indígena perteneciente a la etnia Embera-Chamí.⁶ Esta adscripción étnica y la herencia de la colonización antioqueña desde el siglo XVIII, hacen que muchos de los socios de *Asprocafé Ingrumá* pertenezcan a dos de los grupos socioculturales más representativos de Colombia: campesinos e indígenas.

Esta investigación hizo énfasis en los pequeños productores de café, debido a que ellos participan en un panorama diverso de interacción social y de transformaciones

⁴ Gómez Cardona, Santiago (2010). *Caficultura orgánica e identidades en el suroccidente de Colombia. El caso de la Asociación de Caficultores Orgánicos de Colombia ACOC-Café Sano*. Tesis de grado para optar al título de Magister en Antropología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pág. 14

⁵ El sello FLO Cert debe su nombre a la certificadora Fairtrade Labelling Organization, y el sello orgánico es otorgado por la certificadora colombiana Biotrópico. Ambos sellos tienen como objetivo certificar la calidad del café y las condiciones bajo las cuales fue producido. En páginas siguientes se ahondará en ambas certificaciones cafeteras.

⁶ Alcaldía de Riosucio (2005). *Plan Básico de Ordenamiento Territorial 2003 – 2009*. Consultado el 31 de diciembre de 2001 en: <http://www.riosucio-caldas.gov.co/index.shtml>

económicas, pues desde el lugar que ocupan en la economía aportan a la correlación existente entre la localidad y la globalidad, a partir de las revitalizaciones que hacen de los espacios locales. Esto justifica el presente estudio, en tanto indaga por los grupos sociales locales que atañen sus prácticas cotidianas y su accionar social con la producción cafetera y, principalmente, en torno a la producción de cafés sostenibles.⁷

La investigación fue realizada entre mayo y diciembre de 2010 en las instalaciones de la asociación Asprocafé Ingrumá, así como en las fincas y cultivos de sus socios, quienes están inscritos en programas de comercio justo y caficultura orgánica. La pregunta que orientó la investigación parte de entender la influencia que ha tenido la producción de los cafés orgánicos y de comercio justo en el contexto sociocultural de los pequeños productores asociados en Asprocafé Ingrumá. Estas dos líneas de cafés implican cambios en las formas de cultivar y unos nuevos compromisos con instancias nacionales e internacionales que se encuentran en las redes de comercialización y certificación, como es el caso de la asociación o de las certificadoras de la calidad del producto.

La metodología utilizada fue la *etnografía interpretativa*, la cual propone que las inferencias que se hagan de los grupos sociales deben considerar el análisis de fenómenos específicos, y no la transcripción de todos los elementos que conforman la totalidad cultural de la población. De este modo, lo que caracteriza a la etnografía interpretativa es la “descripción densa”, en la cual el análisis y las posiciones del etnógrafo son fundamentales para complementar los datos recogidos en campo.⁸ Por ello, la forma utilizada para entender los procesos que se dan en la asociación fue a través de la vivencia de las cotidianidades de los productores, lo cual me permitió hacer parte de conversaciones habituales en las cuales se reflejaban constantemente las relaciones y tensiones entre lo local y lo global.

Dicho enfoque metodológico fue realizado con base en los planteamientos de Arjun Appadurai, debido a que sus posiciones plantean que “la tarea de la etnografía actualmente deviene en resolver el siguiente enigma: ¿en qué consiste la naturaleza de lo local como experiencia vivida en el contexto de un mundo globalizado y desterritorializado?”.⁹ En sus argumentos se enmarca mi pregunta por el caso de Riosucio, pensando específicamente cómo esas nuevas formas de contacto que plantea la globalización transforman las perspectivas de lo local.

Con lo anterior no quiero decir que mi perspectiva metodológica coincida totalmente con los puntos argumentativos de Appadurai, quien propone hablar de etnografías cosmopolitas, o macroetnografías, en donde la imaginación y la fantasía son dos conceptos fundamentales para entender las formas de relacionarse de los sujetos contemporáneos. Mi posición se cimienta precisamente en la sugerencia de este autor en referencia a un cambio en los modos desde los cuales se investigan y se analizan las realidades sociales, pero es específicamente desde lo local que pretendí identificar cuáles

⁷ Es decir, cafés que se inscriben dentro de los cafés especiales pero que prestan mayor atención a las condiciones sociales, políticas y económicas de las comunidades productoras del grano; en estas líneas se inscriben los cafés orgánicos y los cafés de comercio justo.

⁸ Morce, Janice M. (Ed.) (2006). *Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia. pág. 189

⁹ Appadurai, Arjun (2001). *La Modernidad desbordada. Dimensiones culturales de la globalización*. Buenos Aires: Ediciones Trilse y FCE. FLACSO. Biblioteca de Ciencias Sociales. pág. 67

transformaciones de los procesos alternativos de comercialización global del café (comercio justo y caficultura orgánica), se potencializan como factores de cambio para los grupos sociales que los adoptan y llevan a cabo. Considero que el escenario que brinda Riosucio es ideal para preguntarme por el papel de los pequeños productores en un mundo globalizado e interconectado.

Mercado internacional del Café: apuntes para el entendimiento del contexto global

El mercado internacional del café tiene una historia que bien puede rastrearse desde el siglo XIV, momento en que el grano cafetero empieza a ser utilizado como una bebida de lujo y prestigio por parte de sociedades europeas y asiáticas. Sin embargo, es la segunda mitad del siglo XX, el período que presenta mayores transformaciones y eventos coyunturales en este mercado, los cuales han influido en la forma de concebir la caficultura a nivel mundial, y en la vida cotidiana de los pequeños productores cafeteros asentados en los contextos locales.

Desde 1962 hasta 1989, el mercado cafetero estuvo controlado por el Acuerdo Internacional de Cuotas para el Café (AIC), pacto firmado por países productores y consumidores del grano que pretendían mantener estable el precio y controlar las exportaciones de este producto. Dicho acuerdo basaba su funcionamiento en la asignación de una cuota de exportación anual que se distribuía a lo largo de tres meses. “La cuota global para todos los exportadores se determinaba sobre la base de estimaciones del consumo, de las importaciones de los países consumidores y del nivel de las existencias en estos mismos países.”¹⁰

No obstante, el desarrollo de este pacto estuvo marcado por relaciones de tensión entre los países firmantes, en donde algunos consideraban que el AIC solamente beneficiaba a aquellos países con alta productividad cafetera y que no cumplía con un incremento de la calidad de vida de los caficultores.¹¹ Por estas tensiones y la presión ejercida por Estados Unidos para establecer una apertura en las transacciones financieras,¹² el AIC se rompe en julio de 1989, trayendo como consecuencia la entrada de las políticas de libre mercado a la caficultura mundial. Precisamente, el rompimiento del AIC permite la entrada de modelos neoliberales a la producción y comercialización cafetera, ocasionando unas transformaciones profundas en las estructuras institucionales de la caficultura, en las estrategias mercantiles que venían llevándose a cabo con la adjudicación de cuotas, y en la vida cotidiana de los productores cafeteros.

Una de las mayores transformaciones presentada tras el rompimiento del Acuerdo, fue el desplazamiento del Estado de las funciones de veeduría y control de las exportaciones cafeteras. La salida de los gobiernos de estos espacios de comercialización, impulsaron la llegada de nuevos actores a los escenarios de producción, distribución y consumo, como los sistemas certificadores, garantes de la calidad del grano, las ONG's y cooperativas que establecieron contactos directos con pequeños productores de café alrededor del mundo, tostadores y exportadores privados, entre otros.

¹⁰ Renard, Marie Christine (1999). *Los intersticios de la globalización: Un label (Max Havelaar) para los pequeños productores de café*. Chapingo: CEMCA, ISMAM, CEPCO, Departamento de Sociología Rural. pág. 102

¹¹ Lanzetta, Cristina (1991). *Coyuntura cafetera*. En: Relaciones Económicas Internacionales. Universidad de los Andes. Pág. 10 – 15

¹² Ibíd.

Esta nueva etapa de la caficultura mundial se caracteriza porque ya no son los gobiernos quienes ejercen las principales negociaciones en referencia a la comercialización del grano, sino que son actores estratégicos del mercado quienes toman las principales decisiones y establecen relaciones comerciales para la negociación cafetera. Es por ello que las casas torrefactoras,¹³ los exportadores privados y las grandes compañías transnacionales como Nestlé y Kraft Foods, entran a controlar buena parte del mercado, convirtiendo el escenario internacional del café en un gran oligopolio mundial.¹⁴

En este sentido, una de las estrategias que tomaron los pequeños productores de café para mantenerse dentro del mercado internacional, fue aumentar la calidad del grano como vía para posicionar un tipo de mercado diferente a través de la priorización de una o varias cualidades del café. Éste es el mercado de los cafés especiales, el cual obtuvo un crecimiento acelerado en la década de los ochentas, y logró posicionarse en la década de los noventas con el rompimiento del pacto, lo que permitió aumentar la competencia por la calidad del grano.

Llegada e incidencia de los cafés especiales al mercado internacional

Cuando hablamos de cafés especiales o diferenciados estamos haciendo alusión a aquellos cafés que se distinguen de los commodities¹⁵ “por su origen distintivo, procesamiento definido, o características excepcionales como gusto superior o cero defectos.”¹⁶ Estos cafés tuvieron su aparición en el mercado internacional durante la década de los ochentas, pero su fortaleza fue posterior al rompimiento del AIC cuando las políticas de libre mercado exigieron hacer énfasis en los procedimientos de calidad que son necesarios dentro de la producción y distribución del grano; además, los cafés especiales cobraron importancia cuando los actores menos fuertes en la cadena de comercialización del café – como los pequeños productores- debieron buscar alternativas estratégicas para mantenerse *con vida* dentro de las lógicas mercantiles ahora reinantes.

Los cafés diferenciados o especiales corresponden a estrategias económicas de los países cafeteros, de los comerciantes minoristas y de los pequeños productores del grano, para hacer valer su producto en un mercado dominado por grandes potencias productoras como Brasil y Vietnam. En este orden de ideas, dentro de los cafés especiales que pueden encontrarse en los mercados globales hoy, se hace referencia a los siguientes: 1. Indicadores Geográficos de Origen (apelaciones). 2. Cafés Especiales Gourmets. 3.

¹³ Las casas torrefactoras son lugares especializados en el procesamiento del café. Allí se realiza la principal transformación del grano que “consiste en calentarlos a una temperatura que provoque modificaciones químicas, físicas y físico-químicas que hace que de éstos se pueda obtener una infusión cuyas cualidades sean satisfactorias” Consultado el 2 de enero de 2012 en: <http://academic.uprm.edu/mmonroig/id49.htm>

¹⁴ Gómez, Cardona (2010). *Óp. cit.*

¹⁵ El mercado de los commodities se caracteriza por un bajo crecimiento de los segmentos de consumo, donde la calidad no es un factor determinante para la comercialización del grano, dada la saturación del mercado y el énfasis puesto en los procesos mercantiles a gran escala. Generalmente, son productos fabricados en masa con tecnología, es decir, la producción pasa por procesos de manufactura previamente estructurados y reducidos a la mínima inversión de fuerza laboral, pero mayor incremento de producción tecno-industrial.

¹⁶ Lewin, B. Giovannucci, D. Varangis, P (2004). *El Mercado del café: Nuevos paradigmas en la oferta y demanda global.* Resumen ejecutivo de: Coffee Markets. New Paradigms in Global Supply and Demand. Agriculture and Rural Development Discussion Paper 3. Washington: The World Bank. pág. 99

Orgánicos. 4. Comercio Justo. 5. Amigables con la naturaleza y crecidos a la sombra. 6. Otros cafés certificados.¹⁷

Específicamente los cafés del comercio justo y los orgánicos son los que conciernen a este artículo, debido a que son distintivos de la producción de Asprocafé Ingrumá. Estos cafés se conocen como sostenibles, en la medida que tanto los productores como los consumidores se preocupan por la protección ambiental, las condiciones sociales de los productores y el establecimiento de relaciones económicas más justas que no sólo generen ganancias a los comercializadores y tostadores del grano, sino también a los pequeños productores; así ellos, que generalmente se encuentran en el eslabón más bajo de la cadena de comercialización cafetera, deben recibir ganancias acordes al trabajo que invierten en cada cosecha. Por ello, “estos principios que rodean la producción de este tipo de cafés han sido llamados de modo más genérico como ‘cafés sostenibles.’”¹⁸

Cafés de comercio justo y cafés orgánicos: aparición de las certificadoras internacionales de café

Los cafés del comercio justo hacen parte de un tipo de mercado dedicado a asegurar la promoción del desarrollo social de las familias cafeteras que los producen, y por tales razones son preferidos por clientes con una conciencia ambiental y social ‘más justa’. Este tipo de cafés también pueden ser cultivados por comunidades que tienen un compromiso con la protección del medio ambiente a través de la producción limpia y la conservación de la riqueza ambiental de sus zonas.

El mercado del comercio justo hace parte de una iniciativa que plantea unas relaciones específicas entre cierto tipo de consumidores y productores, quienes se articulan alrededor de unos discursos que buscan la justicia social y la equidad entre regiones. Su filosofía descansa en el fortalecimiento y apoyo a redes de comercialización de agentes generalmente individuales, articulando sectores marginados a las dinámicas globales. “Esta iniciativa nace con la fundación holandesa Max Havelaar en 1989, como respuesta de los consumidores ante la disminución de las cotizaciones internacionales del café.”¹⁹

Los cafés de comercio justo se caracterizan porque las poblaciones que los producen deben cumplir con los siguientes requisitos: En primera instancia, debe asegurarse que quienes producen son pequeños productores, es decir, aquellos que tienen en cultivo cafetero entre 0 y 5 hectáreas de café y quienes dependen como mínimo en un 60% de la producción y venta del grano.²⁰ En segundo lugar, los pequeños productores deben cumplir con ciertas normativas de contratación laboral, es decir, no pueden tener menores de edad²¹ ni mujeres en embarazo trabajando en los cultivos, los trabajadores deben tener herramientas adecuadas y en buen estado, y se debe procurar por mantener la equidad de género. En tercer lugar, los cafés de comercio justo invitan a una

¹⁷ Ibid., pág. 97

¹⁸ Ibid., pág. 98

¹⁹ González, Alma Amalia. LINCK, T. Moguel, R (2003). *El comercio de valores éticos: Las reglas del juego del café solidario*. En: Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe. Nro. 75. Octubre de 2003. pág. 31

²⁰ Rincón García, John Jairo (2005). *Trabajo, territorio y política: Expresiones regionales de la crisis cafetera 1990 – 2002*. Medellín: Ed. La Carreta Histórica.

²¹ En el caso colombiano la certificadora FLO Cert, permite el trabajo de menores de edad entre los 15 y 18 años, pero sin que se interrumpan las actividades escolares.

agremiación de pequeños productores en asociaciones, donde se busca el fortalecimiento comunitario de los grupos; en estas organizaciones está prohibido cualquier tipo de discriminación. En cuarto lugar, la producción cafetera debe cumplir con un mínimo de normativas ambientales, en donde se busca la protección de los ecosistemas y la no utilización de agroquímicos.²²

Por otro lado, los mercados de cafés orgánicos tienen su apogeo a partir de los años 80's, cuando los principales actores en la cadena de comercialización del café -consumidores, comercializadores y productores-, presentaron cambios fundamentales en el manejo y en las concepciones que hasta ese entonces habían tenido sobre este producto agrícola. El tema medioambiental fue el que generó las mayores transformaciones en los patrones de consumo sostenidos hasta entonces, debido al creciente número de movimientos y discursos ambientalistas.

Por tanto, la caficultura orgánica debe asegurar que la producción y acopio del café es 100% libre de insumos químicos y transgénicos, es decir, que la producción es completamente orgánica. Para ello, todos los agroquímicos están prohibidos, debido a que se debe procurar la protección total de los recursos naturales y la biodiversidad presente en las fincas, por lo cual la producción de café en sombrío es la característica principal de los predios en los que se cultiva café orgánico. Sin embargo, la caficultura orgánica, para el caso de pequeños productores, no solamente deviene de un proceso físico y agronómico, sino que incluye dentro de sus elementos condiciones socioculturales, políticas e históricas, que producen una identidad ambiental en los caficultores. Como bien define Artemio López:

“la producción de café orgánico se vislumbra como el proceso en que se construyen relaciones de producción e intercambio influidas por la variable medioambiental, identifiable por la capacidad para articular expectativas en niveles diferenciados de participación de actores representativos: los pequeños productores.”²³

Es importante aclarar que si bien las condiciones bajo las cuales un productor decide cultivar de modo orgánico, radican en buena parte en el estímulo económico que los caficultores pueden llegar a recibir, es necesario decir que esta forma de cultivar encierra, en muchos casos, posiciones políticas e identitarias de los grupos, lo cual hace que la producción orgánica influencie de manera notoria la forma de organización social de los campesinos; en donde componentes económicos, sociales y ambientales se ponen en juego para darse un lugar en la producción cafetera, generando actitudes de respeto hacia las cosmovisiones de quienes producen.²⁴

Los caficultores que deciden inscribirse en alguno de estos dos mercados, reciben una prima por cada libra de café vendida, que es el valor agregado en dinero que le dan los consumidores a los productores por el hecho de producir de una manera particular. Las primas para estos dos mercados son las siguientes: 10 centavos de dólar por cada libra de café vendida dentro del comercio justo, y en el caso del programa orgánico, la prima equivale a 20 centavos de dólar por libra. Vale resaltar que el precio mínimo de compra

²² Aunque se permite el uso de sustancias químicas con poco nivel de toxicidad.

²³ López, Artemio (2009). *Organización de productores y producción de café orgánico en Atoyac de Álvarez, Guerrero*. México DF (Sin más datos). pág. 2

²⁴ Ibíd., pág. 10

del café, para el caso colombiano, es de 1,24 dólares/libra, al cual se le suma la prima diferencial.

Para poder recibir estas primas los caficultores inscritos en estos mercados deben estar certificados por una entidad reconocida a nivel internacional, la cual les proporcionará un sello que garantiza las condiciones bajo las cuales fueron producidos y distribuidos los sacos de café. Este tipo de organismos se conocen como los sistemas certificadores de café.

Para entender este tipo de instituciones traigo a colación la definición de Anthony Giddens en relación a los sistemas expertos, definidos como:

“sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno material en el que vivimos [...] Los sistemas en los cuales el conocimiento de expertos está integrado, influyen sobre muchos aspectos de lo que hacemos de manera ‘regular’”.²⁵

Dentro de los sistemas expertos incluyo a las certificadoras de café en tanto promueven la confianza del consumidor en un producto, a partir de la vinculación de éste con un sello que implica una previa revisión y control de los procesos bajo los cuales el producto fue manufacturado. Para el café, los procesos que se revisan y controlan son la producción, el acopio y distribución del grano, buscando que en toda esta cadena siempre exista coherencia y trazabilidad con los parámetros reseñados en las normas de cada sistema experto. En el caso del comercio justo, los compradores buscan con este sello una protección al entorno sociocultural y ambiental de las comunidades rurales que los producen. Para el caso orgánico, las pretensiones pasan por el establecimiento de la protección de los ecosistemas y de la salud de los consumidores.

En última instancia, el propósito de los sistemas expertos reside en la generación de confianza y fiabilidad en el consumidor. Como proponen Flurina Doppler y Alma Amalia González:

“Para depositar la confianza en un sistema se precisa que éste ofrezca el respaldo de un consumo de normas y procedimientos emitidos por expertos y que además, exista una posición imparcial para actuar en caso de ameritarse una corrección o sanción ante el incumplimiento de la norma. En el caso de los sistemas complejos, la confianza se operacionaliza a través de los procesos de certificación” (2006: 11)

Sin embargo, las certificadoras de comercio justo y de la caficultura orgánica generan una ambivalencia entre los principios que proponen los mercados que certifican, y los niveles de exigencia contenidos actualmente en sus normas, lo cual obliga a los pequeños caficultores, en muchas ocasiones, a asumir posturas contrarias a sus referentes socioculturales y políticos. Un ejemplo de lo anterior será evidenciado en el siguiente apartado a través del análisis de los procesos vividos en Asprocafé Ingrumá.

Relaciones entre la Localidad y la Globalidad: el caso de Asprocafé Ingrumá

²⁵ Giddens, Anthony (1999). *Consecuencias de la Modernidad*. Madrid: Alianza Editorial. pág. 37

Como bien se señaló en las primeras páginas de este artículo, Asprocafé Ingrumá es una asociación de pequeños productores -campesinos e indígenas- dedicados a comercializar el café que producen en mercados de comercio justo y caficultura orgánica. Como requisito para pertenecer a este tipo de mercados, la asociación debe ser certificada por un sistema experto reconocido internacionalmente; para el caso del comercio justo la asociación es certificada por FLO Cert, y para el caso del café producido de modo orgánico, Asprocafé recibe su sello de la certificadora Biotrópico.

La historia de Asprocafé Ingrumá, primer grupo de comercio justo inscrito en Colombia, inicia en 1992 con la llegada de la fundación holandesa Max Havelaar a Riosucio, que arribó al municipio con la finalidad de buscar alternativas de comercialización de café diferentes a las propuestas por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, entidad que hasta 1989 monopolizó todas las transacciones cafeteras del país. A partir de 1992 varios productores decidieron unirse y darle vida a Asprocafé Ingrumá, con el fin de recibir los beneficios económicos dados por el comercio justo, pero también buscando un mercado que estuviera más acorde con las ideas ambientales y políticas presentes en el municipio, dadas principalmente por la adscripción étnica de muchos caficultores²⁶. Por su parte, el mercado orgánico arribó a la asociación en 1997, y se consolidó en el 2000 con la primera exportación de café orgánico a Estados Unidos.

En la actualidad Asprocafé Ingrumá cuenta con 1524 productores de café inscritos dentro del comercio justo; de éstos, 314 componen el programa orgánico.²⁷ Si bien la asociación está centralizada en Riosucio, el radio de acción de ésta abarca también a los municipios de Supía (Caldas) y Quinchía (Risaralda); además, Asprocafé hace presencia en Caramanta y Támesis (Antioquia), pues un grupo de caficultores de ambos municipios escucharon hablar de la asociación y les propusieron la inscripción de sus predios dentro del programa orgánico, debido a la falta de iniciativas como ésta en el suroeste antioqueño, y a la falta de apoyo de otras instituciones para incentivar el programa de producción de café orgánico local.

Los principales requisitos que deben cumplir los caficultores para poder pertenecer a Asprocafé Ingrumá son: tenencia de predios dedicados a la producción de café no mayores a diez hectáreas por productor, a menos que sean personas jurídicas, es decir, que sea una asociación o grupo de productores con propiedad colectiva, como es el caso de los predios que los cabildos indígenas tienen en café y que superan las diez hectáreas. Del mismo modo, solamente podrá asociarse un miembro por familia que acredite su carácter de propietario, y quien deberá comprometerse a la venta de su café sólo en las compras autorizadas por la asociación. El productor que decida unirse, deberá comprometerse con trabajar de manera mancomunada con la asociación, por lo que deberá asistir a las reuniones que la entidad programe y deberá contribuir con el mejoramiento de ésta. Así mismo, deberá cumplir a cabalidad las normas impuestas por las certificadoras.

²⁶ Es importante resaltar que los primeros años de Asprocafé Ingrumá estuvieron marcados por la influencia del Consejo Regional Indígena de Caldas, al cual pertenecían varios de los caficultores asociados. En la actualidad, aunque el Consejo como institución no tiene incidencia en la asociación, buena parte de los socios se autoreconocen como Emberas-Chamí.

²⁷ Datos para 2010, año en el que se realizó trabajo de campo en la asociación.

En cuanto a la financiación de la asociación, su principal fuente de ingreso son las primas y sobreprecios recibidos por estar inscritos en las certificaciones internacionales, en la medida que estos dineros deben invertirse en programas sociales para los caficultores, en el mantenimiento de la asociación como la entidad agremiadora, así como en la mejora de los sistemas productivos. Por ello, la mayoría de actividades de Asprocafé Ingrumá están dirigidas a la manutención de las certificaciones que, al tener fuertes exigencias y normativas, demandan mayor atención y cuidado de los procesos productivos y administrativos.

Precisamente, las certificadoras internacionales de café que hacen presencia en la asociación, son los actores más visibles del escenario global en Riosucio. Estas entidades diseñan e imponen mecanismos generales de organización social y comunitaria a seguir por los socios, para poder mantenerse certificados y recibir las primas y beneficios que aseguran el sostenimiento de la asociación. Para el caso de Asprocafé Ingrumá, y las demás asociaciones nacionales e internacionales inscritas en FLO Cert, las normativas de organización que deben cumplirse corresponden a la creación de los siguientes organismos:

- Una Asamblea General de Delegados compuesta por 60 socios, quienes deben tomar las decisiones y decidir en qué se invierten los recursos.
- Una Junta Administradora y una Junta de Control Interno, ambas compuestas por 14 delegados. Tienen como funciones la veeduría y control de los procesos de la asociación.
- Un Sistema Interno de Control compuesto por los funcionarios de Asprocafé Ingrumá, quienes deben realizar auditorías en las fincas y sancionar, si es del caso, a los caficultores que incurren en violaciones a las normas certificadoras.

Al igual que en los mecanismos de organización social, las normativas de las certificadoras imponen cambios en la infraestructura de los predios y en los modos de vida de los caficultores, en tanto ellos deben procurar por tener un seguimiento de todos los procesos financieros y productivos de sus fincas, a partir del registro sistemático en formatos y bitácoras; aun cuando muchos de los caficultores tienen altos índices de analfabetismo. Además, deben cambiar la infraestructura de los predios y deben adoptar dentro de sus conocimientos discursos pre establecidos sobre la importancia de la calidad cafetera. Si bien este tipo de acciones no se consideran negativas *per se*, éstas no coinciden con las realidades socioculturales de los grupos en donde se aplican, violando muchas veces la integridad cultural de los sujetos.

Estas reglas para controlar las formas de producción cafetera tienen implicaciones fundamentales en la vida cotidiana de los productores. De un lado, los hogares, predios y cultivos de los caficultores, pasan a ser parte del ámbito público en la medida que, al estar inscritos dentro de un programa global que asegura la calidad del café, las acciones que se hagan dentro de los predios inscritos pasan a ser jurisdicción de un sistema experto que augura y produce las condiciones bajo las cuales debe trabajarse; lo anterior relacionado con la expansión global de modelos hegemónicos, y con la búsqueda de una asepsia propia de la Modernidad.²⁸ Esta búsqueda de la higiene se fundamenta en la necesidad de

²⁸ Pedraza, Zandra (1999). *En cuerpo y alma: Visiones del progreso y la felicidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.

posicionar los sistemas expertos dentro de los nichos del mercado, con el fin de asegurar la representatividad de un sello que garantice modelos específicos de producción y comercialización.

Dicho control produce un establecimiento de normativas disciplinares que influyen notoriamente en los cuerpos de los pequeños productores cafeteros, en la medida que buscan disciplinar las labores cotidianas y adecuarlas a un esquema global que indica cómo debe producirse.²⁹ Así, la higiene y la perfección del grano cafetero en términos de calidad, son dos patrones claves para normalizar los cuerpos y hacerlos actuar en coherencia con políticas neoliberales y modernas.

Así mismo, los lineamientos de organización social se dan desde las políticas que construyen los sistemas certificadores de comercio justo, en este caso FLO Cert, para la constitución de asociaciones y cooperativas de pequeños productores. A partir de esquemas jerárquicos y característicos de una economía occidental, esta certificación impone sus lógicas de control de los recursos y de formas de producción, lo cual les permite generalizar unas normas para todas las asociaciones y cooperativas inscritas dentro del comercio justo a nivel mundial; esto como medida de control del mercado.

Según el personal de Asprocafé Ingrumá, muchas de las normativas que proponen las certificadoras van en contravía de las realidades socioculturales y económicas que se viven en la zona, donde el ejemplo más conciso puede ser el del analfabetismo presentado entre los caficultores, quienes, a pesar de no saber leer, escribir o manejar algunas operaciones matemáticas, “deben conocer el proceso de comercialización del café, exportadores, compradores, precios, primas y sobreprecios, así como el manejo financiero de su predio.”³⁰

Ello nos lleva a cuestionar la capacidad de empoderamiento que pueden permitir los organismos certificadores a las comunidades rurales, en tanto las asociaciones no son manejadas con las lógicas propias del lugar en donde se encuentran. Si bien, uno de los criterios que propone FLO para la certificación radica en la capacitación constante a los socios por medio de reuniones y jornadas educativas, la información sigue siendo muy compleja para los caficultores y, en muchos casos, solamente se liga al tema de la calidad del café, y no a los principios políticos, sociales y culturales que debe tener la asociación. Ello hace que para algunos caficultores prime un discurso prefabricado de calidad y tecnificación del café, y no un discurso político propio encaminado a buscar una independencia del mercado, tal como era el ideal de Asprocafé en un principio.³¹

²⁹ Robledo Escobar, Natalia (2008). *Movimiento panelero colombiano: Ejemplo de lucha agraria contra el neoliberalismo*. Tesis de grado para optar al título de Magíster en Antropología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

³⁰ ASPROCAFÉ, I (2008) *Estatutos de la Asociación de Pequeños Productores de Café "Asprocafé Ingrumá"*. Riosucio, Caldas, Colombia. Documento de archivo. Pág. 2

³¹ Este ideal al que hago referencia fue expresado por varios de los integrantes del equipo técnico de Asprocafé Ingrumá, en entrevistas realizadas en Riosucio, Caldas el 13 y el 17 de junio de 2010. Además, varios caficultores, viendo la falta de autonomía de la asociación, decidieron salirse y conformar otra entidad ASICAFÉ, la cual tiene como finalidad buscar una independencia del mercado internacional del café, a través de la producción y comercialización de granos tostados y molidos, listos para la preparación de café en los hogares.

En relación con lo anterior, si tenemos en cuenta que los lineamientos ideales del comercio justo son: la búsqueda de empoderamiento de las comunidades locales frente a sus procesos económicos, promulgar la independencia y autonomía de los pequeños productores frente al mercado internacional, y la promoción y apoyo a la consolidación de políticas de equidad; entonces es incoherente exigir normativas organizacionales tan rígidas para las labores de las asociaciones, e imponer formas de organización comunitaria tan formalizadas y poco orgánicas para estos grupos de pequeños productores. Es decir, se produce un desbalance entre la norma y la realidad, en la medida que, dichas organizaciones, terminan actuando con el mismo rasero de una organización inscrita dentro de mercados convencionales capitalistas.

Por tal motivo, puede decirse que los lineamientos para la conformación de estas asociaciones a partir de la inclusión de los sistemas certificadores en mercados justos, hacen parte de los discursos economicistas que propenden por la búsqueda de competitividad, calidad y empresarización de los procesos agrícolas, que desvirtúan los procesos locales de autonomía, y que desvían las propuestas inicialmente concebidas por el comercio justo hace más de tres décadas. Así pues, más que lograr heterogeneidad y libertad en los procesos, las normativas organizacionales de la certificación FLO Cert, fuerzan las realidades sociales de los pequeños productores a coincidir con los requerimientos generales de la certificadora.

Sin embargo, aún cuando las normativas que se imponen desde FLO Cert son tan rígidas, los asociados de Asprocafé Ingrumá han logrado la constitución de mecanismos de organización social paralelos a los formales, que evidencian un tipo de resistencia a los procesos normativos del mercado convencional. Además, la adopción de estas normativas de certificación han implicado para Asprocafé Ingrumá, unas relaciones de diversa índole con las otras organizaciones cafeteras presentes en Riosucio, que plantean escenarios tanto de tensión como de cooperación entre dichos actores.

Mecanismos de organización social alternativos: la respuesta local

Si bien hay unas disposiciones formales hechas desde las certificadoras para adecuar las formas de organización social de las asociaciones inscritas dentro del comercio justo, en el caso de los socios de Asprocafé Ingrumá, ellos han construido otro tipo de mecanismos de organización social paralelos a los formales, que ayudan a establecer soportes o estrategias de resiliencia frente a las crisis cafeteras y frente a las dificultades que puedan presentarse en referencia al cumplimiento de las normativas de certificación del café. Esto puede establecerse como la respuesta de los contextos locales a las demandas globales, demostrando que los procesos de la globalización no son homogéneos ni tienen respuestas idénticas.

En buena medida, la creación y fortalecimiento de estos mecanismos alternativos corresponde a los lazos de cooperación y solidaridad que han construido los indígenas del municipio. Si bien hay que resaltar que no todos los caficultores tienen tan vívida su pertenencia a la etnia Embera-Chamí, sus mecanismos de trabajo y organización se ven con claridad en los aspectos cotidianos de los caficultores. Dentro de los mecanismos alternativos encontrados en Asprocafé Ingrumá, están los grupos independientes de trabajo y los lazos de solidaridad y vecindad presentados entre muchos de los asociados. Ambos mecanismos se fundamentan en unas sólidas redes de comunicación y en la

construcción de identidades colectivas que son estratégicas para posicionarse dentro del mercado mundial.

Algunos de los socios de Asprocafé Ingrumá, especialmente los pertenecientes al programa orgánico, han conformado unas redes de trabajo grupales que les permite dividirse las tareas de las fincas, organizar jornadas de capacitación, y reflexionar sobre algunos aspectos concernientes a la asociación, las certificaciones, los resguardos, entre otros. Estos grupos, aunque no son muy numerosos, se han constituido en un fortín para el programa orgánico y para su relativa estabilidad dentro de la caficultura de Riosucio.

Además, los grupos independientes dentro de la caficultura orgánica han ido constituyéndose como una forma de solucionar las desventajas que trae consigo este tipo de producción en términos de trabajo y productividad cafetera. En primera instancia estos grupos han buscado reunir tareas individuales para realizarlas entre todos los inscritos, ello con el fin de disminuir las cargas laborales y poder efectuar otras tareas que requieren los cultivos de modo rápido y eficiente. Del mismo modo, los grupos se han conformado para realizar actividades que requieren fracciones de tierra colectiva, como la preparación de abonos orgánicos y biopreparados, que son los insumos más necesarios para los caficultores; o para la constitución de huertas caseras medicinales de uso cotidiano en los hogares.

Este tipo de agremiaciones “dan cuenta de la participación de un sector de pequeños productores que ven en las instancias organizativas la opción para plantear estrategias a la problemática económica y ambiental que enfrenta el sector [cafetero].”³² La posibilidad de creación de estos grupos paralelos a los mecanismos formales de Asprocafé Ingrumá está fundamentada, en buena medida, en las posiciones políticas y ambientales en relación con la defensa de los territorios indígenas y, aunque en principio están inscritos en la certificación por la solvencia económica que pueden obtener por las primas y sobreprecios, las pretensiones de cuidado medioambiental y de participación democrática y horizontal en los procesos de mercado, son más evidentes en ellos que en cualquier otro grupo de caficultores certificados por diferentes sellos.

Para un proceso productivo como la caficultura orgánica, la construcción de grupos articulados a los contextos culturales en los que viven, y a las necesidades de la población que los conforma, logra encerrar formas socioculturales vitales para el sostenimiento de los procesos, que son más efectivas que las formas hegemónicas que imponen sistemas expertos como las certificadoras.

Redes de solidaridad y vecindad

Si bien los grupos independientes de trabajo son característicos del programa orgánico, la mayoría de caficultores inscritos en Asprocafé Ingrumá sostienen unas redes de solidaridad y vecindad claras que les permiten hacer frente a las posibles crisis que genere el mercado internacional del café, o a los dilemas presentados en el cumplimiento de las normas certificadoras. Estas redes son particulares de la zona, en donde ellas hacen parte de un entramado cultural más fuerte enmarcado en la etnia indígena Embera-Chamí.

³² López, Artemio (2009). Óp. cit.

Parte de mi argumentación para probar esta hipótesis se fundamenta en las formas más comunes de trabajo solidario presentes en la zona, que tienen que ver con los trabajos comunales que se conocen en las comunidades indígenas como las mingas o convites, actividades ancestrales de estos grupos utilizadas principalmente para la realización de labores colectivas en las veredas y comunidades. Las mingas son utilizadas por los socios de Asprocafé Ingrumá para la construcción y reparación de obras colectivas, como los acueductos veredales y los semilleros comunales, así como para otras labores que se presenten de modo improvisado. Los convites son labores realizadas por grupos más pequeños para trabajos en las fincas y cultivos de los productores. En estas formas de trabajo puede evidenciarse la incidencia de las tradiciones culturales en los procesos cafeteros.

En relación con la mano de obra utilizada en el municipio, ésta también corresponde a relaciones de solidaridad y vecindad. Muchas de las labores que se realizan en los predios y que exceden la mano de obra familiar de cada caficultor, son realizadas por jornaleros o caficultores que viven cerca a la familia del productor; ellos, bien pueden no tener tierras disponibles para cultivar y, por ello deben vender su mano de obra, o bien tienen café cultivado en menor cantidad que otros productores, lo que hace que puedan dividir su trabajo en un tiempo para sacar su producción y otro tiempo para ‘jornalizar’. El jornal se paga aproximadamente a \$17.000 día, y en muchas ocasiones los pagos por trabajos diarios se dan por medio de trueques de alimentos o por medio de intercambio de labores mano a mano.

Los intercambios, las formas de trabajo comunal y el fortalecimiento de las redes de vecindad y solidaridad, así como los grupos independientes articulados al trabajo cafetero, son las manifestaciones más tangibles encontradas en Riosucio sobre la revitalización de identidades locales. Aun cuando las presiones impuestas desde contextos globales, como esas formas hegemónicas y occidentales de organización de la asociación, son tan fuertes, disciplinares y coercitivas para los productores de Riosucio, las formas particulares de responder a dichas imposiciones se revitalizan y acentúan, logrando una construcción social más fuerte desde lo local, y un cúmulo de identidades fortalecidas a través de las relaciones construidas entre lo local y lo global. Todo lo anterior es evidencia suficiente para entender que el neoliberalismo y los fenómenos de la globalización no son únicos, homogéneos y uniformes, sino que cobran matices y particularizaciones en los distintos contextos locales, tal como muestra el caso de Asprocafé Ingrumá.

Consideraciones Finales

La globalización ha traído consigo cambios importantes en las formas bajo las cuales se han concebido las relaciones sociales y sus espacios. A partir de los años setentas los procesos consecuentes al fenómeno globalizatorio se han intensificado profundamente en casi todas las regiones del mundo. Las fronteras entre las naciones se han ido desdibujando, trayendo como consecuencia principal el desmoronamiento del Estado-Nación como estructura jerárquica del poder político.

Estos procesos, llamados por algunos autores como procesos de desterritorialización, parecieran traer un aparente desdibujamiento de los espacios locales, dándole entrada a un mundo interconectado y ubicado solamente dentro de la red global. Sin embargo, estos procesos de desterritorialización que implican un desplazamiento de las

concepciones simbólicas que se tienen sobre el territorio, empiezan a cuestionarse en tanto se considera que, si bien la globalización produce dichos efectos en los grupos sociales, ella también asienta las formas de resistencia y de apropiación de los espacios locales como expresiones alternas a la globalización. De este modo,

“El mundo se estructura como un espacio a la vez único y diferente porque, mientras que por un lado las fronteras territoriales pierden importancia, por el otro, por primera vez se pueden construir identidades independiente de sentimientos, espacios y fronteras nacionales.”³³

Así, aunque hay una aparente transformación del mundo social en un escenario homogéneo y falso de experiencias sociales particulares, nuevas transformaciones de los escenarios locales pueden ejemplificar precisamente cómo las interconexiones entre uno y otro grupo social establecen la construcción de nuevas identidades, colectivos, movimientos sociales y acciones de resistencia que producen en definitiva, una diversidad cultural que contraria el modelo imperante.

Lo anterior nos remite a los argumentos de Boaventura de Sousa Santos³⁴, en la medida que su definición de la globalización parte del entendimiento de ésta como un fenómeno multifacético que comprende múltiples pendulaciones entre lo global y lo local, debido a que los grupos sociales deciden adherirse a ella o resistir a sus imposiciones de diferentes maneras, encerradas todas en la revitalización de los escenarios locales. Por ello, el caso de Asprocafé Ingrumá es particular dentro de la caficultura nacional, regional y global, dado que en la consolidación y desarrollo de la asociación, numerosas manifestaciones locales han aparecido para demostrar que son múltiples las respuestas para los fenómenos globalizadores.

Es importante que exista una conciencia global en relación al consumo responsable, sin embargo, dicha posibilidad debe estar acompañada de posicionamientos teóricos y éticos claros, en la medida que una red de comercialización como el comercio justo, debe pensarse para los pequeños productores y los grupos que ellos conformen, pues son quienes tienen menos posibilidades de competir en el mercado internacional. De manera que el comercio justo debe mantenerse como una iniciativa dirigida principalmente a aquellos que son oprimidos y que no tienen mayores posibilidades para sostenerse dentro del modelo de libre mercado.

Asprocafé Ingrumá puede considerarse como un ejemplo de búsqueda de alternativas para sostenerse en el mercado internacional del café, a través de la articulación a dos sistemas de producción y distribución: el comercio justo y la caficultura orgánica. En un principio, estos dos sistemas se establecieron como modelos alternativos para la construcción de mercados más horizontales y con niveles más equitativos en referencia a las relaciones sociales establecidas entre productores y consumidores. Sin embargo, con la ampliación del mercado de comercio justo, y las exigencias de calidad y rigurosidad para la producción del café, ambas líneas de producción y comercialización empezaron a utilizar las certificaciones como elementos constitutivos de la confianza en las relaciones

³³ Bokser, J., & Salas Porras, A (1999). *Globalización, identidades colectivas y ciudadanía*. En: Política y Cultura nro. 12, pág. 28

³⁴ Sousa Santos, Boaventura de (2003). *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Ediciones Antropos.

mercantiles. Como resultado de este proceso se distorsionaron los principales ideales de ambas líneas, con las consiguientes especulaciones y sinsabores para los productores.

Las consideraciones propuestas anteriormente son sólo unas puntadas para la construcción de unas certificaciones más justas y coherentes con las realidades socioculturales en las que inciden. Teniendo en cuenta que son certificadoras propuestas para cafés sociales, es decir, para cafés que buscan ayudar con la calidad de vida de las comunidades productoras y su medio ambiente, éstas debieran estar enfocadas en dichos grupos locales y no sólo en vía de las pretensiones de los mercados globales.

Unas certificadoras más justas, contextualizadas y aterrizzadas a los contextos locales, pueden lograr unas relaciones más equitativas entre los actores que confluyen en la cadena de producción y comercialización del café, es decir, pueden crear una relación de confianza entre productores, compradores y consumidores. Así, el comercio justo y los mercados orgánicos podrían volver a lo planteado en el inicio: a unas relaciones horizontales entre lo global y lo local que redundan en el establecimiento de relaciones más justas y equitativas para todas las partes involucradas en la historia de un grano de café.

Referencias Bibliográficas

- Appadurai, Arjun (2001). *La Modernidad desbordada. Dimensiones culturales de la globalización*. Buenos Aires: Ediciones Trilse y FCE. FLACSO. Biblioteca de Ciencias Sociales.
- ASPROCAFÉ, I (2008). *Estatutos de la Asociación de Pequeños Productores de Café "Asprocafé Ingrumá"*. Riosucio, Caldas, Colombia. Documento de archivo.
- Bokser, J., & Salas Porras, A (1999). *Globalización, identidades colectivas y ciudadanía*. En: Política y Cultura nro. 12.
- Comas D'argemir, Dolors (1998) *Antropología Económica*. Barcelona: Ariel Antropología.
- Giddens, Anthony (1999). *Consecuencias de la Modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Gómez Cardona, Santiago (2010). *Caficultura orgánica e identidades en el suroccidente de Colombia. El caso de la Asociación de Caficultores Orgánicos de Colombia ACOC-Café Sano*. Tesis de grado para optar al título de Magíster en Antropología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- González, Alma Amalia. LINCK, T. Moguel, R (2003) *El comercio de valores éticos: Las reglas del juego del café solidario*. En: Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe. Nro. 75. Octubre de 2003.
- Lanzetta, Cristina (1991). *Coyuntura cafetera*. En: Relaciones Económicas Internacionales. Universidad de los Andes.
- Lewin, B. Giovannucci, D. Varangis, P (2004). *El Mercado del café: Nuevos paradigmas en la oferta y demanda global*. Resumen ejecutivo de: Coffee Markets. New Paradigms in Global Supply and Demand. Agriculture and Rural Development Discussion Paper 3. Washington: The World Bank.
- López, Artemio (2009). *Organización de productores y producción de café orgánico en Atoyac de Álvarez, Guerrero*. México DF (Sin más datos).
- Morce, Janice M. (Ed.) (2006). *Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Pedraza, Zandra (1999). *En cuerpo y alma: Visiones del progreso y la felicidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ponte, Stefano (2004). *Estándares y sostenibilidad en el sector cafetero*. En: *Ensayos Economía Cafetera*. Nro. 20.
- Renard, Marie Christine (1999). *Los intersticios de la globalización: Un label (Max Havelaar) para los pequeños productores de café*. Chapingo: CEMCA, ISMAM, CEPCO, Departamento de Sociología Rural.

Rincón García, John Jairo (2005). *Trabajo, territorio y política: Expresiones regionales de la crisis cafetera 1990 – 2002*. Medellín: Ed. La Carreta Histórica.

Robledo Escobar, Natalia (2008). *Movimiento panelero colombiano: Ejemplo de lucha agraria contra el neoliberalismo*. Tesis de grado para optar al título de Magister en Antropología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sousa Santos, Boaventura de (2003). *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Ediciones Antropos.